



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die Bestandskraft im Vergabeverfahren

Absolute Geltung?

Grenzen?

Verfasser

Mag. Christian Eisner

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin: Univ. Prof. MMag. Dr. Eva Schulev-Steindl

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
Abkürzungsverzeichnis	6
I. EINLEITUNG	8
II. GRUNDLAGEN	12
1. Vergaberecht: Öffentliches Recht oder Zivilrecht?	12
1.1. Einleitung	12
1.2. Verfahrensrecht?	13
2. Wozu Vergaberecht?	14
2.1. Allgemeine Überlegungen	14
3. Auftraggeberentscheidung	15
3.1. § 2 Z 16 BVergG 2006	15
3.2. § 20 Z 13 BVergG 2002	15
4. Gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen	15
4.1. Einleitung	15
4.2. Materielles Vergaberecht oder prozessuales Vergabekontrollrecht	16
4.3. Erweiterung/Einschränkung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen durch den Auftraggeber?	17
5. Fristgebundenheit des Nachprüfungsantrages	19
5.1. Einleitung	19
5.2. Konsequenz	19
5.3. Zielsetzung	21
6. Effektivität des Rechtsschutzes	22
6.1. Allgemeine Überlegungen	22
7. Bedeutung der Bestandskraft	24
7.1. Allgemeine Überlegungen	24
8. Ursprung der Bestandskraft	26
8.1. Allgemeine Überlegungen	26
III. AUSSCHREIBUNG	27
1. Einleitung	27
1.1. Begriff	27
2. Bedeutung	28
2.1. Allgemeine Überlegungen	28
3. Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung	30
3.1. Allgemeine Überlegungen	30
4. Rechtsnatur der Ausschreibung	30
4.1. Allgemeine Überlegungen	30
5. Auslegung der Ausschreibung	31

5.1. Allgemeine Überlegungen	31
6. Konstruktive - Funktionale Ausschreibung	32
6.1. Allgemeine Überlegungen	32
IV. DIE JUDIKATUR DES EUGH	33
1. Einleitung	33
1.1. Allgemeine Überlegungen	33
1.2. Rs Hospital Ingenieure	34
2. Universale-Bau AG	35
2.1. Urteil	35
2.2. Würdigung	36
2.3. Die zwei Pole des Vergabeverfahrens	37
2.4. Verdoppelung des Rechtsschutzes und Rechtssicherheit	38
3. Santex	40
3.1. Urteil	40
3.2. Würdigung	43
3.3. Die Folgeentscheidung als selbständig rechtswidrige Entscheidung?	45
3.4. Schlussfolgerung	47
4. Kommission gegen Spanien	49
4.1. Allgemeine Überlegungen	49
4.2. Ist die Anfechtung der Ausschreibung bereits ein geeignetes Verfahren?	49
5. Lämmerzahl	51
5.1. Urteil	51
5.2. Würdigung	53
5.3. Schlussfolgerung	54
5.4. Abschließende Betrachtung	57
V. GESETZLICHE VORGABEN AN DIE AUSSCHREIBUNG	58
1. §§ 80, 237 BVergG 2006	58
1.1. Einleitung	58
2. Vergabekontrollbehörde	59
2.1. Problemstellung	59
2.2. § 322 Abs 3 BVergG 2006	60
2.3. Art 14b B-VG	62
2.4. Auswirkung der Kompetenzverteilung auf die Ausschreibung	63
3. Auftraggeber	68
3.1. Einleitung	68
3.2. § 6 AVG	68
3.3. Würdigung	70
4. Ausgewählte Erkenntnisse und Bescheide zur Frage des Auftraggebers und der Vergabekontrollbehörde	71
4.1. Fallbeispiele	71
4.2. Würdigung	73
4.3. Ebenenproblematik	75
5. Angabe eines falschen Auftragswertes	80
5.1. Einleitung	80
5.2. Würdigung	80
6. Zulässigkeit des Antrags	82

6.1. Allgemeine Überlegungen	82
6.2. Lösung	83
7. Wahl des falschen Vergabeverfahrens	83
7.1. Entscheidungspraxis	83
8. Teilleistungsvergabe	85
8.1. Allgemeine Überlegungen	85
9. Niedrigster Preis oder die zu Zweifel Anlass gebende Zweifelsregel des § 80 Abs 3 letzter Satz BVergG 2006	85
9.1. Problemstellung	85
9.2. Kritik	87
VI. MEHRDEUTIGE AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN	91
1. Einleitung	91
1.1. Allgemeine Überlegungen	91
1.2. Problemstellung	92
2. Leitentscheidung für die Annahme einer Durchbrechung/Relativierung der Bestandskraft	95
2.1. BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22	95
2.2. Würdigung	97
2.3. Weitere Fälle zur Durchbrechung der Bestandskraft	99
2.3.1. UVS Burgenland	99
2.3.2. Würdigung	99
2.3.3. UVS Oberösterreich	101
3. Lösungsvarianten	103
3.1. Gemeinschaftsrechtliche Überlegungen	103
3.1.1. Keine eindeutigen Zuschlagskriterien	103
3.1.2. Umfang des Transparenzgebotes?	104
3.2. Verletzung der Vergabegrundsätze	108
3.2.1. Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes?	111
3.3. Keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung	112
3.4. Fallbeispiel	114
3.4.1. Besitzt die (fehlende) objektive Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung durch die Vergabekontrollbehörde eine das System der Präklusion relativierende Bedeutung?	115
3.4.2. Besteht ein Recht auf objektive Nachvollziehbarkeit bzw eine Berechtigung/Verpflichtung der Nachprüfungsbehörden, eine Auftraggeberentscheidung wegen mangelnder objektiver Nachvollziehbarkeit aufzuheben?	116
3.4.3. § 130 Abs 2 BVergG 2006 oder die Bedeutung der objektiven Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung	117
3.4.4. Schlussfolgerung	121
4. Résumé	124
VII. WEITERE THEORIEN VON DER DURCHBRECHUNG DER BESTANDSKRAFT	126
1. Der Wurzelmangel	126
1.1. Begriff	126
1.2. Befremden	127
1.3. Grossmann Air Service	129
2. Teleologische Reduktion der Präklusion	131
2.1. Ausgangslage	131
2.2. Würdigung	133
3. Zivilrechtliche (Teil)Nichtigkeit der Ausschreibung?	135

3.1. Allgemeine Überlegungen	135
4. Zwingendes Recht	137
4.1. Zwingender Charakter?	137
4.2. Gesetzliche Ausgangslage	138
4.3. UVS Niederösterreich	140
4.4. EuGH, 16.10.2003, Rs C-421/01	142
4.5. Würdigung	142
5. Bestandskraft der Ausscheidensentscheidung	143
5.1. Allgemeine Überlegungen	143
VIII. WIDERRUF ALS MÖGLICHER GRUND FÜR EINE DURCHBRECHUNG DER BESTANDSKRAFT?	145
1. Widerruf allgemein	145
1.1. Einleitung	145
1.2. Gesetzesmaterialien zum Widerruf	145
1.3. Ausgangssituation	149
1.4. § 341 Abs 3 BVergG 2006	150
1.5. Widerrufsgründe	151
2. Judikatur und Spruchpraxis zu dieser Frage	153
2.1. Nationale Entscheidungen	153
2.2. EuGH, 04.12.2003, Rs C-448/01	155
3. Subjektives Recht auf Widerruf?	157
3.1. Einleitung	157
3.2. Auslegung des Gesetzes; Schutznormtheorie	158
3.3. Bescheid des UVS Burgenland zur Annahme eines subjektiven Rechts des Bieters auf Widerruf	159
3.4. Untersuchung zum subjektiven Recht	161
3.5. Kann das Unterlassen des Widerrufs der Ausschreibung durch den Auftraggeber trotz Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes als solch eine Entscheidung qualifiziert werden, die nach der Judikatur des EuGH überprüfbar sein muss?	163
3.6. Gemeinschaftsrechtliche Überlegungen	165
3.7. Schlussfolgerung	167
3.8. Durchbrechung der Bestandskraft durch den Auftraggeber?	169
IX ALTERNATIVE LÖSUNG	170
1. Auslegung	170
1.1. Allgemein	170
2. Reduktion?	172
2.1. Historische Überlegungen	173
2.2. Systematische Auslegung oder Auslegung nach dem Rechtstextzusammenhang	175
2.2.1 Stellenwert der Verfassungskonformen Auslegung:	175
2.3. Rechtstextzusammenhang im engeren Sinn	180
2.4. Teleologische Reduktion:	184
3. Ausblick	189
3.1. Einleitung	189
3.2. Verbandsklage nach § 28 ff KSchG	191
X. RESUME	192
Literaturverzeichnis	196
Anhang	202

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	Absatz
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
bbl	baurechtliche blätter
BEInstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bgld	Burgenland
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesvergabegesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen
EG	Europäische Gemeinschaft(-en)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ff	folgende
Fn	Fußnote
GA	Generalanwalt
GewO	Gewerbeordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iVm	in Verbindung mit
Kap	Kapitel
leg. cit.	legis citatae
LGBI	Landesgesetzblatt

lit	litera
mwN	mit weiteren Nennungen
NÖ	Niederösterreich
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OÖ	Oberösterreich
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
RPA	Recht und Praxis der Auftragsvergabe
Rs	Rechtssache
Rz	Randzahl, Randziffer
S	Seite
SA	Schlussantrag
Slg	Sammlung
ua	und andere
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs
vgl	vergleiche
VKS	Vergabekontrollsenat
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Wr LVergG	Wiener Landesvergabegesetz
Z	Ziffer, Zahl
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis

I. EINLEITUNG¹

Der Sinn einer gesetzlichen Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge besteht unter anderem in der Garantie, "dass öffentliche Mittel redlich und effizient, auf der Grundlage einer ernsthaften Beurteilung und ohne Bevorzugung irgendeiner Art oder eine finanzielle oder politische Gegenleistung ausgegeben werden."²

Auf den ersten Blick scheint diese Zielsetzung durch die Normierung eines Systems von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidungen in Verbindung mit Präklusionsfristen zumindest gefährdet.

Die besondere Bedeutung einer bestandsfesten Ausschreibung ist darin zu erblicken, dass ein Bieter grundsätzlich eine in der - nicht angefochtenen - Ausschreibung begründete Rechtswidrigkeit, die im späteren Vergabeverfahren schlagend wird, nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann. Auch die Nachprüfungsbehörden sind an die bestandsfeste Ausschreibung gebunden und daher nicht befugt, eine solche Rechtswidrigkeit aufzugreifen.³

Der Auftraggeber verfügt sohin mit der Ausschreibung über ein Instrument, mit welchem er die Spielregeln des folgenden Vergabeverfahrens - zumindest zunächst - einseitig festlegen kann. Interessant sind in diesem Zusammenhang nun insbesondere jene Fälle, in denen der Auftraggeber von dieser Befugnis extensiv gebraucht macht, indem er das gesetzlich vorgegebene Regime durch ein eigenes ergänzt bzw vielleicht sogar ersetzt.

Vor dem Hintergrund der dem Vergabeverfahren innewohnenden widerstreitenden Regelungsziele, nämlich des effektiven Rechtsschutzes auf der einen und des Bestrebens ein möglichst schnelles Verfahren durchzuführen auf der anderen Seite, erhellt, dass die Bestandskraft als solche nicht als problematisch angesehen werden kann,⁴ da sie gerade ein

¹ Für geschlechtsbezogene Ausdrücke wird in der gegenständlichen Arbeit zur leichteren Lesbarkeit die männliche Form verwendet, wobei die weibliche Form stets mitumfasst ist.

² So der Generalanwalt Jacobs in seinem Schlussantrag vom 10.05.2001 in der Rs C-19/00 (SIAC), Rz 33.

³ Für viele VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135.

⁴ So auch der EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale Bau AG und Bietergemeinschaft).

rasches Verfahren⁵ garantiert, weil sie sicherstellt, dass es Bieter verunmöglicht wird, durch Einwendungen zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt das Vergabeverfahren zu verzögern.⁶

Schon die Tatsache, dass im Regelvergabeverfahren mehrere Bieter von einem einzigen Auftraggeber den Zuschlag erteilt bekommen möchten, offenbart, dass das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter nicht zwangsläufig durch eine Gleichstellung gekennzeichnet ist. Ein Bieter wird vielmehr versuchen, den möglichen Vertragspartner nicht - beispielsweise durch die Anfechtung der Ausschreibung - zu verstimmen. Dies kann naturgemäß dazu führen, dass Ausschreibungsbedingungen akzeptiert werden, die offensichtlich vom gesetzlichen Regime abweichen. Weiters sind Fälle denkbar, in denen dem Bieter die problematische Natur einer Ausschreibungsbestimmung - innerhalb der Anfechtungsfrist - gar nicht bewusst ist. Schließlich sind auch solche Konstellationen vorstellbar, bei denen die Kürze der Anfechtungsfrist in Kombination mit dem Umfang der Ausschreibung dazu führt, dass rechtswidrige Bestandteile „akzeptiert“ werden.

Basierend auf diesen Überlegungen wird sich die vorliegende Arbeit zum einen damit beschäftigen, einleitend die Begriffe Ausschreibung und Bestandskraft näher zu beleuchten, um in weiterer Folge die Problematik "Bestandskraft der Ausschreibung" anhand von Sachverhalten, die Bescheiden der Nachprüfungsbehörden sowie Erkenntnissen der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes zu Grunde gelegen sind, zu veranschaulichen. Anhand dieser Beispiele wird anschließend untersucht, ob die Bestandskraft insbesondere vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts zu einer Rechtsschutzlücke führt.

Zum anderen wird versucht, mittels dogmatischer Überlegungen zu eruieren, ob die Bestandskraft absolut gilt, ob ihre "Relativierung"⁷ geboten erscheint oder ob sie nicht vielmehr an andere Grenzen stößt.

Eine Durchbrechung der Bestandskraft bedarf meines Erachtens als Abweichung von dem dem Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG

⁵ Vgl zum Gedanken des raschen Vergabeverfahrens für viele VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135.

⁶ Zu dieser, nach der Rechtslage vor dem BVergG 2002 eröffneten Möglichkeit vgl beispielsweise VwGH, 20.12.2005, 2001/04/0143. Genau ein solches agieren konnte einem Beschwerdeführer nach der Rechtslage vor der Einführung des Systems von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen zum Erfolg verhelfen, sodass Bieter die Möglichkeit hatten, gelassen den Gang des Verwaltungsverfahrens zu beobachten und nur im Bedarfsfall - wenn sie nicht für den Zuschlag ins Auge gefasst wurden - ein Rechtsmittel gegen eine nach heutigem Regime bestandsfeste, eventuell zeitlich weit zurückliegende Entscheidung zu ergreifen.

2006) [im folgenden: BVergG 2006]⁸ zu Grunde gelegten Modell jedenfalls einer besonderen Rechtfertigung.

Als mögliche Gründe für eine Durchbrechung der Bestandskraft werden Überlegungen insbesondere zu verfassungsrechtlichen Beschränkungen (Kompetenz des Bundesvergabebeamten [im folgenden: BVA] und der anderen Vergabekontrollbehörden), gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (Effektivität des Rechtsschutzes, Gebot der Bietergleichbehandlung) oder Beschränkungen, die sich aus der Systematik des BVergG selbst ergeben (Gegenstand/Regelungsgehalt der Ausschreibung) erörtert. Davon abzugrenzen sind jene Fallkonstellationen, in denen fraglich ist, welche Teile einer Ausschreibung, zum Beispiel aufgrund ihrer mehrdeutigen Gestaltung, bestandskraftfähig sind.

In einem eigenen Kapitel wird die Entwicklung der Judikatur des EuGH zu dieser Frage beleuchtet, wobei besonderes Augenmerk auf den bisherigen Schlusspunkt in dieser Rechtsprechung - der Rs C-241/06, Lämmerzahl GmbH⁹ - und dessen Auswirkungen auf das nationale Recht gelegt wird.

Das Spannungsverhältnis, in dem sich ein die Ausschreibung anfechtender Bieter befindet, hat Generalanwalt *Alber* in seinem Schlussantrag in der Rs C- 327/00 (Santex)¹⁰ besonders klar umschrieben, indem er argumentierte, dass sich die Klägerin dieses Verfahrens "in einem Zustand positiver Erwartung auf die Vergabe des Auftrags befand und es in dieser Situation möglicherweise nicht opportun war, ihre künftigen Beziehungen zum Auftraggeber durch die Klage zu belasten."

Um bereits ein Ergebnis der Untersuchung vorweg zu nehmen sei festgestellt, dass der Gesetzgeber - ungeachtet von allfälligen Opportunitätsüberlegungen - gerade ein solches unbequemes Verhalten von Unternehmern verlangt, wenn diese ihre Rechte gewahrt wissen wollen.

⁷ BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22.

⁸ BGBl I Nr 17/2006.

⁹ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH).

¹⁰ Schlussantrag vom 07.02.2002 von GA *Alber* in der Rs C-327/00, Rz 109.

Vielen Juristen wird eine, allenfalls dem Auftraggeber eingeräumte Möglichkeit, durch die Ausschreibung den Rechtsschutz zu verkürzen Unbehagen bereiten.

Es gilt daher dieses Unbehagen auf seine wissenschaftliche Untermauerung hin zu untersuchen, eventuelle Schwächen der vorzufindenden Gesetzeslage aufzuzeigen und gegebenenfalls Vorschläge für deren Novellierung zu liefern.

II. GRUNDLAGEN

1. Vergaberecht: Öffentliches Recht oder Zivilrecht?

1.1. Einleitung

Am Beginn der Arbeit stehen kurze Überlegungen zur Frage der Einordnung des Vergaberechts, da die in weiterer Folge durchzuführende Untersuchung auch von dieser Systematisierung beeinflusst ist.¹¹ Die Aufmerksamkeit soll an dieser Stelle insbesondere darauf gelenkt werden, dass sich vor den Vergabekontrollbehörden der Auftraggeber und der oder die Bieter aufgrund einer Streitigkeit, die letztlich aus einem zivilrechtlichen Verhältnis resultiert, gegenüberstehen.¹² Ungeachtet dieser Überlegung qualifiziert Latzenhofer¹³ das Vergaberecht als "öffentliches Recht par excellence". In der Lehre¹⁴ wird die Auffassung vertreten, dass das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe eine duale Struktur aufweise.¹⁵ Das Vergaberecht im eigentlichen Sinn legt auf öffentlich-rechtlicher Ebene ein Verfahren fest,¹⁶ durch welches der Auftraggeber den Vertragspartner und den Leistungsinhalt ermittelt.¹⁷ Aufgrund dieses immer dichter werdenden Regelungsregimes ist es dem Staat und den in den Anwendungsbereich des BVergG fallenden Einrichtungen verunmöglicht, wie "gewöhnliche Privatleute"¹⁸ Verträge zu schließen. Gleichwohl ist das durch den Zuschlag begründete Vertragsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet.¹⁹ Vereinfacht kann gesagt werden, dass am Ende des - öffentlich-rechtlichen - Vergabeverfahrens der - zivilrechtliche - Vertragsabschluss steht. Basierend auf ähnlichen

¹¹ Als Beispiele seien die Frage nach der Rechtsnatur der Ausschreibung sowie deren Auslegung und welches Verfahren vor den Vergabekontrollbehörden anzuwenden ist genannt.

¹² *Holoubek in Rill/Griller*, Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 252.

¹³ *Latzenhofer*, ZVB 2002, 7 (8f).

¹⁴ *Holoubek/Fuchs in Schramm et al (Hrsg)*, BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 4, Rz 2 bzw *Holoubek/Fuchs in Schramm et al (Hrsg)*, BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 8, Rz 2.

¹⁵ Anders offenbar das BVA, das in seinem Vorlagebeschluss im Verfahren EuGH, 28.10.1999, Rs C-81/98 (Alcatel Austria AG), Rz 20, argumentierte, dass es durch das BVergG nicht zu einer Spaltung des Vergabeverfahrens in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil komme.

¹⁶ In diesem Sinn auch VwGH, 01.10.2008, 2005/04/0204. In diesem Erkenntnis betont der Gerichtshof die unterschiedlichen Erfordernisse für die Erteilung des Zuschlags und der bloßen Zuschlagsentscheidung. Demnach begründet das Fehlen einer Voraussetzung für die Zuschlagserteilung nicht die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung.

¹⁷ *Holoubek/Fuchs in Schramm et al (Hrsg)*, BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 4, Rz 2 bzw *Holoubek/Fuchs in Schramm et al (Hrsg)*, BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 8, Rz 2.

¹⁸ *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 187.

Prämissen gelangt Regler²⁰ zum Ergebnis, dass das Vergaberechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sei. Für die österreichische Rechtslage wird argumentiert, dass der Gesetzgeber mit dem – „nur im Vorfeld der tatsächlichen Auftragserteilung“ greifenden – BVergG eine spezialgesetzliche Regelung der vorvertraglichen Beziehungen getroffen habe.²¹ Der Verfassungsgerichtshof²² jedenfalls hat Akte von vergebenden Stellen,²³ als Entscheidungen qualifiziert, die nicht im Rahmen der Hoheitsverwaltung, sondern der Privatwirtschaftsverwaltung getroffen werden. Pointiert könnte man also sagen, dass am Beginn und am Ende des "Vergabeverfahrens" Privatwirtschaftsverwaltung herrscht, die lediglich durch das hoheitliche Nachprüfungsverfahren unterbrochen wird.

1.2. Verfahrensrecht?

Auf Grundlage der skizzierten Einordnungsproblematik stellte sich die Frage nach dem vom BVA anzuwendenden Verfahrensrecht.²⁴

In der Literatur²⁵ wurde die Auffassung vertreten, das BVA bräuchte ein eigenes verwaltungsgerichtliches Verfahrensrecht. *Gruber*²⁶, der das Nachprüfungsverfahren ebenfalls als ein ausschließlich individuelles Rechtsschutzverfahren ansieht, qualifiziert das vom Gesetzgeber im BVergG geschaffene System als "Mischform" zwischen dem Grundsatz der materiellen Wahrheit und dem Dispositionsgrundsatz, wobei nach seiner Sicht das Schwergewicht auf die amtswegige²⁷ Erforschung der materiellen Wahrheit zu legen ist.

¹⁹ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm et al* (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 4, Rz 2.

²⁰ *Regler*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 186ff.

²¹ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm et al* (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 4, Rz 2 bzw *Holoubek/Fuchs* in *Schramm et al* (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 8, Rz 2.

²² VfGH, 26.06.1997, G 270/96 ua.

²³ Im Beschwerdefall waren diese vom UVS Niederösterreich als Nachprüfungsbehörde gemäß § 18 NÖ Vergabegesetz zu überprüfen.

²⁴ Zur Diskussion dazu vgl *G. Gruber* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 431ff.

²⁵ *Holoubek* in *Rill/Griller*, Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 252.

²⁶ *G. Gruber* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 452.

²⁷ Vgl zur Gemeinschaftsrechtskonformität des Grundsatzes der Amtswegigkeit EuGH, 19.06.2003, Rs C-315/01 (GAT), Rz 44ff.

2. Wozu Vergaberecht?

2.1. Allgemeine Überlegungen

In der Literatur²⁸ wird die wirtschafts- und integrationspolitische Bedeutung der Vergabe öffentlicher Aufträge auf europäischer Ebene betont und hervorgehoben, dass durch die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte ein Schritt in Richtung eines europäischen Binnenmarktes gesetzt wird. Letztlich ist auch in diesem Zusammenhang von einem Marktversagen²⁹ auszugehen, das gesetzliche und vor allem gemeinschaftsrechtliche Vorgaben erfordert, um einen wirksamen und von nicht anderen als wirtschaftlichen Kriterien geleiteten Wettbewerb zu ermöglichen.

Für den EuGH³⁰ dient die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene dazu, Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr zu beseitigen und auf diese Weise die Interessen von Wirtschaftsteilnehmern, die in einem Mitgliedsstaat niedergelassen sind und öffentlichen Auftraggebern aus anderen Mitgliedsstaaten Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten, zu schützen. Ein besonderes Augenmerk legt der Gerichtshof³¹ auch auf den effizienten Einsatz öffentlicher Mittel, der nicht durch andere als sachlich gerechtfertigte Gründe erfolgen soll.

Gerade für den Staat als Nachfrager gilt aber, dass ihm gegenüber der Markt unwirtschaftliches Handeln nicht (sofort) sanktioniert, sodass er sich bei seinen Beschaffungen auch von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen kann.³² Um aber nun derartige "marktfremde" Überlegungen zurück zu drängen bedarf es der gesetzlichen Regelung dieses Bereiches und einer entsprechenden effizienten Kontrolltätigkeit.³³

²⁸ Schenk, Das neue Vergaberecht, 24.

²⁹ In der Literatur, *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 797, wird diesbezüglich auf die oftmals übermächtige öffentliche Hand verwiesen.

³⁰ EuGH, 03.10.2000, Rs C-380/98, Rz 16.

³¹ Schlussantrag von GA Jacobs, 10.05.2001 in der Rs C-19/00 (SIAC), Rz 33.

³² *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 797, die auf die Anfälligkeit des Staates für Intervention und Korruption verweisen.

³³ Das Rechtsschutzargument besitzt aber keine autonome Bedeutung, da Rechtsschutz als Mittel zur effizienten Umsetzung der zu Grunde liegenden politischen Entscheidung anzusehen ist.

3. Auftraggeberentscheidung

3.1. § 2 Z 16 BVergG 2006

§ 2 Z 16 BVergG 2006 definiert die (Auftraggeber-) Entscheidung als „jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren“. § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 enthält eine taxative Auflistung³⁴ der gesondert anfechtbaren Entscheidungen, wobei im Umkehrschluss gemäß § 2 Z 16 lit b BVergG 2006 alle dort nicht genannten „Festlegungen“, welche den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorangehen, als nicht gesondert anfechtbar anzusehen sind. Letztgenannte können nur mit dem gegen die ihnen nächstfolgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden. Aus der Gesetzessystematik ergibt sich, dass diese nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen auch nicht für nichtig erklärt werden können.³⁵

3.2. § 20 Z 13 BVergG 2002

Anders als die Vorgängerbestimmung § 20 Z 13 BVergG 2002 spricht § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 von nach außen in Erscheinung tretenden Entscheidungen. Mit dieser Ergänzung soll der - in weiterer Folge noch dargestellten - Judikatur des VfGH³⁶ Rechnung getragen werden.³⁷ Im Zusammenhang mit dieser Arbeit genügt es auf Z 16 lit aa lediglich hinzuweisen, derzufolge nunmehr auch das Ausscheiden eines Angebotes und die Widerrufsentscheidung³⁸ gesondert anfechtbare Entscheidungen darstellen.

4. Gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen

4.1. Einleitung

Mit dem BVergG 2002³⁹ wurde eine Unterscheidung in gesondert anfechtbare und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen in das österreichische Bundesrecht übernommen.⁴⁰ Mit

³⁴ Vgl dazu *Sachs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 13, Rz 55 bzw *Sachs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 16, Rz 46.

³⁵ 1171 BlgNR 22. GP 133.

³⁶ VfGH, 02.03.2002, B 691/01 ua.

³⁷ 1171 BlgNR 22. GP 13f (auch unter Verweis auf EuGH, Rs C-26/03, Stadt Halle, Rz 34).

³⁸ Vgl EuGH, 02.06.2005, Rs C-15/04, (Koppensteiner).

³⁹ § 20 Z 13 BVergG 2002 idF. BGBl I Nr 99/2002.

dieser neuen Einteilung bezweckte der Gesetzgeber eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effizientere Abwicklung des Rechtsschutzverfahrens.⁴¹ Auf diesem Wege soll vor allem eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Pflicht⁴² zur sofortigen Anfechtung jeder gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidung verhindert werden. Damit kann die Praxis mancher Bieter, gegen eine rechtswidrige Auftraggeberentscheidung erst dann einen Nachprüfungsantrag zu stellen, wenn feststeht, dass sie mit ihrem Angebot nicht erfolgreich sein werden, abgestellt werden.⁴³ Rechtliche Relevanz besitzt diese Unterscheidung naturgemäß für das Rechtsschutzverfahren vor den Vergabekontrollbehörden, da ein Nachprüfungsantrag gegen eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 unzulässig ist.

Ob mit der Unterscheidung, wie in den Materialien⁴⁴ angedeutet wird, eine Unterteilung des Vergabeverfahrens in verschiedene Abschnitte, wobei jeder Abschnitt mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung endet, erreicht wurde⁴⁵, kann in diesem Zusammenhang, auch mangels Relevanz⁴⁶, dahinstehen.⁴⁷ Zu beachten ist allerdings sehr wohl, dass der Gesetzgeber diese Regelung vor Augen gehabt hat und damit für alle am Verfahren Beteiligten gleichsam auch eine Absicherung des bisherigen Verfahrensstandes, durch Verstreichen der Rechtsmittelfrist für die einen Abschnitt beendende Auftraggeberentscheidung, angestrebt hat.

4.2. Materielles Vergaberecht oder prozessuales Vergabekontrollrecht

Vor dem Hintergrund von Art 14b Abs 1 und Abs 3 B-VG stellte sich auch die Frage, ob die Festlegung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen und von Anfechtungsfristen zum prozessualen Vergabekontrollrecht gehört, was zur Folge hat, dass die Regelung dieser Fragen in den Zuständigkeitsbereich der Nachprüfungsgesetzgeber fallen, oder ob es sich dabei um

⁴⁰ §§ 98ff Wr LVergG, LGBl 1999/30 enthielten bereits eine derartiges Regelungssystem.

⁴¹ AB 1118 BlgNR 21. GP 24.

⁴² Pflicht ist in diesem Zusammenhang faktisch zu verstehen und meint die zur Wahrung der Anfechtungsmöglichkeit notwendige Handlung.

⁴³ Pachner, ZVB 2002, 86 (89).

⁴⁴ AB 1118 BlgNR 21. GP 24.

⁴⁵ Bzw mit den im BVergG 2006 vorgenommenen Erweiterungen erreicht wird.

⁴⁶ Für diese Arbeit ist alleine maßgebend, dass ein System von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen besteht, von denen nur erstere einer selbständigen Anfechtung innerhalb der vorgesehenen Fristen zugänglich sind.

⁴⁷ Dazu kritisch Thienel in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 337ff.

Fragen des materiellen Vergaberechts handelt, was die Zuständigkeit des Bundes nach sich ziehen würde.⁴⁸ Mittlerweile ist anerkannt, dass die Festlegung von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie von Präklusivfristen in die Kompetenz der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung fällt.⁴⁹

4.3. Erweiterung/Einschränkung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen durch den Auftraggeber?

Im Zusammenhang mit dieser Arbeit ist auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass ein Auftraggeber in der Ausschreibung andere (zusätzliche) als die gesetzlich normierten gesondert anfechtbaren Entscheidungen festlegen könnte bzw gesetzlich als gesondert anfechtbar normierte Entscheidungen als unanfechtbar bestimmen könnte. Geht man zumindest in einem ersten Schritt vom Wortlaut des Gesetzes aus, würde auch eine solche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung in dieser Form bestandsfest. Soweit überblickbar, ist so ein Fall in der bisherigen Vergabekontrollpraxis noch nicht aufgetreten. Seine Lösung erscheint schwierig, da die Systematik von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen⁵⁰ einerseits elementarer Bestandteil des neuen BVergG⁵¹ ist und andererseits latent darauf angelegt ist, auch ein solches "Ergebnis" zu produzieren, vielleicht sogar in Kauf zu nehmen.

Mit Vorbehalt formuliert, können folgende allgemeine Tendenzen erblickt werden:

Die Judikatur des VwGH⁵² deutet in die Richtung, grundsätzlich die Festlegungen des Auftraggebers als bestandsfest und damit als Grundlage für das weitere Vergabe(kontroll)verfahren anzusehen. Soweit überblickbar war der VwGH bislang aber nicht

⁴⁸ Thienel in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 342ff, sieht gewichtige Gründe für eine diesbezügliche Kompetenz der Länder; ebenso Denk in Korinek/Holoubek, Art 14b Rz 54ff (2005); Rill in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht, Art 14b Rz 34 (2004) spricht sich hingegen für eine Zuordnung zum materiellen Vergaberecht aus.

⁴⁹ So auch Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich, 70.

⁵⁰ In der Literatur wird häufig für nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen der Ausdruck "verbunden anfechtbare Entscheidungen" verwendet (zB Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich, 70). Wird dieser Ausdruck im Zuge der vorliegenden Arbeit verwendet, so dient dies lediglich der leichteren Lesbarkeit, es besitzt aber keine darüber hinausgehende Bedeutung.

⁵¹ Seit dem BVergG 2002.

⁵² VwGH, 15.09.2004, 2007/04/0017. In diesem Erkenntnis hat der VwGH die Bestandskraft hinsichtlich der vom Auftraggeber in der Ausschreibung vorgenommenen - vom Gesetz abweichenden - Festlegungen in Bezug auf einen an sich behebbaren Mangel als unbehebbar angenommen. Insbesondere aber auch VwGH, 19.11.2008, 2004/04/0102.

vor die Frage gestellt, ob auch Festlegungen des Auftraggebers, die den eigentlichen Kern des Nachprüfungsverfahrens betreffen, bestandsfest werden können.

Hingegen weist die bisherige Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden⁵³ in die gegenteilige Richtung. *Hahnl*⁵⁴ verneint die Bestandskraft einer Ausschreibung in einem solchen Punkt mit der Begründung, dass der Bestandskraft insbesondere § 6 Abs 2 AVG - da sonst mit einer solchen Auftraggeberentscheidung über die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden disponiert werden könnte - und die ausdrückliche Regelung in § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 entgegenstehe.

Beide Argumente weisen erhebliche Schwachstellen auf: Zum einen verneint § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 lediglich die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, sofern sich dieser "nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet". Damit alleine ist aber noch keine Aussage über den Begriffsinhalt "gesondert anfechtbare Entscheidung" getroffen. Naheliegender Weise ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber damit auf seine taxative Auflistung in § 2 Z 16 lit b BVergG 2006 verweisen wollte. Ungeachtet dessen besteht trotzdem die Möglichkeit, dass der Auftraggeber in der Ausschreibung abweichendes anordnet. Beispielsweise könnte er festschreiben, dass es sich bei der Zuschlagsentscheidung um keine selbständig anfechtbare Entscheidung handelt. Eine solche Festlegung steht evidentermaßen in Widerspruch zu § 2 Z 16 BVergG 2006. Trotzdem ist jedenfalls für den Beginn der Überlegung davon auszugehen, dass auch diese Anordnung mangels Anfechtung bestandsfest wurde und daher die Grundlage für das weitere Verfahren bildet.

Um zu der von *Hahnl* vertretenen Lösung zu gelangen, bedürfte es der gedanklichen Ergänzung in § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, dass es sich dabei ausschließlich um eine in § 2 Z 16 lit a aufgelistete gesondert anfechtbare Entscheidung handeln müsse. Dazu müsste aber unterstellt werden, dass die Festlegung bzw Abänderung von gesondert anfechtbaren Entscheidung aufgrund eines fingierten "zwingenden Charakters" der faktischen Disposition des Auftraggebers entzogen wäre. Zum anderen vermag § 6 Abs 2 AVG - wie an anderer Stelle⁵⁵ noch nachgewiesen wird - nicht jene weitgehende, die Bestandskraft durchbrechende Bedeutung beigemessen werden, wonach auch sämtliche behördliche Tätigkeiten durch eine bestandsfeste Ausschreibung nicht berührt werden können.

⁵³ Statt vieler BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78.

⁵⁴ *Hahnl*, RPA 2006, 118 (120f).

⁵⁵ Kap VI/3.2.

Es wird an anderer Stelle⁵⁶ noch untersucht, ob mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden eine andere Sichtweise gestützt werden könnte.

Vorerst genügt es daher festzuhalten, dass Sachverhaltskonstellationen denkbar sind, in denen auf Grund der vorgesehenen Präklusionsfolge, auch das gesetzlich normierte (Nachprüfungs-)Verfahren ins Wanken gebracht werden könnte.

5. Fristgebundenheit des Nachprüfungsantrages

5.1. Einleitung

Das skizzierte System von unterschiedlichen Auftraggeberentscheidungen wird durch die Normierung von Fristen für Nachprüfungsanträge in § 321 BVergG 2006 ergänzt. Ein Nachprüfungsantrag ist gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 jedenfalls unzulässig, wenn er nicht innerhalb der in § 321 BVergG 2006 normierten – je nach Verfahrensart unterschiedlich langen – Frist gestellt wird. Zur Qualifizierung dieser Fristen hat der VfGH⁵⁷ ausgesprochen, dass Fristen, für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, bis zur Zuschlagsentscheidung prozessuale Fristen seien, wohingegen die Frist zur Erhebung eines Feststellungsantrags nach Zuschlagserteilung eine materielle Frist sei.⁵⁸

5.2. Konsequenz

Wird fristgerecht kein solcher Nachprüfungsantrag gestellt, hat dies die endgültige Präklusion zur Folge, was bedeutet, dass sowohl die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung als auch die ihr vorangehenden, nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen nicht mehr bekämpft werden können.⁵⁹ Das BVA⁶⁰ bezeichnet die nicht angefochtenen Entscheidungen eines Auftraggebers bzw solche, die durch die Vergabenachprüfungsbehörden bestätigt wurden, als Grundlage für das weitere Vergabeverfahren.

⁵⁶ Kap IX.

⁵⁷ VfGH, 02.03.2002, B 1426/99.

⁵⁸ Dazu kritisch *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 373ff.

⁵⁹ 1171 BlgNR 22. GP 138.

⁶⁰ BVA, 13.07.2006, N/0054-BVA/09/2006-EV16.

Die besondere Bedeutung einer solchen „bestandskräftig“⁶¹ gewordenen Entscheidung liegt in der Bindung aller drei für das Vergabeverfahren wesentlichen Akteure (Auftraggeber, Interessenten und Vergabekontrolleinrichtungen).

Zum einen dürfen auch die Vergabekontrolleinrichtungen die Rechtswidrigkeit einer solchen Entscheidung im Zuge der Anfechtung einer späteren Entscheidung nicht mehr inzident prüfen.⁶² Daneben müssen sich die Bieter an die bestandsfeste Ausschreibung halten, sofern sie ihre Chancen auf die Zuschlagsentscheidung wahren wollen. Vereinfacht gesagt kann ein Auftraggeber durch eine bestandskräftige Ausschreibung - gegebenenfalls rechtswidrige - Vorgaben für das weitere Vergabeverfahren festlegen, an die sich, wie dargestellt, die Vergabenachprüfungsbehörden und auch die Unternehmen, sofern sie den Zuschlag erhalten wollen, zu halten haben. So hat auch beispielsweise das BVA⁶³ ausgesprochen, dass die Nichtabgabe von Kalkulationsblättern als behebbarer Mangel einzustufen ist, welcher auch nicht durch Festlegungen des Auftraggebers in den Ausschreibungsbedingungen zu einem unbehebaren Mangel umgedeutet werden kann. Wird eine solche Ausschreibung allerdings bestandskräftig, kann die Rechtswidrigkeit solcher Bedingungen vor dem BVA nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden, da diese Ausschreibungsbedingungen unangreifbar geworden sind.⁶⁴ Ebenfalls in diesem Sinne hat der VwGH⁶⁵ entschieden, dass eine Ausschreibung, in welcher festgelegt wurde, dass das Fehlen einer bestimmten Bestätigung als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren ist – obwohl es sich dabei ex lege um einen behebbaren Mangel handelt – mangels Anfechtung bestandsfest geworden ist und daher dem weiteren Verfahren zu Grunde zu legen war. Dies bestätigend hat der VwGH⁶⁶ in einem weiteren Erkenntnis ausgesprochen, dass eine in der Ausschreibung vorbehaltene Vergabe nach bestimmten Teilen – ungeachtet, ob diese Bedingung rechtswidrig sein sollte – mangels rechtzeitiger Anfechtung nicht mehr anfechtbar ist.

Zum anderen ist aber gerade auch der Auftraggeber an seine, gegebenenfalls rechtswidrige, Festlegung (Mindestvoraussetzungen) in der Ausschreibung gebunden, sodass er

⁶¹ 1171 BlgNR 22. GP 138.

⁶² 1171 BlgNR 22. GP 138, sowie aus der Judikatur beispielsweise VwGH, 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH, 18.05.2005, 2004/04/0094; VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135 und VwGH, 01.03.2007, 2005/04/0239.

⁶³ BVA, 20.03.2003, 12N-10/03-11.

⁶⁴ BVA, 20.03.2003, 12N-10/03-11.

⁶⁵ VwGH, 15.09.2004, 2007/04/0017.

⁶⁶ VwGH, 15.09.2004, 2004/04/0054.

seine Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet (Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz), wenn er zu Gunsten eines Bieters von diesen Bedingungen abweicht.⁶⁷ Diese Bindung auch des Auftraggebers an seine eigenen Entscheidungen – sofern ein Abweichen nicht gesetzlich ausdrücklich für zulässig erklärt wird⁶⁸ - resultiert eben aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz⁶⁹, demzufolge die Bieter in jedem Abschnitt des Vergabeverfahrens gleich zu behandeln sind sowie aus der Verpflichtung zur Gewährleistung eines fairen Vergabewettbewerbs.⁷⁰

Gerade die oben skizzierte Bindung aller Akteure an die bestandsfeste Ausschreibung ist eine Tatsache, der offenbar vielfach keine allzu große Bedeutung beigemessen wird. Bei einer solchen Sichtweise kann es auch im Falle von mehrdeutigen Ausschreibungsbestimmungen⁷¹ nicht zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kommen, wenn der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung eine von mehreren möglichen Entscheidungen trifft.

5.3. Zielsetzung

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem normierten Präklusionssystem⁷² das Ziel der Straffung (Beschleunigung und Konzentration) des Vergabeverfahrens (insbesondere des Nachprüfungsverfahrens), da auf diese Weise dem Unternehmer die Möglichkeit genommen werden soll, bei Erkennen einer Rechtswidrigkeit zuzuwarten und diese erst im Falle einer für ihn ungünstigen nachfolgenden Entscheidung zu relevieren.⁷³

⁶⁷ BVA, 20.03.2003, 12N-10/03-11

⁶⁸ Beispielsweise § 90 BVergG 2006.

⁶⁹ § 19 Abs 1 BVergG 2006.

⁷⁰ *Fuchs in Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 331.

⁷¹ Kap VII/2.

⁷² *Pallitsch*, Die Präklusion im Verwaltungsverfahren, 1, weist darauf hin, dass unter Präklusion gemeinhin die als Folge der Untätigkeit im Verwaltungsverfahren eintretende mangelnde Einflussmöglichkeit auf das weitere Verfahren verstanden wird. *Mayer*, Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht, 359, führt ergänzend dazu auch den Verlust einer Rechtsstellung als Konsequenz der Untätigkeit innerhalb eines bestimmten Zeitraumes an. Er streicht dabei den mit der Präklusion verbundenen Konzentrationsgedanken hervor.

⁷³ *Fuchs in Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 321; 1171 BlgNR 22. GP 140 und 13.

Letztlich soll durch diese Regelung vor allem auch den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben⁷⁴ Genüge getan werden, da die rasche Durchführung eines Vergabeverfahrens sowie die Rechtssicherheit auch Zielsetzungen des Gemeinschaftsrechtes darstellen.

Zu beachten ist dabei, dass die Nachprüfungsfristen nach der Vorstellung des Gesetzgebers erst mit tatsächlicher Kenntnis oder möglicher Kenntnisnahme von der Entscheidung zu laufen beginnen.⁷⁵ Wie noch gezeigt werden wird, versuchen sich manche⁷⁶ letztlich dieser Sichtweise zu bedienen, um zu einer Umgehung der Bestandskraft⁷⁷ gelangen zu können.

Die für den Rechtsschutz zentrale Bedeutung der Bestandskraft wird auch aus der Gesetzessystematik zum möglichen Schadenersatz ersichtlich. Gemäß § 332 Abs 5 BVergG 2006 ist ein Feststellungsantrag nach § 331 Abs 1 *leg cit* unzulässig, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können. Kann der Bieter aus diesem Grund keinen Feststellungsbescheid erlangen, ist ihm im Regelfall auch die zivilgerichtliche Geltendmachung eines Schadens verwehrt, da dafür grundsätzlich gemäß § 341 Abs 2 BVergG 2006 ein entsprechender Feststellungsbescheid der Vergabenachprüfungsbehörde erforderlich ist.

6. Effektivität des Rechtsschutzes

6.1. Allgemeine Überlegungen

Es liegt auf der Hand, dass sich im Zusammenhang mit Präklusivfristen, welche gegebenenfalls auch die Durchsetzbarkeit eines im Gemeinschaftsrecht begründeten Rechtes verhindern können, die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit eines solchen Systems stellt. Nach der allgemeinen, nicht vergabespezifischen Judikatur des EuGH⁷⁸, gilt für nationale Regelungen, dass die dort normierte Ausschlussfrist angemessen sein muss. Darüber

⁷⁴ Vgl dazu insbesondere EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale Bau AG und Bietergemeinschaft) sowie EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service).

⁷⁵ 1171 BlgNR 22. GP 138.

⁷⁶ ZB *Thienel in Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 355f.

⁷⁷ Als Argumentationsmuster könnte hier versucht werden, die Kenntnis des Bieters von einer in der Ausschreibung liegenden Rechtswidrigkeit erst im Zeitpunkt der späteren Ausübung durch den Auftraggeber zu erblicken. Diesfalls wäre hinsichtlich dieser Rechtswidrigkeit noch keine Präklusion eingetreten.

⁷⁸ EuGH, 25.06.1991, Rs C-208/90 (Theresa Emmott), Rz 17; EuGH, 27.02.1980, Rs 68-79, Rz 22f.

hinaus darf durch ein solches Regime die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Effizienzgebot) und zum anderen müssen nationale Regelungen, wenn es um gemeinschaftsrechtliche Rechtspositionen geht, einen gleichwertigen Rechtsschutz wie bei vergleichbaren innerstaatlichen Sachverhalten vorsehen (Äquivalenzgebot).⁷⁹

Die Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit angemessenen Ausschlussfristen kann - wie Frank⁸⁰ dies unter Nachweis einer entsprechend großen Zahl an EuGH-Urteilen getan hat - als bemerkenswert zurückhaltend bezeichnet werden, wobei der Gerichtshof insbesondere dem damit in Verbindung stehenden Aspekt der Rechtssicherheit besondere Bedeutung beimessen dürfte.

Wie im Kapitel⁸¹ über die Entwicklung der Judikatur des EuGH noch näher ausgeführt wird, kann die Frage, ob die im BVergG normierten Ausschlussfristen gemeinschaftsrechtlich zulässig sind, grundsätzlich bejaht werden.

Bei der Auftragsvergabe handelt es sich um mehrpolige Rechtsverhältnisse⁸², was bedeutet, dass im Nachprüfungsverfahren der Antragsteller sowie die konkurrierenden Unternehmer einander gegenüberstehen, wobei auch diese Anspruch auf effektiven Schutz ihrer Rechtspositionen haben.⁸³ Interessanterweise wird diese Tatsache vielfach übersehen, wenn es um den Schutz des präsumtiven Zuschlagsempfängers und damit sein Recht auf Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht. Die Tendenz scheint zu sein, lediglich eine Schutzwürdigkeit der nicht zum Zug kommenden Bieter zu erkennen, nicht aber eine des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters. Letztlich darf in dieser Konstellation aber auch die Position des Auftraggebers und seine Rechte nicht übersehen werden. Aus den bereits dargestellten Erwägungen ist er zwar verpflichtet ein formalisiertes Verfahren durchzuführen, um Erwerbungen tätigen zu können. Die ihn verpflichtenden Vorschriften räumen ihm aber

⁷⁹ EuGH, 25.06.1991, Rs C-208/90 (Theresa Emmott), Rz 17.

⁸⁰ Frank, Gemeinschaftsrecht und staatliche Verwaltung, 2000, 171f.

⁸¹ Kap IV.

⁸² Das BVA, 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27, bezeichnet das Vergabeverfahren als ein "Mehrparteienverfahren", was zur Folge habe, dass eine ausschreibungswidrige Vorgehensweise - das Nichtausscheiden eines Bieters - zu einer gleichbehandlungswidrigen Verschlechterung der Rechtsposition der übrigen Bieter führe.

⁸³ Thienel in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 349f.

auch Rechte⁸⁴ ein, deren Wahrnehmung⁸⁵ offenbar keine Selbstverständlichkeit ist.⁸⁶ In diesem Sinne argumentiert auch *Thienel*⁸⁷, dass aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht die Verpflichtung ableitbar ist, dem Antragsteller einen maximalen Rechtsschutz einzuräumen. Das Ziel ist hingegen ein ausgewogener, auf die gegenläufigen privaten und öffentlichen Interessen⁸⁸ ausreichend Bedacht nehmender Rechtsschutz.⁸⁹ Gerade die Ermittlung eines solchen Mittelweges ist es aber, die den - nicht von Partikularinteressen geleiteten - Rechtsanwender vor eine große Herausforderung stellt.

7. Bedeutung der Bestandskraft

7.1. Allgemeine Überlegungen

Die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung der Bestandskraft zukommt, hängt zu einem wesentlichen Teil vom Standort des Betrachters ab. Nicht zum Zug gekommene Bieter und ihre Rechtsvertreter, aber auch Auftraggeber, die an eine unglücklich formulierte Ausschreibungsbestimmung gebunden sind,⁹⁰ mögen in ihr ein Instrument zur Verkürzung ihrer Rechtsposition sehen. Hingegen werden Auftraggeber in ihr wohl gemeinhin ein Mittel zur Sicherstellung eines schnellen Verfahrens erblicken. *Fuchs*⁹¹ bezeichnet es als einen wesentlichen Zweck der Bestandskraft, Rechtssicherheit zu gewährleisten, da durch dieses Regelungssystem die Zwischenergebnisse des Vergabeverfahrens rechtlich abgesichert werden, was wiederum das Vertrauen der Bieter in die etappenweise getroffenen Festlegungen des

⁸⁴ Insbesondere das Recht auf ein rasches Vergabeverfahren. *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 350, spricht hingegen von einem allgemeinen öffentlichen Interesse an der zügigen Durchführung öffentlicher Vergaben.

⁸⁵ Wahrnehmung ist hier im Sinne von Erkennen zu verstehen.

⁸⁶ Wie bereits in der Einleitung ausgeführt, wird hier keineswegs übersehen, dass sich der Auftraggeber tendenziell in einer besseren Position als die Bieter befindet. Gleichwohl erinnert die dargestellte Argumentation an die mancherorts auch gegenüber Behörden allgemein ins Treffen geführten Bedenken. In Verbindung mit diesen Überlegungen steht häufig die mangelnde Bereitschaft auch diesen Einrichtungen schützenswerte Rechtspositionen zuerkennen zu wollen.

⁸⁷ *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 349f.

⁸⁸ Das Interesse an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens.

⁸⁹ *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 350.

⁹⁰ Zu einer solchen Konstellation VwGH, 19.11.2008, 2004/04/0102.

⁹¹ *Fuchs* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 332. Sie hebt hier einen Gedanken hervor, dem in der Praxis der Vergabekontrollbehörden keine all zu große Beachtung geschenkt wird.

Auftraggebers berücksichtigt. Der EuGH⁹² hat in der Rechtssache *Universale Bau AG* ausgesprochen, dass die umfassende Verwirklichung der durch die Richtlinie 89/665/EWG⁹³ verfolgten Ziele gefährdet wäre, wenn Bewerber und Bieter die Möglichkeit hätten, jederzeit im Vergabeverfahren „Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe“ zu rügen⁹⁴ und auf diesem Weg den Auftraggeber zur Neudurchführung des bis dahin absolvierten Verfahrens zu zwingen.⁹⁵ Auch der EuGH⁹⁶ hebt dabei den mit der Präklusionsregelung in Verbindung stehenden Gedanken der Rechtssicherheit hervor.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass mit der Einführung der Rechtsfigur "Bestandskraft" gleichsam als Kehrseite zu den oben beschriebenen positiven Aspekten dem Auftraggeber ein Instrument in die Hand gegeben wurde, das jedenfalls potentiell geeignet ist, den Rechtsschutz der Bieter - manchmal aber auch die eigene rechtliche Position - zu verkürzen. Überspitzt kann daher formuliert werden, dass der Bestandskraft die Wirkung zukommt Rechtssicherheit herzustellen und diese möglicherweise gleichzeitig auch wieder zu beseitigen. Es handelt sich dabei also um ein Institut, das beim rechtswissenschaftlich Tätigen Beifall ob seiner Ambivalenz und dem damit eröffneten Betätigungsfeld auslöst. In der Praxis und vor allem auch durch die Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden bedingt, ist das Präklusionssystem hingegen geeignet, zu erheblicher Irritation beizutragen.

⁹² EuGH, 12.12.2002, Rs C- 470/99 (*Universale Bau AG und Bietergemeinschaft*), Rz 75.

⁹³ Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Abl Nr L 395 vom 30.12.1989, S 33).

⁹⁴ Zu diesem Gedanken neben EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (*Universale Bau AG und Bietergemeinschaft*), Rz 75; auch VwGH, 01.03.2004, 2004/04/0012 und VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135.

⁹⁵ Gerade diese Praxis, die zu Lasten der Auftraggeber ging, war der rechtspolitische Grund für die Normierung des heute anzutreffenden Systems von gesondert anfechtbaren Entscheidungen und Präklusionsfristen. Geht man nun davon aus, wie dies Bietervertreter tun, dass auch das heutige System ein nun zu ihren Lasten überschießendes ist, wird deutlich wie schwierig sich das Unterfangen eine ausgewogene, die gegenläufigen Interessen beachtende Gesetzgebung zu erreichen, darstellen kann.

⁹⁶ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (*Universale Bau AG und Bietergemeinschaft*).

8. Ursprung der Bestandskraft

8.1. Allgemeine Überlegungen

Auf Seiten des Bieters resultiert die Bestandskraft aus der Präklusion der Anfechtung.⁹⁷ Aus der Sicht des Auftraggebers vor allem daraus, dass er in Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes⁹⁸ nicht von seinen - insbesondere in der Ausschreibung - aufgestellten Bedingungen abweichen darf, ohne seine Entscheidungen mit Rechtswidrigkeit zu belasten und damit deren Nichtigerklärung zu riskieren.⁹⁹ Gemäß § 123 BVergG 2006¹⁰⁰ hat der Auftraggeber die Angebote nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu beurteilen.¹⁰¹ Sämtliche Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber die von ihm vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen einhält.¹⁰² Auch nach der Judikatur des EuGH¹⁰³ erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, um einen objektiven Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter sicher zu stellen.

Als Zwischenergebnis kann nach der Betrachtung der gesetzlichen Vorgaben festgehalten werden, dass der Auftraggeber durch die Ausschreibung die Grundlage für das durchzuführende Vergabeverfahren festlegt, auf deren Einhaltung alle an diesem Verfahren beteiligten Akteure im Falle der Bestandsfestigkeit berechtigterweise vertrauen dürfen, sodass insbesondere auch die Angebote an diesem Maßstab zu messen sind. Offen bleibt dabei, ob es ungeachtet dieser klaren gesetzlichen Regelung Umstände - welcher Art auch immer - gibt, die den Eintritt der Bestandskraft verhindern können.

⁹⁷ §§ 2 Z 16 und 321 BVergG 2006.

⁹⁸ Vgl § 19 Abs 1 BVergG 2006.

⁹⁹ BVA, 18.08.2003, 10N-60/03-26.

¹⁰⁰ Vgl aber auch § 130 BVergG 2006.

¹⁰¹ Zu beachten ist, dass in dieser Bestimmung nur auf die Ausschreibung und nicht auch auf die gesetzlichen Vorgaben ("Soweit sie nicht gesetzlichen Regelungen widersprechen [...] oder ähnlich) abgestellt wird.

¹⁰² VwGH, 27.09.2000, 2000/04/0050; BVA, 05.06.2003, 12N-32/03-17 mwN; insbesondere BVA, 30.09.2002, 01N-41/02-27; BVA, 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27 mwN.

¹⁰³ EuGH, 22.06.1993, Rs C-243/89, Rz 37.

III. AUSSCHREIBUNG

1. Einleitung

1.1. Begriff

§ 2 Z 10 BVergG 2006 enthält eine Legaldefinition des Begriffes Ausschreibung. Demnach handelt es sich dabei um die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte. Der Gesetzgeber erwähnt dabei im BVergG 2006 Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog. Bei der Ausschreibung handelt es sich daher um einen Überbegriff, der mehrere Auftraggeberhandlungen zusammenfasst.¹⁰⁴ In der Regierungsvorlage¹⁰⁵ heißt es zu § 2 Z 10 BVergG 2006, dass der Begriff „Ausschreibung“ auf der Definition der ÖNORM A 2050 basiert und neben der Bekanntmachung unter anderem auch die Ausschreibungsunterlagen beinhaltet. Dort¹⁰⁶ heißt es weiter, dass es sich um eine beispielhafte Aufzählung handelt, welche nunmehr im BVergG 2006 um einen Verweis auf die Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog ergänzt wurde. „Die Ausschreibung stellt einen Überbegriff über verschiedene Unterlagen dar, die ihrerseits einen unterschiedlichen Konkretisierungsgrad und einen unterschiedlichen Umfang aufweisen können; die Genauigkeit, mit der ein Auftraggeber festlegt, welche Leistung er zu welchen Bedingungen erhalten möchte, sind bei der Ausschreibung mit konstruktiver Leistungsbeschreibung und bei einer Beschreibung beim wettbewerblichen Dialog höchst unterschiedlich.“¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Holoubek/Fuchs* in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 868; *Hahnl*, BVergG 2002, 172; zur Ausschreibung allgemein BVA, 29.03.2004, 15N-06/04-29.

¹⁰⁵ 1171 BlgNR 22. GP 13.

¹⁰⁶ 1171 BlgNR 22. GP 13.

¹⁰⁷ 1171 BlgNR 22. GP 13.

2. Bedeutung

2.1. Allgemeine Überlegungen

Da die Ausschreibung am Beginn des nach außen in Erscheinung tretenden Vergabeverfahrens steht, kann sie als Grundlage¹⁰⁸ des weiteren Verfahrens verstanden werden, deren Aufgabe es ist, einen organisierten Parallelwettbewerb der Bieter sicherzustellen, aufgrund dessen das beste oder billigste¹⁰⁹ Angebot ermittelt wird.¹¹⁰ Dass die Ausschreibung auch den Grundsätzen der Vergleichbarkeit der Angebote, der Klarheit und Transparenz, der Gleichbehandlung der Bieter und der Neutralität verpflichtet ist,¹¹¹ resultiert bereits aus der Möglichkeit, sie wegen Verletzung dieser Grundsätze anzufechten. Diese Faktoren gleichsam als Wesensmerkmal zu bezeichnen, schießt aber über das Ziel hinaus, da, wie die Arbeit noch zeigen wird, all diese Grundsätze zwar Maßstäbe sind, an der die angefochtene Ausschreibung zu beurteilen ist, denen aber keine darüber hinausgehende, gleichsam autonome Bedeutung zukommt. Ihrer Funktion als Grundlage des Vergabeverfahrens entsprechend, muss der Bieter durch sie möglichst umfassend über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages informiert werden, wobei fehlende Angaben in den Ausschreibungsunterlagen nach dem Willen des Gesetzgebers¹¹² nicht zu Lasten des Bewerbers oder Bieters gehen dürfen. In dieses System fügt sich auch konsequent die Rechtsprechung des EuGH.¹¹³ Wie an anderer Stelle¹¹⁴ noch nachgewiesen wird, vermag auch nur eine für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu verstehende Ausschreibung die Rechtswirkung der Präklusion herbeizuführen.

Bei der Ausschreibung handelt es sich, wie beispielsweise aus den §§ 79 und 80 BVergG 2006 ersichtlich ist, um ein förmliches Verfahren¹¹⁵ aufgrund dessen sich die

¹⁰⁸ Vgl § 130 BVergG 2006.

¹⁰⁹ Je nach Gestaltung der Ausschreibung.

¹¹⁰ *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 6, Rz 4 bzw *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 10, Rz 7.

¹¹¹ *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 6, Rz 4 bzw *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 10, Rz 7.

¹¹² 1171 BlgNR 22. GP 67.

¹¹³ Vgl insbesondere EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (*Santex SpA*).

¹¹⁴ Kap IV.

¹¹⁵ *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 6, Rz 4; *Rusam* in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), VOB, § 3 Rz 7. An dieser Stelle wird sogar von einem "bis ins Einzelne" geregelten förmlichen Verfahren gesprochen.

öffentliche Hand das von ihr Benötigte beschafft bzw zu beschaffen hat, wobei es die Tendenz des Gesetzgebers zu sein scheint, diesen Verfahrensabschnitt einer immer stärkeren Regelung zu unterwerfen.¹¹⁶

Die Bedeutung der Ausschreibung ist vor dem Hintergrund des Systems der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie der Präklusivfristen darin zu erblicken, dass sich der Ausschreibende durch sie an Regeln¹¹⁷ bindet,¹¹⁸ welche er „vor“ der Einleitung des Vergabeverfahrens vorzugeben¹¹⁹ und die er im weiteren Verfahren auch einzuhalten¹²⁰ hat.¹²¹ E contrario hat dies zwangsläufig auch die - jedenfalls faktische - Bindung der Bieter an die in der Ausschreibung enthaltenen Vorgaben als Konsequenz,¹²² da sie im Falle der Missachtung der von allen Bietern akzeptierten Ausschreibung, das Ausscheiden ihres Angebots und eine Zuschlagsentscheidung nicht zu ihren Gunsten riskieren.¹²³

Für die vorliegende Arbeit besitzt vor allem das Thema Brisanz, ob es Ausschreibungsbedingungen gibt, die, aus welchen Gründen auch immer, nicht bestandskraftfähig sind und die trotz Festlegung in der – nicht angefochtenen – Ausschreibung entweder im Folgenden gänzlich unbeachtlich sind¹²⁴ oder im weiteren Verfahren gegenüber einer Vergabenachprüfungsbehörde trotz an sich eingetretener Präklusion geltend gemacht werden können.¹²⁵

¹¹⁶ Vgl beispielsweise die in § 80 neu aufgestellten Erfordernisse für Angaben in der Ausschreibung.

¹¹⁷ Insbesondere §§ 79ff BVergG 2006.

¹¹⁸ *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 6, Rz 4 bzw *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 10, Rz 7.

¹¹⁹ Dies dient insbesondere der Berücksichtigung des Transparenzgebotes und damit auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

¹²⁰ Widrigenfalls er seine Entscheidungen mit Rechtswidrigkeit belastet. Vgl auch *Heiermann* in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), VOB, § 16 Rz 1. Der Autor spricht von durch die Ausschreibung begründeten Pflichten des Auftraggebers, deren Verletzung zu einer Haftung aus dem Rechtsgrund des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen, führen können.

¹²¹ EuGH, 28.11.2002, T-40/01 (Scan Design), Rz 80 u 87.

¹²² BVA, 25.01.2000, F-17/98-32 und BVA, 20.06.2000, N-21/00-19.

¹²³ Zur angenommenen Bindung des Bieters an zwingend vorgeschriebene Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich der Formvorschriften vgl *Pachner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 6, Rz 5.

¹²⁴ Vgl zur völlig unbeachtlichen Festlegung eines "falschen" Auftraggebers in der Ausschreibung VfGH, 13.10.2005, KI-2/05 ua, B573/05 ua.

¹²⁵ ZB BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22.

3. Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung

3.1. Allgemeine Überlegungen

Aus § 2 Z 16 BVergG 2006 resultiert die selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibung. Für das BVA¹²⁶ besteht jedenfalls ein rechtliches Interesse im Sinne des § 163 Abs 1 BVergG 2002¹²⁷ und damit auch ein Recht auf Überprüfung der behauptetermaßen rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmung für jeden Unternehmer, der glaubwürdig behauptet, am Zustandekommen eines Vertrages interessiert zu sein und der sich durch die Form der Ausschreibung diskriminiert erachtet.¹²⁸

In jüngerer Zeit hat sich die eingeschlagene Linie des BVA¹²⁹ bestätigt, wonach sich die aus dem BVergG¹³⁰ ergebende Präklusionswirkung grundsätzlich¹³¹ auf alle Rechtsverstöße bezieht, die nicht innerhalb der jeweiligen Anfechtungsfrist durch einen Nachprüfungsantrag bekämpft wurden, wobei die Bestandskraft unabhängig von der Frage eintritt, ob die Bestimmungen unzumutbar oder vergaberechtswidrig waren.¹³²

4. Rechtsnatur der Ausschreibung

4.1. Allgemeine Überlegungen

Aufgrund der zentralen Bedeutung, die der Ausschreibung im Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge beizumessen ist, muss der Frage ihrer Rechtsnatur sowie ihrer Auslegung ein, wenn auch kurzer, Blick zukommen. Wenusch¹³³ differenziert für die Bestimmung der Rechtsnatur der Ausschreibung danach, ob es für den potentiellen Anbieter einfach sei, den Preis festzustellen, welchen er in Anschlag bringen möchte; in diesem Fall sei die

¹²⁶ BVA, 29.03.2004, 15N-06/04-29. Die von dieser allgemeinen Tendenz abweichenden Bescheide werden in jeweils eigenen Kapiteln behandelt.

¹²⁷ Nunmehr § 320 BVergG 2006.

¹²⁸ Das BVA stützt sich dabei auf Art 1 Abs 3 iVm Art 2 Abs 1 lit b der Richtlinie 89/665/EG; vgl dazu auch *Hahnl*, BVergG 2002, E.4, S 656.

¹²⁹ Für viele BVA, 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27.

¹³⁰ Seit dem BVergG 2002.

¹³¹ Auf die Ausnahmen davon wird in weiterer Folge eingegangen.

¹³² So auch VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135; BVA, 06.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74.

¹³³ *Wenusch*, bbl 1999, 102 (102f).

Ausschreibung lediglich als Einladung zur Offertlegung zu qualifizieren. Werden hingegen Leistungen ausgeschrieben, bei denen die Preisermittlung schwierig und daher kostenintensiv sei, solle es sich bei der Ausschreibung um die Auslobung eines Kostenvoranschlages handeln, wenn die Ausschreibung öffentlich sei, oder um die Bestellung eines Kostenvoranschlages, wenn sie beschränkt sei.¹³⁴

*Hahnl*¹³⁵ hält dem den Wortlaut von § 20 Z 6 BVergG 2002 entgegen, demzufolge es sich ihrer Meinung nach bei der Ausschreibung, auch in den Fällen aufwendiger Erstellungsarbeiten, nicht um eine Auslobung oder Bestellung handle, sondern um eine invitatio ad offerendum, an die sich spezifisch vergaberechtliche Folgen knüpfen.

*Rummel*¹³⁶ bezeichnet die Ausschreibung als Aufforderung zur Stellung von Offerten und qualifiziert sie als einseitig verpflichtende Willenserklärung, für deren Interpretation die Regeln der §§ 914f ABGB maßgeblich seien.

5. Auslegung der Ausschreibung

5.1. Allgemeine Überlegungen

Auch das BVA¹³⁷ stellt zur Auslegung einer Ausschreibung auf die für die Auslegung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen maßgeblichen Grundsätze nach § 914 ABGB im Sinne der Übung des redlichen Verkehrs ab. Zunächst sei daher der Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung maßgebend, doch sei in weiterer Folge die dem Erklärungsempfänger (Bieter) erkennbare Absicht des Erklärenden (Ausschreibenden) zu erforschen.¹³⁸ Allgemein hat das BVA¹³⁹ festgestellt, dass die Ausschreibung nach den Vorschriften des ABGB auszulegen ist, da sie auf den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags gerichtet ist. Der OGH¹⁴⁰ stellt bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen darauf ab, wie diese bei objektiver Beurteilung durch den Bieter zu verstehen waren, "wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck,

¹³⁴ *Wenusch*, bbl 1999, 102 (103).

¹³⁵ *Hahnl*, BVergG 2002, 186; so auch BVA, 03.04.2003, 10F-16/02-24.

¹³⁶ *Rummel*, ÖZW 1999, 1 (3).

¹³⁷ BVA, 07.04.2000, N-45/99-74; BVA, 13.02.1994, F-4/94-33 = WBI 1996, 413 (413f); BVA, 07.04.2000, N-45/99-74 und BVA, 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27.

¹³⁸ BVA, 13.02.1994, F-4/94-33 = WBI 1996, 413 (413f).

¹³⁹ BVA, 25.01.2000, F-17/98-32.

der redlicher Weise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenlage Bedeutung zukommt." Als Beurteilungsmaßstab dient dabei in der Judikatur¹⁴¹ die Maßfigur des durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt.

6. Konstruktive - Funktionale Ausschreibung

6.1. Allgemeine Überlegungen

Diese Unterscheidung besitzt für die vorliegende Arbeit nur insoweit Bedeutung, als bei der funktionalen Ausschreibung – anders als bei der konstruktiven – die Leistung nicht bestimmt, sondern nur bestimmbar ist.¹⁴²

Handelt es sich um eine konstruktive Leistungsbeschreibung, ist die Ausschreibung nach § 79 Abs 4 BVergG 2006 so klar abzufassen, dass sie unmittelbar zum Inhalt des Leistungsvertrages werden kann, der nur noch durch jene Vertragsbestandteile ergänzt werden muss, die sich aus dem Angebot ergeben.¹⁴³

¹⁴⁰ OGH, 20.01.2000, 6 Ob 69/99m.

¹⁴¹ VwGH, 17.11.2004, 2002/04/0078; EuGH, 04.12.2003, Rs C- 448/01, Rz 57 (EVN AG) [zur Auslegung der Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen und der Bekanntmachung]; BVA, 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20.

¹⁴² Pachner in Schramm et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 6, Rz 17 und 18 bzw Pachner in Schramm et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 10, Rz 22ff.

¹⁴³ 1171 BlgNR 22. GP 67.

IV. DIE JUDIKATUR DES EUGH

1. Einleitung

1.1. Allgemeine Überlegungen

Mit der Einführung des Systems von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen stellte sich naturgemäß sehr rasch die Frage nach der Gemeinschaftsrechtskonformität dieses Konzepts.

Einleitend ist festzustellen, dass sich aus Art 1 Abs 1 der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge,¹⁴⁴ sowie bisher aus der Richtlinie 89/665/EWG die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten ergibt sicherzustellen, dass für in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG¹⁴⁵ fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Art 2 bis 2f der in Rede stehenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

Aus der ersten und zweiten Begründungserwägung der Richtlinie 89/665/EWG ergibt sich ihre Zielsetzung, die sowohl auf einzelstaatlicher- als auch auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu verstärken, insbesondere dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.¹⁴⁶ Daraus leitet der Gerichtshof¹⁴⁷ eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten ab, wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen.

¹⁴⁴ IdF Abl Nr L 335 vom 20.12.2007, S. 0031-0046.

¹⁴⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Abl Nr L 134 vom 30.04.2004, S 0114-0240).

¹⁴⁶ So auch EuGH, 28.10.1999, Rs C-81/98 (Alcatel Austria AG), Rz 33 und EuGH, 11.08.1995, Rs C-433/93 (Kommission/Deutschland), Rz 23.

¹⁴⁷ EuGH, 28.10.1999, Rs C-81/98 (Alcatel Austria AG), Rz 34.

1.2. *Rs Hospital Ingenieure*

In der *Rs Hospital Ingenieure*¹⁴⁸ hat der Gerichtshof¹⁴⁹ ausgesprochen, dass zur Bestimmung des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle auf den Zweck der Richtlinie 89/665/EWG abzustellen und darauf zu achten sei, dass deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werde. Gestützt auf die sechste Begründungserwägung, Art 1 Abs 1 Richtlinie 89/665/EWG und auf das mit der Richtlinie 89/665/EWG verfolgte Ziel,¹⁵⁰ gelangte der Gerichtshof¹⁵¹ zu dem Ergebnis, dass es den Mitgliedsstaaten nicht freistünde, die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidung, eine Ausschreibung zu widerrufen, auf die Frage zu reduzieren, ob diese Entscheidung willkürlich erfolgt sei.

Man kann sich an dieser Stelle die Frage stellen, inwieweit diese Ausführungen in einem Spannungsverhältnis zum System der Bestandskraft stehen, da dieses die Kontrollbefugnis der Vergabekontrollbehörden entsprechend einzuschränken oder sogar auszuschalten vermag.

Die Mindestvoraussetzungen der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen, die im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ergehen, werden von der Richtlinie 89/665/EWG festgelegt.¹⁵² Weder aus dieser Richtlinie noch aus der Richtlinie 2007/66/EG ergeben sich aber über die einleitend dargestellte Zielsetzung hinaus Vorgaben, sodass in weiterer Folge ein intensiver Blick auf die Judikatur des EuGH zu dieser Frage zu werfen ist. Zu beachten ist dabei aber auch, dass die genannten Richtlinien das Bestehen von individuellen Rechten voraussetzen.¹⁵³

Vorweg kann bereits gesagt werden, dass der EuGH die Systematik von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen sowie die damit in Verbindung stehende Normierung von Präklusionsfristen grundsätzlich für gemeinschaftsrechtskonform hält.¹⁵⁴ Der EuGH legt allerdings großen Wert darauf, inwieweit die Rechtsposition der Bieter/Bewerber durch externe

¹⁴⁸ EuGH, 18.06.2002, Rs C-92/00 (*Hospital Ingenieure*), Rz 59.

¹⁴⁹ Es ging in diesem Verfahren - zu Frage 2 - um den Umfang der gerichtlichen Kontrolle einer Auftraggeberentscheidung im Rahmen eines von der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehenen Nachprüfungsverfahrens, konkret: den Widerruf der Ausschreibung.

¹⁵⁰ Und zwar Intensivierung der Nachprüfungsmöglichkeit.

¹⁵¹ EuGH, 18.06.2002, Rs C-92/00 (*Hospital Ingenieure*), Rz 66ff.

¹⁵² EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (*Santex*), Rz 47.

¹⁵³ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, 85.

¹⁵⁴ Dies überrascht vor dem Hintergrund der in Kap II/6 wiedergegebenen bisherigen Judikatur des EuGH zu Ausschlussfristen nicht weiter.

Faktoren (Verhalten des Auftraggebers) beeinträchtigt wird. Demgegenüber kann aus der bisherigen Rechtsprechung nicht der Schluss gezogen werden, dass der EuGH bestimmte Rechtswidrigkeiten einer an sich bestandsfesten Ausschreibung als so gravierend qualifiziert, dass diese Bestimmungen nicht bestandsfest werden können.

2. Universale-Bau AG

2.1. Urteil

In diesem Verfahren¹⁵⁵ wurde dem EuGH unter anderem die Frage vorgelegt, ob die Richtlinie 89/665/EWG einer innerstaatlichen Regelung entgegensteht, die für die Nachprüfung einer konkreten Entscheidung des Auftraggebers eine Frist normiert, sodass im Falle der Versäumung dieser Frist die zu Grunde liegende Entscheidung im Zuge des weiteren Vergabeverfahrens nicht mehr angefochten werden kann und, ob es zulässig ist, dass *jeder Mangel* bei sonstigem "Verlust" (Präklusion) von betroffenen Interessenten geltend gemacht werden muss.¹⁵⁶ Konkret ging es in diesem Verfahren um die Frage, ob die in § 98 Wr LVergG vorgesehene Ausschlussfrist von zwei Wochen mit der Richtlinie 89/665/EWG vereinbar ist.

Der Gerichtshof betonte, dass die Regelung der Nachprüfungsfristen Sache der internen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten sei, dass aber soweit es um die Modalitäten gerichtlicher Verfahren zum Schutz der Rechte gehe, welche das Gemeinschaftsrecht den durch Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bietern einräume, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665/EWG nicht beeinträchtigt werden dürfe.¹⁵⁷ Der EuGH verwies auf die Zielsetzung der Richtlinie, die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene bestehenden Mechanismen zur Sicherung der tatsächlichen Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vor allem dann zu stärken, wenn Verstöße noch beseitigt werden könnten, weshalb die Mitgliedsstaaten auch in Art 1 Abs 1 der vorgenannten Richtlinie dazu verpflichtet würden, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch überprüft werden könnten.¹⁵⁸

¹⁵⁵ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG).

¹⁵⁶ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 39.

¹⁵⁷ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 71 und Rz 72.

¹⁵⁸ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 74.

In diesem Zusammenhang führt der Gerichtshof¹⁵⁹ entscheidend Folgendes aus: "Die vollständige Verwirklichung der mit der Richtlinie 89/665/EWG verfolgten Ziele wäre jedoch gefährdet, wenn Bewerber und Bieter in jedem Stadium des Vergabeverfahrens Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe rügen und dadurch den öffentlichen Auftraggeber zwingen könnten, das gesamte Verfahren erneut durchzuführen, um den Verstoß zu beheben." Darüber hinaus würde die Festsetzung von angemessenen Ausschlussfristen für die Erhebung von Rechtsbehelfen dem sich aus der Richtlinie 89/665/EWG ergebenden Effektivitätsgebot entsprechen, da dies ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit sei.¹⁶⁰ Das Institut der Präklusion, genauer die drohende Sanktion der Präklusion, stelle obendrein die möglichst rasche Anfechtung und Berichtigung von rechtswidrigen Auftraggeberentscheidungen sicher, was mit den Zielen der Richtlinie 89/665/EWG und dem Grundsatz der Rechtssicherheit in Einklang stehe.¹⁶¹ Aus all dem zog der Gerichtshof¹⁶² den Schluss, "dass die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der die Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers binnen einer bestimmten Frist beantragt werden muss, wobei *sämtliche Mängel*¹⁶³ des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb dieser Ausschlussfrist gerügt werden müssen, sodass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann, sofern die fragliche Frist angemessen ist."

2.2. Würdigung

Mit dieser Formulierung hat der EuGH auch deutlich zu verstehen gegeben, dass nicht nach der Art des betreffenden Mangels zu differenzieren ist. Die Unanfechtbarkeit von nicht geltend gemachten Rechtswidrigkeiten tritt also unabhängig von einer Qualifikation und Schwere bzw Herkunft¹⁶⁴ des betreffenden Mangels (vgl zB Wurzelmangel¹⁶⁵) ein. Diese These

¹⁵⁹ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 75.

¹⁶⁰ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 76.

¹⁶¹ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 78.

¹⁶² EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 79.

¹⁶³ Hervorhebung durch den Autor.

¹⁶⁴ Damit sind vor allem die Konstellationen angesprochen, in denen eine gemeinschaftswidrige Klausel als nicht "heilbar" eingestuft wird.

¹⁶⁵ Kap VII/1.

wird auch durch die eindeutige Wortwahl in diesem Urteil gestützt.¹⁶⁶ Es erschiene sonderbar, aus diesem Urteil den Schluss zu ziehen, dass gerade gemeinschaftsrechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen nicht der Präklusion zugänglich wären, wenn der für die Wahrnehmung solcher Rechtswidrigkeiten allgemein zuständige Gerichtshof, wie im vorliegenden Fall, von sämtlichen Mängeln des Vergabeverfahrens spricht. Als logisch gebotene Schlussfolgerung müssen damit jedenfalls auch sämtliche Mängel gemeint sein, deren Ursprung im Gemeinschaftsrecht zu finden ist.

Diese eindeutige Aussage war vor allem vor dem Hintergrund der Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2002¹⁶⁷ und der dadurch entstandenen Diskussion von Bedeutung, da dort, anders als in den Erläuterungen zum Ausschussbericht, gerade eine gemeinschaftsrechtswidrige Ausschreibung als Beispiel für den Nichteintritt der Bestandskraft angeführt wurde.¹⁶⁸

2.3. Die zwei Pole des Vergabeverfahrens

Bei genauer Betrachtung der Ausführungen des Gerichtshofes wird deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht zwei miteinander in Einklang zu bringenden Zielsetzungen besondere Bedeutung beimisst: dem Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechtes und der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens.¹⁶⁹

Man könnte nun die Auffassung vertreten, dass die Verpflichtung zur raschen Durchführung des Vergabeverfahrens ausschließlich an den nationalen Gesetzgeber gerichtet ist und von diesem entsprechende Vorkehrungen zur Sicherstellung dieser Zielsetzung verlangt. Einer solchen Sichtweise steht aber insbesondere Rz 78 des in Rede stehenden Urteils entgegen. Darin erklärt der EuGH, "dass durch Sanktionen wie die Präklusion gewährleistet werden kann, dass rechtswidrige Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber nach ihrer Bekanntgabe an die Betroffenen so rasch wie möglich angefochten und berichtigt werden, was mit den Zielen der Richtlinie 89/665 und mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit in Einklang steht." Diese Ausführungen des Gerichtshofes sind auch so zu verstehen, dass der gesetzlich vorgesehene

¹⁶⁶ Rz 79 und Rz 39, wobei es nach meinem Dafürhalten besonderes Gewicht besitzt, dass in der das Verfahren einleitenden Frage Nr 3 ausdrücklich von jedem Mangel gesprochen wird.

¹⁶⁷ 1087 BlgNR 21. GP 20.

¹⁶⁸ In diesem Sinne auch *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 352f; aA *Hahl*, BVergG 2002, 698; *Hahl*, RPA 2006, 118 (118ff).

¹⁶⁹ Vgl dazu beispielsweise Rz 78 und Rz 76.

Druck zur sofortigen Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen nicht nur gemeinschaftsrechtlich zulässig ist, sondern im Dienste auch des Grundsatzes der Rechtssicherheit sogar - jedenfalls - gewünscht ist.

Aus der wiedergegebenen Passage erhellt, dass es sich bei der Verpflichtung zur raschen Durchführung des Vergabeverfahrens nicht - alleine - um eine des nationalen Gesetzgebers handelt.

2.4. Verdoppelung des Rechtsschutzes und Rechtssicherheit

Zwei der nicht zum Zug gekommenen Bieter des zu Grunde liegenden Vergabeverfahrens argumentierten gegenüber dem Gerichtshof vor dem Hintergrund des mangelnden Rechtsschutzes damit, dass ausländische Bieter in der Regel eine solche Anfechtungsfrist nicht einhalten könnten. Weiters wurde betont, dass der Fehler in den Ausschreibungsbedingungen erst im Zuge der Einsichtnahme in die Bewertung der Bewerbungsunterlagen nach Ablauf der zweiwöchigen Frist habe bemerkt werden können.

Demgegenüber erklärte die Auftraggeberin, dass die Antragstellerin nicht gehindert gewesen sei, rechtzeitig ihre Bedenken geltend zu machen, da ihr die genauen Modalitäten des Verfahrens mitgeteilt worden wären.¹⁷⁰

Generalanwalt *Alber*¹⁷¹ verwies in seinem Schlussantrag hinsichtlich dieser Frage darauf, dass sich die Richtlinie 89/665/EWG darauf beschränke, bestimmte Mindestanforderungen für den zu gewährleistenden Rechtsschutz aufzustellen, dass sie aber weder Zeitvorgaben enthalte, innerhalb derer bestimmte Akt angefochten werden dürfen, noch eine Regelung vorsehe, ob der nationale Gesetzgeber Präklusionsvorschriften normieren dürfe oder nicht. Der Generalanwalt verwies auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Festsetzung von Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit mit dem Effektivitätsprinzip grundsätzlich vereinbar sei, da solche Fristen nicht geeignet seien, die Ausübung der vom Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.¹⁷² Die Richtlinie 89/665/EWG verfolge unter anderem auch das Ziel, Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und rasch nachprüfen lassen zu können (Art 1 Abs 1), was zur Folge habe, dass Fristen nicht so kurz bemessen sein dürften, dass die

¹⁷⁰ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 69.

¹⁷¹ Schlussantrag vom 08.11.2001 von GA *Alber* in der Rs C-470/99, Rz 68.

Bieter und Bewerber an der Ausübung der Rechte gehindert würden, was jedoch bei einer Frist von zwei Wochen nicht der Fall sein dürfte.¹⁷³ Der Generalanwalt schlug daher vor, die Frage in folgender Weise zu beantworten: "Die Richtlinie 89/665 steht einer innerstaatlichen Regelung nicht entgegen, die für die Nachprüfung einer konkreten Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers eine Frist normiert, so dass bei Versäumnis dieser Frist diese Entscheidung im Zuge des weiteren Vergabeverfahrens nicht mehr angefochten werden kann, soweit gewährleistet ist, dass der gewährte Rechtsschutz nicht ungünstiger ist als für vergleichbare von nationalen Rechten gewährte Rechte und die Ausübung der von der Richtlinie 89/665 gewährten Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht wird. Insofern muss jeder Mangel des Verfahrens von betroffenen Interessenten bei sonstigem Verlust der Rügemöglichkeit geltend gemacht werden."¹⁷⁴

Diesen Gedanken verschärfend ergibt sich aus Rz 75 des hier behandelten Urteils die klare Absage des EuGH an eine Verdoppelung des Rechtsschutzes. Mit anderen Worten spricht der Gerichtshof hier aus, dass die Möglichkeit zur Geltendmachung von Rechtswidrigkeiten¹⁷⁵ der Ausschreibung gegen nachfolgende Auftraggeberentscheidungen, nicht nur gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist, sondern dass das Zulassen einer solchen Verhaltensweise die "vollständige Verwirklichung der mit der Richtlinie 89/665 verfolgten Ziele" gefährden würde. Diese Klarstellung des EuGH wird überraschenderweise in jenen Fällen nicht berücksichtigt, in denen von einer Relativierung der Bestandskraft wegen mangelnder objektiver Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidungen oder aus dem Grund des Vorliegens eines zwingenden Widerrufstatbestandes ausgegangen wird.

Der Generalanwalt¹⁷⁶ verweist in seinen Schlussanträgen auf einen Aspekt der im nationalen Diskurs völlig ausgeblendet zu sein scheint, wenn er ausführt, dass die Aufnahme von Ausschlussfristen in die Verfahrensvorschriften auch der Rechtssicherheit diene, da ein Bewerber, zu dessen Vorteil eine Entscheidung ergangen sei, auch auf den Bestand dieser erworbenen Rechtsposition vertrauen dürfe. Wie die Ausführungen zum präsumtiven

¹⁷² Schlussantrag vom 08.11.2001 von GA *Alber* in der Rs C-470/99, Rz 69.

¹⁷³ Schlussantrag vom 08.11.2001 von GA *Alber* in der Rs C-470/99, Rz 71.

¹⁷⁴ Schlussantrag vom 08.11.2001 von GA *Alber* in der Rs C-470/99, Rz 74.

¹⁷⁵ Und nach den weiteren Ausführungen des Gerichtshofes können damit nur sämtliche Rechtswidrigkeiten gemeint sein. An dieser Stelle spricht der EuGH von "Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe".

¹⁷⁶ Schlussantrag vom 08.11.2001 von GA *Alber* in der Rs C-470/99, Rz 71.

Zuschlagsempfänger in dieser Arbeit noch zeigen werden,¹⁷⁷ besteht in der nationalen Vergabekontrollpraxis kein sehr ausgeprägtes Interesse, hier und bei dem öffentlichen Interesse an einer raschen Durchführung des Vergabeverfahrens, von der Annahme einer erworbenen und schützenswerten Rechtsposition auszugehen.

Durch das besprochene Erkenntnis blieben allerdings unter anderem die Fragen offen, wie lange eine Frist sein müsse, um angemessen zu sein und, ob die im BVergG 2002¹⁷⁸ normierte Systematik der gesondert bzw verbunden anfechtbaren Entscheidungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.¹⁷⁹

3. Santex

3.1. Urteil

In einem weiteren Verfahren¹⁸⁰ hatte sich der EuGH mit der Frage der Zulässigkeit von Ausschlussfristen auseinander zu setzen. In dem dieser Rechtssache zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte ein öffentlicher Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegt, dass nur solche "Unternehmen zugelassen würden, die in den letzten drei Geschäftsjahren für gleiche Leistungen wie die ausgeschriebene einen mindestens dreimal so hohen Gesamtumsatz wie das Volumen dieses Auftrags erzielt hätten."¹⁸¹

In der Folge wies die Klägerin - innerhalb der Anfechtungsfrist für die Ausschreibung¹⁸² - den öffentlichen Auftraggeber auf bestimmte, näher genannte ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen durch diese Ausschreibung hin. Der öffentliche Auftraggeber verschob daraufhin die Öffnung der Angebote und ersuchte die betroffenen Unternehmen um Übermittlung einer umfassenden Dokumentation, wobei diese Mitteilung den Hinweis enthielt, dass die in Rede stehende Bestimmung auch mit dem Verständnis ausgelegt werden könnte, dass sie sich auf den Gesamtumsatz der bietenden Unternehmen beziehe, was zur Folge habe, dass der Umsatz für die Lieferung identischer Erzeugnisse wie des ausgeschriebenen keine

¹⁷⁷ Kap VII/2.

¹⁷⁸ Und nun im BVergG 2006.

¹⁷⁹ *Thienel in Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 353.

¹⁸⁰ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

¹⁸¹ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 11.

¹⁸² EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 11 und Rz 12.

Zulassungsvoraussetzung für den Bieterwettbewerb darstelle, sondern dies ausschließlich für die Qualitätsbewertung heranzuziehen sei.¹⁸³ In Folge eines Widerspruchs eines anderen Unternehmens forderte der öffentliche Auftraggeber nunmehr auf, zusätzlich unter anderem (zu der bereits eingereichten Dokumentation) den Umsatz der für die Lieferung identischer Erzeugnisse erzielt worden sei, mitzuteilen.¹⁸⁴

Gestützt auf die genannte Ausschreibungsbestimmung wurde die Klägerin in weiterer Folge ausgeschieden. Vereinfacht verstand der EuGH die an ihn vorgelegte Frage in der Weise, ob es zu einer Durchbrechung der Bestandskraft zu kommen hat, wenn feststeht, dass ein öffentlicher Auftraggeber durch sein Verhalten die Ausübung der aus der Gemeinschaftsrechtsordnung erfließenden Rechte unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert hat.¹⁸⁵ Der Gerichtshof¹⁸⁶ qualifizierte sowohl die Dauer der Frist (60 Tage) als angemessen, als auch den Beginn des Fristenlaufes (Mitteilung des Aktes oder vollständige Kenntnis) als dem Effektivitätsgebot entsprechend. Ungeachtet dessen, sei aber im Hinblick auf das Effektivitätsgebot zu prüfen gewesen, ob eine nationale Norm, nämlich die Anwendung der in Rede stehenden Frist, unter den konkreten Umständen des zu Grunde liegenden Falles,¹⁸⁷ die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert habe.¹⁸⁸ Der Kläger habe zwar von der als rechtswidrig angenommenen Bestimmung bereits durch die Veröffentlichung der Ausschreibung Kenntnis gehabt, der öffentliche Auftraggeber habe aber durch sein Verhalten eine Ungewissheit über die Auslegung dieser Klausel erzeugt, wobei er diese Ungewissheit erst durch die Ausschlussentscheidung beseitigt habe.¹⁸⁹ Der Bieter habe

¹⁸³ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 13.

¹⁸⁴ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 15.

¹⁸⁵ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 48. Der EuGH verstand die an ihn vorgelegte Frage wörtlich in der Weise, "ob die Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass sie, wenn feststeht, dass ein öffentlicher Auftraggeber durch sein Verhalten die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einem Unionsbürger einräumt, dem durch eine Entscheidung dieses öffentlichen Auftraggebers ein Schaden entstanden ist, unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert hat, die zuständigen nationalen Gerichte verpflichtet, die auf der Unvereinbarkeit der Ausschreibung mit dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rügen zuzulassen, die zur Stützung eines gegen diese Entscheidung eingelegten Rechtsbehelfs geltend gemacht werden, und gegebenenfalls von der im nationalen Recht vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, die nationalen Präklusionsvorschriften außer Anwendung zu lassen, nach denen eine solche Unvereinbarkeit nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist gegen die Ausschreibung nicht mehr geltend gemacht werden kann."

¹⁸⁶ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 54 und 55.

¹⁸⁷ Der EuGH erwähnte dabei die Stellung der Vorschrift im gesamten Verfahren, den Verfahrensablauf und die Besonderheiten des Verfahrens.

¹⁸⁸ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 56.

¹⁸⁹ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 57.

daher erst im Zeitpunkt der Ausschlussentscheidung von der Auslegung der verfahrensgegenständlichen Klausel erfahren; also zu einem Zeitpunkt als die Klagsfrist gegen die Ausschreibung bereits abgelaufen gewesen sei, sodass der Bieter durch die Ausschlussvorschriften nicht in der Lage gewesen sei, die Unvereinbarkeit der vom öffentlichen Auftraggeber gefundenen Auslegung mit dem Gemeinschaftsrecht gegenüber späteren, ihm nachteiligen Entscheidungen geltend zu machen.¹⁹⁰ Der Gerichtshof¹⁹¹ gelangte daher zu dem Ergebnis, dass das dargestellte wechselhafte Verhalten des öffentlichen Auftraggebers vor dem Hintergrund der Existenz einer Ausschlussfrist, dem Bieter die Ausübung der ihm durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte übermäßig erschwert habe.

Zu beachten ist dabei, dass der EuGH weder in diesem Zusammenhang noch an anderer Stelle in diesem Urteil eine Aussage hinsichtlich der Qualität der zu Grunde liegenden Rechtswidrigkeit tätigte, sondern "bloß" das Verhalten des Auftraggebers ins Zentrum seiner Argumentation rückte. Es darf auch nicht übersehen werden, dass der Gerichtshof ausdrücklich seine bisherige Rechtsprechung¹⁹² bestätigte, wonach "*sämtliche* Mängel des Vergabeverfahrens" nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr geltend gemacht werden können.¹⁹³

Die Richtlinie 89/665/EWG sei daher so auszulegen, "dass sie, wenn feststeht, dass ein öffentlicher Auftraggeber durch sein Verhalten die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einem Unionsbürger einräumt, dem durch eine Entscheidung dieses öffentlichen Auftraggebers ein Schaden entstanden ist, unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert hat, die zuständigen nationalen Gerichte verpflichtet, die auf der Unvereinbarkeit der Ausschreibung mit dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rügen zuzulassen, die zur Stützung eines Rechtsbehelfs gegen diese Entscheidung geltend gemacht werden, indem die Gerichte gegebenenfalls von der nach nationalem Recht vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen, die nationalen Präklusionsvorschriften außer Anwendung zu lassen, nach denen eine solche Unvereinbarkeit nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist gegen eine Ausschreibung nicht mehr geltend gemacht werden kann."¹⁹⁴

¹⁹⁰ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 60.

¹⁹¹ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 61.

¹⁹² EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 79.

¹⁹³ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 50.

¹⁹⁴ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 66.

3.2. Würdigung

Die Weiterentwicklung dieses Urteils gegenüber der Rs C-470/99 (Universale)¹⁹⁵ ist darin zu erblicken, dass der Gerichtshof die widersprüchlichen Verhaltensweisen des Auftraggebers als Ansatzpunkt für eine Durchbrechung der Bestandskraft qualifizierte, da die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung eingeräumten Rechte sonst übermäßig erschwert würde. Die Gemeinsamkeit der beiden Urteile ist im Desinteresse des Gerichtshofes zu erblicken, nach der behaupteten Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu differenzieren. Von Bedeutung für weitere Fälle erscheint in diesem Zusammenhang die Frage, ob bereits auch eine zweideutige¹⁹⁶, jedenfalls einen Interpretationsspielraum zulassende Klausel in einer Ausschreibung alleine zu dem skizzierten Ergebnis führt oder ob ein Bieter in einer solchen Konstellation um seine vollen Verteidigungsrechte zu wahren, nicht vielmehr verpflichtet ist, die Ausschreibung innerhalb der gesetzlichen Frist anzufechten.

Generalanwalt *Alber* äußerte sich in seinem Schlussantrag vom 07.02.2002 in der Rechtssache C-327/00 in der Weise, dass bei einem Auftraggeberverhalten, das geeignet ist, beim Bieter ein berechtigtes Vertrauen auf gemeinschaftsrechtskonforme Handhabung einer Klausel der Ausschreibung hervorzurufen, eine Durchbrechung der Bestandskraft gemeinschaftsrechtlich Platz zu greifen habe. Eine - bloß mehrdeutige - Klausel ohne ein berechtigtes Vertrauen erzeugendes Auftraggeberverhalten würde nach dieser Sichtweise ein solches Vorgehen aber nicht rechtfertigen. Umgekehrt erfordert aber eine mehrdeutige Klausel, eine Aufklärung suchende Tätigkeit des Bieters, da nur in einem solchen Fall ein berechtigtes Vertrauen entstehen kann.

Von Bedeutung dürfte dem Generalanwalt gewesen sein, dass die verfahrensgegenständliche Klausel bereits in den Ausschreibungsbedingungen latent rechtswidrig gewesen sei, sich diese Rechtswidrigkeit aber erst durch die Ausschlussentscheidung konkretisiert habe und die Rechtswidrigkeit durch eine andere Auslegung hätte verhindert werden können.¹⁹⁷

¹⁹⁵ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG).

¹⁹⁶ Ob die in Rede stehende Klausel als zweideutig anzusehen ist, sei an dieser Stelle dahingestellt.

¹⁹⁷ Schlussantrag vom 07.02.2002 von GA *Alber* in der Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 106. Durch diese Formulierung wird deutlich, dass der Generalanwalt von einer mehrdeutigen Ausschreibung ausgegangen ist.

Überraschend scheint die Aussage des Generalanwalts¹⁹⁸, wonach es nicht im Sinne der Richtlinie 89/665/EWG sei, vorsorglich Klage zu erheben, steht diese Feststellung doch in einem gewissen Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH¹⁹⁹, da im vorliegenden Fall, aufgrund des eindeutigen Gehalts der Ausschreibung²⁰⁰ nicht von einer wenig konkreten Rechtsverletzung und damit von einer vorsorglichen Rechtsmittelergreifung gesprochen werden kann. Dass sich die Klägerin - wie in der Einleitung bereits wörtlich wiedergegeben²⁰¹ - in einem Zustand der positiven Auftragserwartung befunden haben mag, kann an diesem Ergebnis auch nichts ändern.²⁰²

Gerade die Qualifizierung der verfahrensgegenständlichen Klausel scheint im konkreten Verfahren von besonderer Brisanz zu sein:

Interpretiert man die Aussagen des EuGH nun dahingehend, dass dieser von einer nach objektivem Verständnis²⁰³, im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung rechtswidrigen - und wohl auch eindeutig als rechtswidrig erkennbaren - Klausel ausging,²⁰⁴ erscheint das gefundene Ergebnis problematisch, da die Schutzwürdigkeit des Bieters jedenfalls auf den ersten Blick nicht klar erkennbar ist.

In einer solchen Konstellation kann nämlich die Auffassung vertreten werden, dass der Bieter zur Wahrung seiner vollen Verteidigungsrechte aktiv werden hätte müssen. Auch wenn der Auftraggeber im zu Grunde liegenden Verfahren Verhaltensweisen gesetzt hat, die dazu geeignet waren, beim Bieter Vertrauen in die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der fraglichen Klausel hervorzurufen, hätte der Bieter - bei Unterstellung einer für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt klar erkennbar rechtswidrigen Klausel - die Ausschreibungsbestimmung anfechten müssen, um seine Rechtsschutzmöglichkeit zu wahren. Hätte der Auftraggeber ausschreibungswidrig seine Zuschlagsentscheidung auf den Gesamtumsatz der Bieter und nicht auf den in der

¹⁹⁸ Schlussantrag vom 07.02.2002 von GA *Alber* in der Rs C-327/00 (*Santex SpA*), Rz 110.

¹⁹⁹ Vgl zu diesem Gedanken beispielsweise EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (*Grossmann Air Service*).

²⁰⁰ Sollte man zu dem Ergebnis gelangen, dass die in Rede stehende Klausel mehrdeutig war, so war jedenfalls die Möglichkeit der gemeinschaftsrechtswidrigen Ausübung eindeutig erkennbar.

²⁰¹ Kap I.

²⁰² Schlussantrag vom 07.02.2002 von GA *Alber* in der Rs C-327/00 (*Santex SpA*), Rz 109.

²⁰³ Ein durchschnittlich fachkundiger Bieter hätte bei Anwendung der üblichen Sorgfalt also die Rechtswidrigkeit erkannt.

²⁰⁴ In diesem Sinne auch das vorlegende Gericht, wie sich aus Rz 43 ergibt.

Ausschreibung geforderten Gesamtumsatz für gleiche Leistungen wie die ausgeschriebene gestützt, wäre die Zuschlagsentscheidung vermutlich rechtswidrig gewesen.

3.3. Die Folgeentscheidung als selbständig rechtswidrige Entscheidung?

Verfahrensgegenständlich war im hier besprochenen Urteil im Besonderen die Frage, ob - bzw auf welche Weise - die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auf die folgende Auftraggeberentscheidung durchschlägt. Der Gerichtshof erblickte in der Nichtanwendung der Präklusionsvorschriften ein geeignetes Mittel, um dem Gemeinschaftsrecht zum Durchbruch zu verhelfen.

Dieses Rückgriffes auf die andernfalls eintretende Verunmöglichung oder Erschwerung der Ausübung des Gemeinschaftsrechtes bedarf es nicht, wenn in der Folgeentscheidung eine von der Ausschreibung losgelöste, also von ihr unabhängige Entscheidung gesehen wird.

So argumentiert beispielsweise *Thienel*²⁰⁵, dass die gemeinschaftsrechtswidrige Handhabung einer mehrdeutigen Bedingung in den Ausschreibungsunterlagen einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht darstelle, der - unabhängig von der Frage, ob die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung an sich noch vorgebracht werden könne - geltend gemacht werden könne. Dieser Sichtweise liegt die Annahme zu Grunde, dass es sich um eine mehrdeutige Bedingung handelt und dass die Formulierung der Klausel in der Ausschreibung eine gemeinschaftsrechtskonforme Handhabung zulässt.²⁰⁶ Auch *Oder*²⁰⁷ differenziert danach, ob die bekämpfte Ausschreibungsbestimmung einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung generell zugänglich ist. In einem solchen Fall - den er so wie *Thienel* in der Rs *Santex*²⁰⁸ als gegeben ansieht - erhalte eine in der Folge ergehende, auf eine gemeinschaftsrechtswidrige Auslegung gestützte Ausschlussentscheidung einen "eigenständigen rechtswidrigen Inhalt,"²⁰⁹ der trotz Präklusionsfrist einer Bekämpfung zugänglich zu machen ist."²¹⁰ Im konkreten Fall kann allerdings gefragt werden, ob die Prämisse von der mehrdeutigen, gemeinschaftsrechtskonform auslegbaren Bedingung tatsächlich zutrifft. Zum ersten ist die Klausel in der Bekanntmachung vom 23.10.1996 so eindeutig gestaltet, dass sie für einen

²⁰⁵ *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 355.

²⁰⁶ *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 355.

²⁰⁷ *Oder*, ZVB 2003, 123 (127).

²⁰⁸ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (*Santex SpA*).

²⁰⁹ So auch Schlussantrag vom 07.02.2002 von GA *Alber* in der Rs C-241/06, Rz 102.

durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt einen klaren Erklärungswert²¹¹ besitzt. Basierend darauf überlässt die in Rede stehende Klausel dem Auftraggeber ex ante betrachtet keinen Spielraum zu einer anderen Sichtweise als der in der Klausel ausdrücklich normierten, sodass eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung faktisch schwer vorstellbar ist. Bedauerlich erscheint, dass der EuGH mit keinem Wort auf das Verhältnis Ausschreibungsunterlagen - in denen die Bedingung formuliert war - und danach folgende Mitteilungen des Auftraggebers, eingegangen ist.²¹² Für den Gerichtshof stellen offenkundig die Erklärungen des Auftraggebers, durch welche der Bieter im Unklaren gelassen wurde, so schwerwiegende Verhaltensweisen dar, die, ungeachtet der eindeutigen Bekanntmachung und unabhängig von ihrer rechtlichen Qualität, die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung eingeräumten Rechte unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert haben.

Handelt es sich bei der streitigen Klausel um eine eindeutige - und gemeinschaftsrechtswidrige - Klausel, vermag die Sicht des EuGH jedenfalls nicht vollständig zu überzeugen, da nicht ersichtlich ist, weshalb ein Bieter in Kenntnis der rechtlichen Qualität der Ausschreibung und damit ihrer Bedeutung für das Vergabeverfahren, diese nicht anfecht. Für den Gerichtshof dürfte, wie dargestellt, vor allem entscheidend gewesen sein, den Bieter nicht in Folge Auftragnehmerverhaltens in seinem Rechtsschutz zu verkürzen.

Abgesehen davon stellt dieses Urteil eine - zumindest leichte - Abkehr von dem in der bisherigen Rechtsprechung vertretenen Gedanken dar, wonach sich ein Bieter aktiv²¹³ am Vergabeverfahren beteiligen muss, um seine Rechtsposition zu wahren.²¹⁴ Der Schutz des Vertrauens darauf, dass der Auftraggeber von der ihm eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch machen wird, hinterlässt jedenfalls einige Fragezeichen.²¹⁵

Hingegen erscheint die vom Gerichtshof gefundene Lösung bzw die von *Thienel* und *Oder* vertretene, im Falle der Annahme einer mehrdeutigen, der Ausschreibung zu Grunde

²¹⁰ *Oder*, ZVB 2003, 123 (127).

²¹¹ Als Beurteilungsmaßstab ist hier nur die einleitend wörtlich wiedergegebene Klausel heranzuziehen.

²¹² Hätte er diesen Erklärungen mehr als eine faktische Bedeutung beigemessen, wäre eine Interpretation anhand der dafür zu Verfügung stehenden Methoden angezeigt gewesen.

²¹³ Im Falle der Eindeutigkeit der Klausel, kann ein zielführendes aktives Handeln nur in der Anfechtung der Ausschreibung bestehen.

²¹⁴ Vgl zu diesem Gedanken beispielsweise EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (*Grossmann Air Service*).

²¹⁵ Es wird dabei nicht übersehen, dass der Bieter im gegenständlichen Verfahren aktiv um Aufklärung ersucht hat.

liegenden Klausel überprüfungswürdig, da in einer solchen Konstellation auf den ersten Blick nicht ersichtlich ist, was in einem solchen Fall bestandsfest geworden ist bzw erscheint ein um Aufklärung ersuchender Bieter durchaus schutzwürdig, da er gemeinschaftsrechtskonform agiert. Lässt eine unangefochten gebliebene Ausschreibung bei entsprechender Auslegung zwei oder mehrere Sichtweisen zu, so wird die Klausel in ihrer Mehrdeutigkeit bestandsfest, sodass die Vergabekontrollbehörde anhand dieser Bestimmung die Rechtmäßigkeit einer Auftraggeberentscheidung zu beurteilen hat. An dieser Stelle könnten vor allem die beiden zuvor wiedergegebenen Literaturmeinungen greifen, wonach die gemeinschaftsrechtswidrige Handhabung einer mehrdeutigen, an sich auch ein gemeinschaftsrechtskonformes Interpretationsergebnis zulassenden Klausel, die Rechtswidrigkeit der fraglichen Auftraggeberentscheidung begründet.

Im Kapitel über die objektive Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung²¹⁶ wird diese Frage näher untersucht. Als Ergebnis kann an dieser Stelle vorweggenommen werden, dass die Auftraggeberfolgeentscheidung nicht mit Rechtswidrigkeit belastet ist, wenn ein Auftraggeber im Rahmen seines, durch die Ausschreibung festgelegten Handlungsspielraums agiert, auch wenn die gewählte Vorgehensweise an sich, also ohne bestandsfeste Ausschreibung, gemeinschaftsrechtswidrig wäre. Jede andere Sichtweise führt unter anderem zu einer gemeinschaftsrechtlich verpönten Verdoppelung des Rechtsschutzes. Darüber hinaus wird damit dem zweiten gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Pol - der Raschheit des Vergabeverfahrens - zu geringe Bedeutung beigemessen.

3.4. Schlussfolgerung

Die Aussage des EuGH in diesem Urteil ist so zu verstehen, dass bereits aber gleichzeitig auch erst ein wechselhaftes Verhalten des Auftraggebers eine Durchbrechung der Bestandskraft rechtfertigt.

Unabhängig davon, ob die fragliche Klausel zweideutig formuliert wurde oder nicht, dürfte ein entsprechend unklares Auftraggeberverhalten zur Beseitigung der Bestandskraft führen.

²¹⁶ Kap VII.

Geht man davon aus, dass es sich im zu Grunde liegenden Verfahren um eine eindeutige²¹⁷ Klausel gehandelt hat, bei der für den EuGH eben bereits das folgende wechselhafte Verhalten des Auftraggebers ausreichend Grund war, um eine Durchbrechung der Bestandskraft anzunehmen, muss dieses Ergebnis im Größenschluss umso mehr für den Fall gelten, wo zu einer mehrdeutigen Klausel ein wechselhaftes Auftraggeberverhalten hinzutritt.

Unabhängig von der Qualifikation der Klausel bedarf es aber jedenfalls dieses wechselhaften Auftraggeberverhaltens, um in den hier interessierenden Fällen zu einer Durchbrechung der Bestandskraft gelangen zu können, da es für den EuGH keine Bedeutung zu haben scheint, welche Schwere der zu Grunde liegende Rechtsverstoß an sich aufweist. Die bloße Bezugnahme auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Klausel vermag daher keine taugliche Grundlage für die Beseitigung der Bestandskraft zu liefern.

Ließe man im Falle eines diskriminierenden Zuschlagskriteriums in der Ausschreibung - zumindest in den Konstellationen, in denen diese Bestimmung nicht gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden kann - eine Anfechtung einer späteren Entscheidung, gestützt auf diese gemeinschaftsrechtswidrige Klausel mit dem Argument zu, dass sich diese Rechtswidrigkeit erst zum späteren Zeitpunkt konkretisiert habe, hätte dies die weitgehende Aushöhlung des Bestandskraftsystems zur Folge.²¹⁸

In beiden Fallkonstellationen - mehrdeutige und eindeutige Klausel - wird man aufgrund des "irreführenden" Verhaltens des Auftraggebers mit dem EuGH von einer Durchbrechung der Bestandskraft auszugehen haben. Gerade im Falle der eindeutigen Klausel - aber auch bei der mehrdeutigen - könnte allerdings argumentiert werden, dass dem Bieter, trotz des wechselhaften Auftraggeberverhaltens, der eindeutige Wortlaut einer Klausel bzw die für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbare Mehrdeutigkeit der Ausschreibung, entgegengehalten werden kann. Wertungsmäßig wäre diesfalls, anders als es offenbar der EuGH sieht, die Unterlassung der Anfechtung, trotz Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit, nicht durch ein eventuelles Vertrauen in eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung durch den Auftraggeber überlagert.

²¹⁷ Unstrittig ist jedenfalls, dass die in der Bekanntmachung formulierte Klausel einen eindeutigen - behaupteten rechtswidrigen - Erklärungswert besitzt.

²¹⁸ So auch *Oder*, ZVB 2003, 123 (127), wobei - wie zuvor gezeigt wurde - dieser Gedanke auch für den Fall der erkennbar mehrdeutigen Klausel vertreten werden könnte. Der EuGH erblickt jedenfalls in der Auftraggeberfolgeentscheidung keine selbständige Konkretisierung einer früheren Entscheidung.

4. Kommission gegen Spanien

4.1. Allgemeine Überlegungen

In dieser Rechtssache²¹⁹ hatte der Gerichtshof die spanische Rechtslage zu beurteilen, wonach nur beschwerende Entscheidungen selbst bekämpft werden können. Andere Verfahrenshandlungen können erst gemeinsam mit der nachfolgenden beschwerenden Handlung angefochten werden.

4.2. Ist die Anfechtung der Ausschreibung bereits ein geeignetes Verfahren?

Die besondere Bedeutung des in Rede stehenden EuGH Urteils liegt in der Bezugnahme des Gerichtshofes auf die sechste Begründungserwägung und den Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665/EWG, wonach die genannte Richtlinie sicherstellen soll, dass in allen Mitgliedsstaaten geeignete Verfahren geschaffen werden, um die Aufhebung von Entscheidungen, die die Vergabebehörden unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die entsprechenden einzelstaatlichen Umsetzungsvorschriften erlassen, und die Entschädigung der durch einen Verstoß Geschädigten zu ermöglichen.²²⁰ Für den Gerichtshof²²¹ genügte es, dass die spanische Regelung Unternehmern die Anfechtung von zum einen endgültigen Handlungen und zum anderen auch von Verfahrenshandlungen, "sofern sie unmittelbar oder mittelbar eine Entscheidung in der Sache enthalten, die Fortführung des Verfahrens oder eine Verteidigung unmöglich machen oder Ansprüche oder berechnete Interessen irreparabel beeinträchtigen", ermöglichte.

Fraglich ist, ob der Zweck der Richtlinie 89/665/EWG bereits durch die Ermöglichung einer - selbstverständlich anfechtbaren - Ausschreibung, in der eine Bekämpfung der Auftraggeberfolgeentscheidungen ausgeschlossen wäre, gefährdet würde.²²² Anders gewandt ist daher zu untersuchen, ob die Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung gemeinschaftsrechtlich ausreichend ist?

²¹⁹ EuGH, 15.05.2003, Rs C-214/00.

²²⁰ EuGH, 15.05.2003, Rs C-214/00, Rz 77.

²²¹ EuGH, 15.05.2003, Rs C-214/00, Rz 79.

²²² Es darf dabei nicht übersehen werden, dass eine solche Ausschreibungsbestimmung im Wege der Anfechtung beseitigt werden würde.

Durch ein entsprechendes Verfahren,²²³ mit welchem sichergestellt ist, dass die Bieter die Nichtigerklärung einer Ausschreibung, die unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die entsprechenden einzelstaatlichen Umsetzungsvorschriften ergangen ist, erreichen können, wäre eine Argumentation möglich, dass bereits die Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung ausreicht,²²⁴ um den gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen zu entsprechen.²²⁵ Bei einer solchen Sichtweise²²⁶ wäre sowohl dem aus dem Gemeinschaftsrecht erfließenden Gedanken des effektiven Rechtsschutzes²²⁷ als auch dem Bestreben nach Durchführung eines raschen Vergabeverfahrens²²⁸ Genüge getan. Eine solche, zugegebenermaßen harte Interpretation der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, erfordert naturgemäß einen Mentalitätswechsel der Bieter, da das häufig vorgebrachte und auch verständliche Argument, ein möglichst gutes Einvernehmen mit dem Auftraggeber und potentiellen Vertragspartner herstellen zu wollen, die Konsequenz hätte, dass sich der Auftraggeber sein eigenes Vergabeverfahren - im Vertrauen auf die Untätigkeit der Bieter - zu Recht legen könnte. Es soll dabei nicht übersehen werden, dass an dieser Stelle lediglich die Frage untersucht wird, welche Vorgaben das Gemeinschaftsrecht enthält. Nicht behandelt wird hier die nationale (verfassungsrechtliche oder verfassungspolitische) Ebene, ob in einer solchen Konstellation ein Rechtsschutzdefizit der Bieter bestünde.²²⁹

²²³ In diesem Zusammenhang muss naturgemäß eine entsprechend lange Anfechtungsfrist bestehen und der Auftraggeber darf nicht durch zumindest "wechselhaftes Verhalten" die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte übermäßig erschweren oder praktisch unmöglich machen.

²²⁴ Der Gesetzgeber ermöglicht in dieser Konstellation die Anfechtung der Folgeentscheidung und er stellt auch ein Verfahren zur Verfügung, nämlich die Anfechtung der Ausschreibung, um dies sicher zu stellen; lediglich die Bieter verkürzen durch die Nichtanfechtung der Ausschreibung ihre Rechtsmittelvarianten.

²²⁵ Diese These steht meines Erachtens auch nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, 28.10.1999, Rs C-81/98 (Alcatel Austria AG ua), da es in diesem Urteil lediglich um die vorgelagerte Frage ging, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Zuschlagsentscheidung einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, was vom Gerichtshof auch bejaht wurde. Auf der Ebene der gesetzlichen Vorkehrung wäre auch bei meiner Sichtweise diese Rechtsprechung berücksichtigt.

²²⁶ Vgl zu diesem Gedanken auch den Schlussantrag vom 07.06.2007 von GA *Sharpston* in der Rs C-241/06, Rz 81.

²²⁷ Durch entsprechende Anfechtungsfristen und "Anfechtungsmodalitäten".

²²⁸ Da eine (Gemeinschafts-)Rechtswidrigkeit der Ausschreibung nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr geltend gemacht werden könnte.

²²⁹ Zur damit angesprochenen doppelten Bindung bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 130.

5. Lämmerzahl

5.1. Urteil

Eine weitere Nuancierung der auf den Einzelfall abstellenden Judikatur hat der EuGH²³⁰ in der Rechtssache Lämmerzahl GmbH vorgenommen. Dieser Entscheidung lag der Sachverhalt zu Grunde, dass die Auftragsbekanntmachung keine Angabe zu dem geschätzten Auftragswert, der Menge und dem Umfang des Auftrags enthielt.²³¹ Auch die Verdingungsunterlagen, auf welche in der Bekanntmachung verwiesen wurde, beinhalteten keine klaren Angaben hinsichtlich der zuvor genannten Faktoren.

Die Lämmerzahl GmbH versuchte durch zwei Anfragen an den öffentlichen Auftraggeber die Zahl der verfahrensgegenständlichen Lizenzen zu erfahren, war damit aber erfolglos.²³² Nach Mitteilung, nicht den Zuschlag erteilt bekommen zu haben, machte Lämmerzahl geltend, dass eine europaweite Ausschreibung stattfinden hätte müssen und dass die von ihr angebotene Software nicht ordnungsgemäß getestet worden sei.²³³

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag zurück und begründete dies im Wesentlichen damit, dass der Verstoß für den Nachprüfungswerber aus der Auftragsbekanntmachung erkennbar gewesen sei. "Mit der Präklusion der Rüge sei Lämmerzahl zugleich der Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen verschlossen."²³⁴ In ihrem Rechtsmittel machte Lämmerzahl geltend, dass aus der Bekanntmachung nicht die Vergaberechtswidrigkeit der gewählten Verfahrensart ersichtlich gewesen sei, dass das angewandte Testverfahren mangelhaft gewesen sei und dass jenes Angebot, welches den Zuschlag erhalten habe aufgrund einer falschen Kalkulation ausgeschieden werden hätte müssen. Dieses Rechtsmittel wurde als unbegründet zurückgewiesen.²³⁵

²³⁰ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH).

²³¹ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH), Rz 14.

²³² EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH), Rz 17 und 18.

²³³ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH), Rz 21.

²³⁴ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH), Rz 23.

²³⁵ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH), Rz 24.

Der Gerichtshof definierte die Erfordernisse für den notwendigen Inhalt einer Ausschreibung in der Weise, dass aufgrund von Art 9 Abs 4 und Anhang IV der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, in der Bekanntmachung eines in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallenden Auftrags, seine Gesamtmenge oder sein Gesamtumfang anzugeben seien. Gemäß Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665/EWG müsse das Fehlen einer solchen Angabe zum Gegenstand einer Nachprüfung gemacht werden können.

Er prüfte, unter welchen gemeinschaftsrechtlichen Bedingungen die Normierung einer Ausschlussfrist im nationalen Recht für Rechtsbehelfe vorgesehen werden dürfe, welche die Wahl des Verfahrens für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder die Schätzung des Auftragswertes zum Gegenstand hätten.²³⁶ Der EuGH verwies ausdrücklich auf die wesentlichen Begründungserwägungen der Rechtssachen *Universale*²³⁷ und *Santex*²³⁸ und betonte, dass die Antworten des Auftraggebers zu den Anfragen in Bezug auf den Auftragsumfang unklar, mehrdeutig und ausweichend ausgefallen seien. Vor dem Hintergrund von Ausschlussfristen sei ein solches Verhalten in Verbindung mit einer Auftragsbekanntmachung ohne jede Angabe des geschätzten Auftragswerts so zu qualifizieren - unter Bezugnahme auf die Rs *Santex*²³⁹ -, dass dadurch dem Bieter die Ausübung der Rechte, die ihm die Gemeinschaftsrechtsordnung verleiht, übermäßig erschwert würde.²⁴⁰ Der EuGH lässt dabei offen, ob die deutsche Regelung, § 107 Abs 3 GWB, gemeinschaftsrechtskonform sei. Bereits die Anwendung einer nationalstaatlichen Ausschlussregelung in der Weise, dass dem Bieter der Zugang zu einem Rechtsbehelf, der die Wahl des Verfahrens für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder die Schätzung des Auftragswertes betreffe, versagt werde, wenn der Auftraggeber dem Bieter gegenüber die Gesamtmenge oder den Gesamtumfang des Auftrags nicht klar angegeben habe, laufe der Richtlinie 89/665/EWG, insbesondere Art 1 Abs 1 und 3, zuwider.²⁴¹

²³⁶ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (*Lämmerzahl GmbH*), Rz 45.

²³⁷ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (*Universale-Bau AG*), vgl ausführlich dazu Pkt 2.

²³⁸ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (*Santex SpA*), vgl ausführlich dazu Pkt 3.

²³⁹ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (*Santex SpA*), Rz 61.

²⁴⁰ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (*Lämmerzahl GmbH*), Rz 54 und 55.

²⁴¹ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (*Lämmerzahl GmbH*), Rz 57.

5.2. Würdigung

Dieses Ergebnis wirft mehr Fragen auf, als es zu lösen in der Lage ist. Nach der Systematik der bisherigen Rechtsprechung²⁴² gereicht eine unangefochten gebliebene, vage Formulierung in der Ausschreibung durchaus dem Bieter zum Nachteil, da er es ja in der Hand gehabt hätte, die fragliche Ausschreibungsbestimmung - gegebenenfalls nach Aufklärungsversuchen - anzufechten. Im hier zu besprechenden Fall kommt noch das Moment hinzu, dass der öffentliche Auftraggeber dem Bieter gegenüber, auch nach dessen Urgenz, keine eindeutige Antwort hinsichtlich des Auftragswertes gegeben hat. Nach der hier vertretenen Lesart erfolgten diese Anfragen und Auftraggeberantworten innerhalb der Frist zur Anfechtung der Bekanntmachung, sodass ein, offensichtlich zu Recht, zweifelnder Bieter zur Klärung die fragliche Ausschreibung hätte anfechten müssen. Durch das Unterlassen der Anfechtung ist die Ausschreibung mit der Nichtangabe des Auftragsumfanges bestandskräftig geworden, sodass der Bieter an sich keine Möglichkeit mehr hat, die Unbestimmtheit der Ausschreibung geltend zu machen. Der vorliegende Fall unterscheidet sich im Sachverhalt auch wesentlich von der Rechtssache Santex²⁴³, da im zuletzt genannten Fall der Auftraggeber Aussagen getätigt bzw Handlungen gesetzt hat, die nach objektivem Verständnis dazu geeignet waren, beim Bieter einen Vertrauenstatbestand zu schaffen, was zur Folge hatte, dass die schlussendlich gefundene Auslegung mit dieser "Vorgeschichte" in die Nähe von Täuschung²⁴⁴ einzuordnen ist. An dem Faktum der Erzeugung eines berechtigten - und letztlich frustrierten - Vertrauens des Bieters fehlt es in der in diesem Kapitel besprochenen Rechtssache allerdings, sodass nicht erkennbar ist, weshalb es zu einer Durchbrechung der Bestandskraft kommen soll.²⁴⁵ Aus den Feststellungen des Gerichtshofes ist insbesondere nicht klar ersichtlich, vermutlich ist dies aber anzunehmen, ob für das gefundene Ergebnis auch, oder gerade, die Tatsache entscheidend war, dass die Wahl des Verfahrens und die Höhe des Auftragswertes unbestimmt geblieben sind. Rechtfertigt also bereits eine unklare oder gar keine Angabe über die Verfahrensart oder die Höhe des Auftragswertes in der Ausschreibung eine Durchbrechung der Bestandskraft oder bedarf es dazu auch des Hinzutretens zusätzlicher unklarer Angaben des Auftraggebers im weiteren Verfahren?

²⁴² Vgl. EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service) und EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau).

²⁴³ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

²⁴⁴ Diese Verhaltensweise erschwerte es einem Bieter jedenfalls seine durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte auszuüben.

²⁴⁵ Da es bereits in der Rechtssache Santex nicht ersichtlich war, weshalb es zu einer Durchbrechung der Bestandskraft kommen soll, ist es im vorliegenden Fall noch weniger klar.

Vor dem Hintergrund der hinreichend deutlichen speziellen Fragestellung²⁴⁶ kann auch aus der Formulierung der Antwort kein eindeutiger Schluss für diese Überlegung gezogen werden.

Von besonderer Relevanz erscheint auch die Frage zu sein, was in diesem Verfahren überhaupt bestandsfest geworden ist, bzw werden konnte. Aus der Ausschreibung war offensichtlich nicht zu entnehmen (einfach oder durch Errechnung) wie hoch die Gesamtmenge oder der Gesamtumfang des Auftrags war. Es konnte also nicht erkannt werden, ob der Schwellenwert überschritten wird. Nach der hier vertretenen Einschätzung war aber in diesem Zeitpunkt bereits ersichtlich, dass der Auftraggeber davon ausging, bloß das nationale Verfahren wählen zu müssen, dass er also von einem unter dem Schwellenwert liegenden Gesamtumfang ausging. Der Bieter hätte also bereits zu jenem Zeitpunkt und insbesondere nach den vagen Erklärungen des Auftraggebers, die Ausschreibung mit der Begründung der fehlenden Angabe bzw Errechenbarkeit des Gesamtumfanges des Auftrags, anfechten können, bzw nach der hier vertretenen Sichtweise sogar müssen, um seine Rechtsposition zu wahren.²⁴⁷ Fraglich erscheint insbesondere, warum nicht die Möglichkeit der Anfechtung einer unklaren Ausschreibung bereits den wirksamen Rechtsbehelf im Sinne der Richtlinie 89/665/EWG darzustellen vermag. Vor diesem Hintergrund ist daher zu fragen, weshalb einem Bieter in einer solchen Konstellation die Ausübung seiner nach Gemeinschaftsrecht zustehenden Rechte praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert würde.²⁴⁸ Abseits davon könnte auch pragmatisch eingewandt werden, dass ein Bieter, der sich auf ein Vergabeverfahren einlässt, also ein Angebot legt, ohne zu wissen, in welchem Umfang er zu leisten hat, nicht schutzwürdig ist.

5.3. Schlussfolgerung

Schlussendlich handelt es sich bei den in diesem Urteil getroffenen Aussagen wohl um sehr auf den Einzelfall konzentrierte Feststellungen, die nicht dazu geeignet sind, allgemeingültige Einordnungen vorzunehmen. Der EuGH selbst ging von der Anwendung der Ausschlussregelung, also von einer, wenn auch unvollständigen, bestandskräftigen Ausschreibung aus.

²⁴⁶ Vgl dazu EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99, Rz 76 (Universale-Bau), Rz 32 und 45.

²⁴⁷ Vgl dazu die Ausführungen in Kap VII.

²⁴⁸ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA), Rz 55.

Entgegen der Sicht des EuGH könnte argumentiert werden, dass die gesetzliche Verknüpfung des Auftragswertes mit der Wahl des Vergabeverfahrens im Falle der Unklarheit der Ausschreibung in diesem Punkt eine Tätigkeitspflicht des Bieters, der seinen Rechtsschutz wahren möchte, nach sich zieht. Hat ein durchschnittlicher Bieter Zweifel an der gewählten Art des Vergabeverfahrens und ist er aufgrund der unvollständigen Ausschreibung nicht in der Lage, den Auftragswert zu errechnen und damit die Wahl des Vergabeverfahrens zu kontrollieren, wäre er gehalten, beim Auftraggeber um Aufklärung zu ersuchen (was ja auch unter anderem deshalb in seinem Sinne ist, da er ohne Kenntnis vom Auftragsumfang nicht in der Lage sein wird, ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen). Kommt der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur Auskunftserteilung nicht nach, wäre es am Bieter, seine Bedenken in Form eines Nachprüfungsantrages hinsichtlich der Ausschreibung zu konkretisieren. Wenngleich die Bringschuld des Auftraggebers generell bestehen mag, so trifft den durchschnittlich fachkundigen Bieter aber auch die Verpflichtung, im Falle von Unklarheiten die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Dieses Ergebnis würde auch dem bereits aus der Richtlinie 89/665/EWG erfließenden Grundsatz der Rechtssicherheit Genüge tun, ohne dabei Bieter in ihren durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechtspositionen zu beschränken. Obendrein würde auf diese Weise das Erfordernis der Raschheit gebührend berücksichtigt.²⁴⁹

Im Gegensatz dazu argumentierte Generalanwältin *Sharpston* in ihrem Schlussantrag²⁵⁰, dass allein das Fehlen der Angabe des Auftragsumfanges oder einer Schätzung der Auftragsmenge, den Bieter aber nicht dazu veranlassen soll, dieses Fehlen zu beanstanden und Aufklärung darüber zu verlangen, ob ein weiterer Verstoß vorliege, der ihn in seinen Rechten beeinträchtigen könne.

Für die Generalanwältin wäre durch die Anwendung der Frist auf die Beanstandung der Verfahrenswahl das in der Richtlinie vorgesehene Recht auf Nachprüfung praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert, wenn für einen durchschnittlich fachkundigen und im Rahmen des Üblichen sorgfältigen Bieter die Angaben in der Ausschreibungsbekanntmachung

²⁴⁹ Zu einem anderen Ergebnis gelangte man hingegen bei der Annahme, dass die Wahl des Vergabeverfahrens durch den Auftragswert bestimmt wird, dieser in der Ausschreibung aber nicht angegeben und nicht ermittelbar ist und somit für den Bieter auch die Wahl des Vergabeverfahrens mangels materieller Festlegung in der Ausschreibung gar nicht bestandskräftig werden konnte, da die Ausschreibung diesbezüglich keine Angabe enthält, die bestandskraftfähig wäre. In diesem Fall müsste nicht über den Umweg der Durchbrechung der Bestandskraft argumentiert werden, da hinsichtlich eines solchen Mangels der Ausschreibung jedenfalls keine Präklusion eintreten könnte.

²⁵⁰ Schlussantrag vom 07.06.2007 von GA *Sharpston* in der Rs C-241/06, Rz 74.

oder in den Verdingungsunterlagen nicht ausreichen würden, um zu erkennen, dass das falsche Verfahren angewandt wurde.²⁵¹ Grundsätzlich gilt aber, dass die Richtlinie 89/665/EWG nicht dem entgegensteht, dass einem Bieter, der eine Verfahrenswahl, mit der die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags fälschlicherweise außerhalb des gemeinschaftsrechtlichen Schutzbereichs angesiedelt worden sei, nicht innerhalb der vom nationalen Recht gesetzten Frist beanstandet habe, das in dieser Richtlinie vorgesehene Recht auf Nachprüfung weiterer Entscheidungen im Vergabeverfahren abgeschnitten werde, allerdings nur unter den zuvor genannten Voraussetzungen.²⁵²

Diese Ausführungen sowie jene des Gerichtshofes in seinem Urteil lassen sich in der Weise interpretieren, dass eine Bringschuld des Auftraggebers hinsichtlich der relevanten Angaben, jedenfalls zur Bestimmung des anzuwendenden Verfahrens, besteht. Verletzt er nun diese Bringschuld, existiert für den Bieter nach dieser Sichtweise vermutlich keine besondere Verpflichtung Unklarheiten aufzuklären. Sollte für den durchschnittlich fachkundigen Bieter nicht zu erkennen sein, dass das falsche Verfahren gewählt wurde, so kann er dies offensichtlich auch in weiterer Folge relevieren.

Zum zweiten Teil der ersten Frage sprach der Gerichtshof aus, dass die Ausschlussfrist nur solche Verstöße erfassen könne, die vor Ablauf der Frist festgestellt werden können. Die in der in Rede stehenden Rechtssache angewandte Sichtweise, dass sich die Ausschlussregelung auf alle Entscheidungen erstrecken könne, die der Auftraggeber während des Vergabeverfahrens - auch in späteren Phasen - möglicherweise erlasse, mache die Ausübung der dem Betroffenen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte demnach praktisch unmöglich.

Diese Aussage besitzt für die vorliegende Arbeit keine besondere Bedeutung, da in der österreichischen Rechtsordnung keine dem deutschen GWB vergleichbare Regelung existiert. Abgesehen davon kann die Reichweite der Bestandskraft der Ausschreibung nicht größer sein, als es für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt im Zeitpunkt der laufenden Anfechtungsfrist für die Ausschreibung erkennbar war.

Besonders bedauerlich erscheint, dass der EuGH auch in diesem Erkenntnis keine ausdrückliche Aussage tätigt, welches Moment alleine oder welche Faktoren zusammen

²⁵¹ Schlussantrag vom 07.06.2007 von GA *Sharpston* in der Rs C-241/06, Rz 81.

²⁵² Schlussantrag vom 07.06.2007 von GA *Sharpston* in der Rs C-241/06, Rz 81.

letztlich für ihn ausschlaggebend sind, um zu einer Durchbrechung der Bestandskraft²⁵³ zu gelangen.

Für den EuGH dürfte das wechselhafte Auftraggeberverhalten entscheidungswesentlich gewesen sein. Inwieweit im vorliegenden Fall für den EuGH die Art des Verstoßes (Wahl des Vergabeverfahrens) Grundlage für das gefundene Ergebnis war, kann hier mangels entsprechend deutlicher Ausführungen des Gerichtshofes nicht beantwortet werden.

5.4. Abschließende Betrachtung

Verfolgt man die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Frage nach der Zulässigkeit von Ausschlussfristen zurück - auch der EuGH hat in dem hier besprochenen Urteil seine bisherige Judikatur bestätigend zusammengefasst²⁵⁴ - so wird deutlich, dass der Gerichtshof den in der Rechtssache *Universale*²⁵⁵ eingeschlagenen klaren Weg²⁵⁶ zu Gunsten von Einzelfalljudikatur verlassen hat. Als besonders problematisch ist dabei anzusehen, dass nicht nachvollzogen werden kann, welchen Gründen konkret der Gerichtshof ein die Bestandskraft relativierendes Gewicht beimisst. Aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und dabei vor allem dem Bedürfnis der Vorhersehbarkeit von Gerichtsurteilen dürfte dem Wettbewerb im Vergaberecht durch die neu eingeschlagene Linie jedenfalls kein guter Dienst erwiesen werden. Ungeachtet dessen sprechen aber trotzdem gute Gründe für die Annahme, dass von einer grundsätzlich uneingeschränkten Wirkung der Bestandskraft auszugehen ist. Zu einer Durchbrechung der Bestandskraft kommt es nach Sicht des EuGH nur, wenn der Auftraggeber Handlungen setzt, die beim Bieter ein Vertrauen hervorrufen, in Folge dessen er die Anfechtung der Ausschreibung unterlässt, weshalb ihm die Ausübung der nach dem Gemeinschaftsrecht zustehenden Rechte praktisch unmöglich gemacht oder zumindest übermäßig erschwert wird. Die Art der zu Grunde liegenden Rechtswidrigkeit besitzt nur insofern Relevanz, als bei einer qualifizierten Rechtswidrigkeit bereits ein zu Zweifeln Anlass gebendes Auftraggeberverhalten ausreicht, um die Bestandskraft zu beseitigen.

²⁵³ Sofern es sich dabei überhaupt um eine Durchbrechung handelt.

²⁵⁴ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (*Lämmerzahl GmbH*), Rz 50.

²⁵⁵ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (*Universale-Bau*), Rz 76.

²⁵⁶ Der Gerichtshof spricht hier ausdrücklich und keinen Interpretationsspielraum zulassend von sämtlichen Mängeln.

V. GESETZLICHE VORGABEN AN DIE AUSSCHREIBUNG

1. §§ 80, 237 BVergG 2006

1.1. Einleitung

In der Folge wird versucht zu erörtern, wie mit wesentlichen, das Vergabeverfahren im engeren Sinn²⁵⁷ betreffenden Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung umzugehen ist. Genauer gesagt, gilt es zu eruieren, ob diese Ausschreibungsbestimmungen bestandsfest werden bzw warum sie es entgegen dem gesetzlich normierten Präklusionssystem nicht werden sollten.

Wie ist beispielsweise vorzugehen, wenn die Lieferung und Montage eines Tunnelfunksystems ausgeschrieben wird und demnach Gegenstände sowohl geliefert als auch montiert werden sollen. Die rechtliche Qualifizierung dieses Auftrags als entweder Liefer-²⁵⁸ oder Bauauftrag²⁵⁹ bereitet in der Praxis durchaus Schwierigkeiten, sodass gerade auch dem Auftraggeber eine falsche Einordnung in der Ausschreibung passieren kann. Welche Wirkung löst dabei aber eine solche falsche Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber in der Ausschreibung aus. Kann es in einem solchen Fall zur Präklusion der Auftragsart kommen oder ist vielmehr die wahre Natur des Auftrags maßgebend?

Nicht minder interessant sind jene Fälle, in denen der Auftraggeber in der Ausschreibung, abweichend von den tatsächlichen Gegebenheiten, den verfahrensgegenständlichen Auftrag im Unterschwellenbereich ansiedelt, gleichwohl er gesetzmäßig dem Oberschwellenbereich zuzuordnen wäre. Denkbar sind hier Fälle in denen sich im Nachprüfungsverfahren herausstellt, dass der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags den Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 übersteigt, der Auftraggeber aber in der Ausschreibung diesen Auftrag beispielsweise wegen

²⁵⁷ Es geht in diesem Zusammenhang um die grundsätzlichen Festlegungen des Auftraggebers für das Vergabe(-nachprüfungs-)verfahren.

²⁵⁸ § 5 BVergG 2006.

²⁵⁹ § 4 BVergG 2006.

eines Irrtums oder eines Versehens eines Mitarbeiters im Unterschwellenbereich angesiedelt hat.²⁶⁰

Die Spruchpraxis des BVA kann so zusammengefasst werden, dass es Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung gibt, die trotz ihrer Aufstellung und Nichtanfechtung nicht bestandsfest werden. Ausdrücklich ausgesprochen hat das BVA²⁶¹ dies für die Bezeichnung des Auftraggebers, die Nennung der zuständigen Vergabekontrollbehörde, die Festlegung "Oberschwelle" oder "Unterschwelle" und die Bezeichnung der Auftragsart.

Als Begründung für diese Annahme hielt das BVA fest, dass es sich bei diesen Festlegungen nicht um solche handle, "die die Auftragsdurchführung und sohin den Auftraggeber oder die Bewerber/Bieter betreffen und binden, sondern um solche, die die entscheidende Behörde zu beurteilen hat."²⁶²

Es gilt daher im Folgenden diese Aussage auf ihre Begründbarkeit hin zu untersuchen.

2. Vergabekontrollbehörde

2.1. Problemstellung

§ 80 BVergG 2006 enthält eine Verpflichtung, in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung anzugeben, welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle des Vergabeverfahrens zuständig ist.²⁶³

Aus der Regierungsvorlage zum BVergG 2006 ergibt sich die Intention des Gesetzgebers, dass aufgrund des Transparenzgebotes aus den Ausschreibungsunterlagen oder aus der Bekanntmachung klar und unmissverständlich ersichtlich sein muss, welches Regelungsregime auf die konkrete Vergabe anzuwenden ist, wer als Auftraggeber auftritt „und

²⁶⁰ Zu diesen Sachverhaltskonstellationen BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78 und N/0100-BVA/09/2008-18.

²⁶¹ BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78 mwN.

²⁶² BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78. Vgl aber zur tatsächlichen Kognitionsbefugnis des BVA G. Gruber in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 431ff.

²⁶³ Anders als § 67 BVergG 2002, der dieses Erfordernis noch nicht normierte.

welche Vergabekontrollbehörde für die Nachprüfung des konkreten Vergabeverfahrens zuständig wäre [...]“.²⁶⁴

Bemerkenswert an der Neugestaltung der Anforderungen an eine Ausschreibung in Bezug auf die verpflichtende Nennung der Vergabekontrollbehörde ist, dass mit dem Erfordernis der Nennung der Nachprüfungsbehörde schwierige Probleme auch auf die in der Ausschreibung genannte Vergabenachprüfungsbehörde zukommen können. Kann faktisch die Zuständigkeit einer an sich unzuständigen Behörde durch die Nennung dieser Behörde in einer bestandsfesten Ausschreibung begründet werden? Oder kann auf diesem Weg zumindest die Zuständigkeit der "richtigen" Behörde beseitigt werden?

Ein Blick auf die genannten Materialien in Zusammenschau mit der Systematik²⁶⁵ der eingeschränkten Anfechtungsmöglichkeiten von Auftraggeberentscheidungen könnte zu dem Schluss führen, dass der Gesetzgeber – gedacht rechtsschutzfreundlich – für die Bieter gleichsam das Service liefern wollte, dass in der Ausschreibung, wie in einer Rechtsmittelbelehrung²⁶⁶ ersichtlich ist, bei welcher Stelle konkret ein Nachprüfungsantrag gegebenenfalls einzubringen sein wird.

2.2. § 322 Abs 3 BVergG 2006

Besonders schwierig erscheint in diesem Zusammenhang die Einordnung des ebenfalls mit dem BVergG 2006 neu geschaffenen § 322 Abs 3 zu sein. § 322 Abs 3 BVergG 2006 geht von der Annahme aus, dass in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde enthalten sein kann, wobei die unzuständige Behörde nicht durch ihre Nennung²⁶⁷ in der bestandsfesten Ausschreibung zuständig gemacht werden kann.²⁶⁸ Woraus sich eine solche Durchbrechung der Bestandskraft

²⁶⁴ 1171 BlgNR 22. GP 67.

²⁶⁵ Wird ausschließlich die Gesetzssystematik des BVergG betrachtet, müsste jedenfalls im ersten Schritt in Ermangelung einer Ausnahmebestimmung von der Zuständigkeit der in der Ausschreibung genannten Vergabekontrollbehörde ausgegangen werden.

²⁶⁶ Der Vergleich ist natürlich problematisch, da eine falsche positive Rechtsmittelbelehrung nicht zur Zulässigkeit des Rechtsmittels führt (vgl dazu VwGH, 27.11.1998, 98/21/0437; Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 183; Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 211).

²⁶⁷ 127 BlgNR 23. GP 18.

²⁶⁸ Offen bleibt dabei allerdings, ob nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Unzuständigkeit der genannten Behörde deshalb besteht, weil der in der Ausschreibung genannte Auftraggeber und die dort angegebene Behörde nicht zusammenpassen oder, ob überhaupt auch ein "falscher" Auftraggeber und darauf aufbauend eine, für diesen Auftraggeber vielleicht sogar zuständige, aber gleichwohl falsche Vergabekontrollbehörde angeführt wird. Mit

der Ausschreibung ergeben soll, bleibt allerdings offen. Stillschweigend wird offenbar davon ausgegangen, dass die Frage der Behördenzuständigkeit nicht bestandskraftfähig ist. In diesem Sinne wird auch in den Materialien²⁶⁹ zu § 322 Abs 3 BVergG 2006 unter Bezugnahme auf die §§ 80 Abs 1 und 237 Abs 1 BVergG 2006 ausgeführt, dass eine unrichtige Angabe hinsichtlich der Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung nicht zuständigkeitsbegründend sei.

Wörtlich heißt es in den Materialien weiter:²⁷⁰

"Für den Fall, dass (rechtswidriger Weise) keine Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung enthalten ist, soll die zulässige Einbringung des Antrages bei einer offenkundig nicht unzuständigen Vergabekontrollbehörde die Gefahr der Fristversäumung hintanhaltend. 'Offenkundig nicht unzuständig' ist eine Vergabekontrollbehörde etwa dann, wenn aufgrund der Unterlagen oder des Verlaufes des Vergabeverfahrens die Zuständigkeit einer bestimmten Vergabekontrollbehörde plausibel scheint. Aus diesem Grund sehen die §§ 322 Abs 3 und 332 Abs 4 vor, dass die Fristen für Nachprüfungs- bzw Feststellungsanträge auch dann gewahrt sind, wenn ein Antrag bei einer - allerdings unzuständigen - Behörde eingebracht wird. Die vorgeschlagene Regelung lehnt sich an § 61 Abs 4 AVG an."

Offensichtlich ist sich der Gesetzgeber mit dieser Novelle²⁷¹ bewusst geworden, welche Fallstricke durch die §§ 80 Abs 1 und 237 Abs 1 BVergG 2006 einem Bieter durch das Vertrauen auf die unrichtige Angabe der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung drohen können. Würde der Antrag bei der unzuständigen Behörde gestellt, müsste diese nach § 6 Abs 1 AVG²⁷² den Antrag auf Gefahr des Antragstellers an die zuständige Behörde weiterleiten, was eine Fristversäumung zur Folge haben könnte.

Zu dem vom Gesetzgeber angestrebten Ergebnis der gewährten Anfechtungsfrist trotz Nennung einer falschen Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung gelangt man allerdings

anderen Worten: Auch aus § 322 Abs 3 BVergG 2006 und den entsprechenden Materialien kann nicht geschlossen werden, ob der Gesetzgeber der Nennung des Auftraggebers in der Ausschreibung im Ergebnis konstitutive oder bloß deklarative Bedeutung beimessen wollte; vgl zu dieser Frage Kap VI/3.

²⁶⁹ 127 BlgNR 23. GP 18.

²⁷⁰ 127 BlgNR 23. GP 18.

²⁷¹ BGBl I Nr 86/2007.

²⁷² Wie der Gesetzgeber richtig erkannt hat, wäre die bloße Anwendung des § 6 Abs 1 AVG insbesondere wegen der Gefahrtragung durch den Rechtsschutz suchenden Bieter als nicht ausreichend anzusehen.

auch bei Beachtung der Judikatur des EuGH in der Rechtssache Santex²⁷³, da in einer solchen Konstellation der Auftraggeber durch sein Verhalten dem Bieter die Ausübung seiner durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich gemacht oder jedenfalls wesentlich erschwert hat, sodass es bereits auf dem Boden der bestehenden Rechtslage und vor allem der Judikatur des EuGH der Sonderregelung des § 322 Abs 3 nicht bedarf, um aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes problematische Fälle zu verhindern.

Durch die ausdrückliche gesetzliche Normierung in § 322 Abs 3 BVergG 2006 wurde - dem Gebot der Rechtssicherheit folgend - die Gefahr der Fristversäumung durch Einbringung des Nachprüfungsantrags bei der angeführten aber falschen Vergabekontrollbehörde jedenfalls in begrüßenswerter Weise beseitigt.

Dessen ungeachtet ist mit der in Rede stehenden Regelung aber noch keine Aussage darüber getroffen, wie sich die Nennung einer falschen Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung auswirkt und vor allem warum in einer solchen Konstellation keine Bestandskraft eintreten soll.

2.3. Art 14b B-VG

Art 14b B-VG normiert hinsichtlich der Vergabenachprüfung²⁷⁴ eine Zweiteilung der Zuständigkeit. „Angelegenheiten der Nachprüfung“ im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch die dem Bund zurechenbaren Auftraggeber fallen in die Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenz des Bundes. „Angelegenheiten der Nachprüfung“ durch den Ländern zurechenbare Auftraggeber begründen eine Zuständigkeit zur Gesetzgebung und Vollziehung der Länder (vgl. Art 14b Abs 3 iVm Abs 2 Z 2 B-VG). Je nachdem, welcher Gebietskörperschaft der Auftraggeber zurechenbar ist, besteht also entweder die Zuständigkeit des Bundes oder eines Landes zur Vollziehung.²⁷⁵

²⁷³ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

²⁷⁴ Die Kompetenz zur Gesetzgebung in Bezug auf das materielle Vergaberecht kommt umfassend dem Bund zu.

²⁷⁵ Vgl. dazu auch *Rill in Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Kommentar, Art 14b, 42 sowie 25f.

Exkurs: Vollziehung

In Art 14b B-VG wird mehrfach der Begriff Vollziehung verwendet,²⁷⁶ ein für die Kompetenzverteilung typischer Ausdruck, der aber im Zusammenhang mit dem, vereinfacht formuliert, zwischen dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht stehenden Vergaberecht klärungsbedürftig erscheint. Art 14b Abs 1 B-VG weist dem Bund die Kompetenz zur Regelung des materiellen Vergaberechts zu, wohingegen gemäß Abs 2 auch in diesen materiellen Angelegenheiten die Vollziehung zwischen Bund und Land aufgeteilt ist. Holoubek/Fuchs²⁷⁷ interpretieren diesen Vollziehungsbegriff in der Weise, dass damit die Durchführung des Vergabeverfahrens gemeint ist. Damit ist die inhaltliche Anwendung von materiellen vergabegesetzlichen Regelungen durch den konkreten Auftraggeber gemeint und nicht eine „Vollziehung“ im klassischen kompetenzrechtlichen Sinn als hoheitliches Handeln. Art 14b Abs 3 B-VG verweist hingegen die Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten der Nachprüfung durch dem Land zurechenbare Auftraggeber an die Länder. In diesem Zusammenhang ist dem Ausdruck "Vollziehung" der "klassische" kompetenzrechtlich übliche Sinn, nämlich hoheitliche Vollziehung von Gesetzen durch Verwaltungsbehörden und Gerichte, beizumessen.²⁷⁸

2.4. Auswirkung der Kompetenzverteilung auf die Ausschreibung

Unter Zugrundelegung dieser Kompetenzverteilung wird klar, dass verfassungsrechtlich beispielsweise bei einer Vergabe durch einen dem Land zurechenbaren Auftraggeber die Zuständigkeit zur Anwendung (Vollziehung) der entsprechenden Landesvergaberechtsschutzgesetze dem jeweiligen Land, dh einer Landesbehörde zukommt, zukommen muss.

Es sind Fallkonstellationen denkbar, bei denen beispielweise ein an sich dem Bund zurechenbares Rechtssubjekt aus mehreren unselbständigen Einheiten besteht, die eben selbst keine Rechtspersönlichkeit besitzen. Fraglich ist daher, wie eine Ausschreibung zu qualifizieren ist, in der zwar richtigerweise der dem Bund zurechenbare Auftraggeber als öffentlicher Auftraggeber in Erscheinung tritt, gleichzeitig aber – zB in Verkennung der mangelnden Rechtsfähigkeit oder wegen gedanklicher Anknüpfung am Ausführungsort – die für einen

²⁷⁶ Vgl Abs 2 und 3.

²⁷⁷ Holoubek/Fuchs in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 818.

²⁷⁸ Holoubek/Fuchs in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 818.

unselbständigen Teil an sich zuständige²⁷⁹, beispielsweise, Landesvergabekontrollbehörde in der Ausschreibung als Nachprüfungsbehörde genannt wird.

Vorstellbar ist hier, dass ein dem Bund zuordenbares Unternehmen (Bundesauftraggeber) "Zweigstellen" in Tirol besitzt. Will nun dieses Unternehmen für die Niederlassung in Tirol einen Erwerbsvorgang durchführen und schreibt daher einen Auftrag aus, müsste der Bundesauftraggeber in der Ausschreibung als Auftraggeber und das BVA als Vergabenachprüfungsbehörde angeführt sein. Wie ist die Ausschreibung zu beurteilen, wenn darin statt des BVA der UVS Tirol als Vergabekontrollbehörde genannt wird?

Geht man in dieser Konstellation davon aus, dass eine solche Ausschreibung mangels Anfechtung auch in diesem Punkt bestandsfest wird, so könnte bei isolierter Betrachtung der Nennung der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung und Ausblendung des dort angeführten Auftraggebers²⁸⁰, die Auffassung vertreten werden, dass ein Auftraggeber durch seine, nicht angefochtene rechtswidrige Ausschreibung eine von der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung abweichende Zuständigkeit faktisch festlegen könnte.²⁸¹ Die Zwischenstellung des Vergaberechtes zwischen öffentlichem und privatem Recht und insbesondere die einleitend dargestellte Systematik erlaubt es aber auch in den hier interessierenden Fällen, in denen die in der Ausschreibung genannte Vergabekontrollbehörde nicht zu dem in der Ausschreibung richtig bezeichneten Auftraggeber passt und daher grundsätzlich als nicht zuständig anzusehen ist,²⁸² zu überlegen, ob nicht durch die

²⁷⁹ Im Falle einer eigenen Rechtspersönlichkeit dieses Gebildes.

²⁸⁰ Mehr dazu unter Pkt 3.

²⁸¹ Unter Kap V/3 wird noch näher untersucht, wann - konkret, ob auch bei falscher Bezeichnung des Auftraggebers in der Ausschreibung bei gleichzeitiger Nennung der zu ihm passenden Vergabekontrollbehörde - tatsächlich von einer von der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung abweichenden Festlegung der Vergabenachprüfungsbehörde in der Ausschreibung gesprochen werden kann. Für den Moment genügt es, darauf zu verweisen, dass die Behördenzuständigkeit von der Nennung des Auftraggebers in der Ausschreibung und dessen Zuordnung zu einer Gebietskörperschaft abhängen kann oder sogar ausschließlich abhängt. Zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangte man nur unter der Annahme, dass es eine vorgelagerte rechtsrichtige - eventuell sogar verfassungsrechtlich vorgegebene - Zuständigkeit einer konkreten Nachprüfungsbehörde gibt. Die Besonderheit an dem oben skizzierten Fall ist darin zu erblicken, dass die in der Ausschreibung genannte Behörde nicht als die für den ebenfalls in der Ausschreibung angeführten Auftraggeber zuständige anzusehen ist, sodass es sich im Ergebnis um eine widersprüchliche Ausschreibung handelt.

²⁸² Vertritt man hingegen, wie zB der VfGH, 13.10.2005, KI-2/05, B 573/05, die Meinung, dass der Nennung des Auftraggebers in der Ausschreibung keine konstitutive Wirkung für das Vergabeverfahren zukommen kann, so muss dies meines Erachtens im Größenschluss auch jedenfalls für die Vergabekontrollbehörde gelten. Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass es nach dieser Sichtweise irrelevant ist, wer als Auftraggeber und welche Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung genannt sind, da diese Fragen ohnedies autonom von den Vergabekontrollbehörden beurteilt werden. Für die weitere Untersuchung ist - wie unter Pkt 3. nachgewiesen

bestandsfeste Ausschreibung lediglich den konkreten Bietern gegenüber die Zuständigkeit der verfassungsrechtlich zuständigen Behörde beseitigt wurde, in Ermangelung einer Kompetenz dazu, aber gleichzeitig auch nicht die Zuständigkeit der genannten unzuständigen Behörde begründet würde.

Eine solche Sichtweise, wonach lediglich die Zuständigkeit einer Behörde ausgeschlossen, nicht aber gleichzeitig auch die einer anderen begründet wird - wäre allerdings aus mehreren Gesichtspunkten, insbesondere im Hinblick auf die Judikatur des EuGH²⁸³ problematisch. Auf diese Weise würde dem Bieter die Ausübung der gemeinschaftsrechtlich eingeräumten Rechte praktisch unmöglich gemacht oder zumindest wesentlich erschwert, sodass im Lichte insbesondere des genannten EuGH-Urteils dieses Ergebnis gemeinschaftsrechtswidrig wäre.

Obendrein würde sich bei einer solchen Interpretation des gesetzgeberischen Willens die Frage stellen, ob der (einfache) Gesetzgeber dafür - für eine gesetzliche Bestimmung, die es dem Auftraggeber faktisch ermöglicht, von der Verfassung²⁸⁴ abweichende Zuständigkeiten durch die bestandsfeste Ausschreibung festzulegen - überhaupt die nötige Kompetenz besitzt.

*Hahnl*²⁸⁵ argumentiert unter Bezugnahme auf § 291 Abs 2 BVergG 2006 und auf einen behaupteten zwingenden Charakter²⁸⁶ des BVergG, dass die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde unabhängig von der Festlegung in der Ausschreibung ex lege begründet werde.²⁸⁷

Dagegen ist einzuwenden, dass der Gesetzgeber das Erfordernis der Nennung der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung erst mit dem BVergG 2006²⁸⁸ eingeführt hat und es daher jedenfalls einer tieferen Begründung bedarf, warum ein in der Ausschreibung verpflichtend zu nennendes Element, abweichend von der grundsätzlichen Struktur, keine

wird - davon auszugehen, dass sich die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde nach der Nennung des Auftraggebers in der Ausschreibung bestimmt.

²⁸³ Vgl beispielsweise EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

²⁸⁴ Art 14b Abs 2 B-VG.

²⁸⁵ *Hahnl*, RPA 2006, 118 (120).

²⁸⁶ Vgl dazu Kap VIII/4.

²⁸⁷ Zur Frage, ob durch Auftraggeberfestlegungen in der Ausschreibung bzw durch die Ausschreibung an sich, die Anwendung des Vergaberechts und damit die Behördenzuständigkeit begründet werden kann, vgl VwGH, 06.04.2005, 2004/04/0071 (insbesondere den vor dem VwGH in diesem Verfahren angefochtenen Bescheid der belangten Behörde).

Bedeutung haben sollte. Wie noch näher ausgeführt wird,²⁸⁹ hängt die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde - nur - von dem in der Ausschreibung genannten Auftraggeber ab, sodass nur insoweit von einer ex lege-Begründung der Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden ausgegangen werden kann. Im Widerspruch dazu hat der Verfassungsgerichtshof²⁹⁰ ausgesprochen, dass sich die Zuständigkeit einer Vergabekontrollbehörde zur Überprüfung einer vergaberechtlichen Entscheidung ausschließlich danach richte, welcher Auftraggeber konkret die zu überprüfende Entscheidung getroffen habe, nicht aber davon abhängt, wer als öffentlicher Auftraggeber genannt werde.

Dass die Anwendung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung nicht durch eine Parteienvereinbarung geändert werden kann leuchtet ein. Sowohl die Judikatur und Spruchpraxis als auch die Literatur bleiben allerdings die Antwort schuldig, wie die Kompetenzverteilung die Bestandskraft einer, wenn auch rechtswidrigen Ausschreibung durchbrechen soll. So vertritt beispielsweise das BVA²⁹¹ - unter Bezugnahme auf Art 18 B-VG - die Auffassung, dass die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden nicht durch Parteienvereinbarung freiwillig begründet werden könne.

Auf Grund der skizzierten Ausgangslage ist daher zu prüfen, ob die einschlägigen zur Bestandskraft führenden Bestimmungen in der Weise ausgelegt werden können, dass die Nennung der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung eine nicht der Bestandskraft unterliegende Angabe ist.

Aus den Gesetzesmaterialien kann jedenfalls der Schluss gezogen werden, dass die unrichtige Angabe der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung nicht zuständigkeitsbegründend sein soll.²⁹² Auch eine verfassungskonforme Interpretation²⁹³ der einschlägigen, zur Bestandskraft führenden Bestimmungen stützt dieses Ergebnis. Diese hier vertretene These basiert auch auf dem Gedanken dass die einschlägigen Bestimmungen nicht so zu verstehen sind, dass der Gesetzgeber damit dem Auftraggeber die Kompetenz einräumen

²⁸⁸ § 80 BVergG 2006.

²⁸⁹ Vgl dazu Pkt 3.

²⁹⁰ VfGH, 13.10.2005, K I-2/05, B 573/05; vgl dazu Pkt 3.

²⁹¹ BVA, 28.04.1997, N-8/97-5.

²⁹² 127 BlgNR 23. GP 18.

²⁹³ Vgl zur verfassungskonformen Auslegung, *Handstanger*, ÖJZ 1998, 169 (169ff).

wollte, durch die Nennung einer Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung deren Zuständigkeit auch zu begründen.²⁹⁴

Dieses durch historische, systematische und teleologische Auslegung gestützte Ergebnis hätte zur Folge, dass diese Festlegung in der Ausschreibung, mit der die Vergabekontrollbehörde bezeichnet wird, gar nicht bestandskraftfähig wäre, sodass es gar nicht zu einer Durchbrechung der Bestandskraft käme.

2.5. Schlussfolgerung

Aus § 80 BVergG 2006 ergibt sich, dass in der Ausschreibung der Auftraggeber sowie die Vergabekontrollbehörde zu nennen sind. Ungeachtet dessen besitzt auf Grund des zuvor skizzierten Auslegungsvorganges die Nennung der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung keine bestandskraftfähige Wirkung.

Art 14b Abs 2 B-VG verknüpft die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde mit der Zurechnung des Auftraggebers zu einer Gebietskörperschaft. Wird davon ausgegangen, dass der Auftraggeber im Vergabeverfahren durch Nennung in der Ausschreibung festgelegt wird,²⁹⁵ kann nur von der Zurechnung dieses Auftraggebers zu einer Gebietskörperschaft die Zuständigkeit einer Vergabekontrollbehörde abhängen. Im Falle, dass der in der Ausschreibung genannte Auftraggeber und die dort angeführte Vergabekontrollbehörde unterschiedlichen Gebietskörperschaften zuzurechnen sind, bestünde - unter zu Grundelegung einer strikt am Modell der Bestandskraft ausgerichteten Sichtweise - ein Widerspruch in der Ausschreibung, der mit Hilfe des allgemeinen Auslegungskanons aufzulösen wäre. Dieses Ergebnis erscheint aus mehreren, vor allem aber auch aus rechtsstaatlichen Überlegungen problematisch.

In diesem Zusammenhang ist daher der Annahme einer Reduktion der zur Bestandskraft führenden Bestimmungen auf Grund der dargestellten Auslegungsüberlegungen der Vorzug zu geben.

²⁹⁴ Zur Auslegung vgl das entsprechende Kap IX.

²⁹⁵ Vgl dazu Pkt 3.

3. Auftraggeber

3.1. Einleitung

§ 80 BVergG 2006 nennt auch die Verpflichtung²⁹⁶ in der Ausschreibung oder in der Bekanntmachung den Auftraggeber oder den Auftraggeber und die vergebende Stelle genau zu bezeichnen.²⁹⁷ Wie unter Pkt 2 dargestellt, kann auch dieses Erfordernis im Zusammenhang mit der Bestandskraft der Ausschreibung Anlass für schwierige rechtliche Beurteilungen sein. Man denke nur an den Fall, dass irrtümlich ein falscher Auftraggeber in der Ausschreibung genannt wird.²⁹⁸ Dies kann mehrere Ursachen haben, wobei an dieser Stelle nur exemplarisch auf nicht eindeutige Projektfinanzierungsstrukturen oder an das im vorigen Kapitel skizzierte Beispiel eines ausgegliederten Rechtsträgers, der sich aus mehreren "Einheiten" zusammensetzt, wovon allerdings nur eine Rechtspersönlichkeit besitzt und daher als Auftraggeber in Erscheinung zu treten vermag, hingewiesen wird.²⁹⁹ Gerade in solchen Konstellationen scheint es durchaus möglich zu sein, dass in der Ausschreibung versehentlich ein falscher Auftraggeber genannt wird.

Nach der bereits dargestellten Systematik des Art 14b B-VG³⁰⁰ begründet der Auftraggeber - genauer seine Einordnung in die Sphäre des Bundes oder der Länder - die Zuständigkeit der jeweiligen Vergabekontrollbehörde. Verfassungsrechtlich ist also für die Frage der Kompetenz zur Vollziehung alleine entscheidend, welcher Gebietskörperschaft der die Leistung verlangende Auftraggeber zuzurechnen ist.

3.2. § 6 AVG

Als nähere Begründung, warum sowohl die Auftraggeberbezeichnung als auch die Nennung der Nachprüfungsbehörde in der Ausschreibung nicht bestandsfest werden könne, verwies das BVA³⁰¹ auf § 6 AVG. Gestützt auf Abs 2 leg cit, demzufolge die Zuständigkeit einer Behörde durch Parteienvereinbarung weder begründet noch geändert werden kann, führt

²⁹⁶ Anders als bisher § 67 BVergG 2002.

²⁹⁷ Zur Absicht des Gesetzgebers vgl 1171 BlgNR 22. GP 67.

²⁹⁸ Wie beispielsweise in VfGH, 13.10.2005, KI-2/05, B573/05.

²⁹⁹ Natürlich sind dabei auch Fälle vorstellbar, in denen zum einen ein dem Land - welchem auch immer - zurechenbarer Auftraggeber in der Ausschreibung genannt wird zum anderen aber - schlicht irrtümlich - das BVA als Vergabekontrollbehörde.

³⁰⁰ Vgl Pkt 2.

das BVA aus, dass die Vergabekontrollbehörde von Amts wegen zu prüfen habe, wer tatsächlich Auftraggeber des in Rede stehenden Verfahrens sei. Diese Überlegungen übertrug das BVA auch auf die Frage der Nennung der Nachprüfungsbehörde in der Ausschreibung.

Mit anderen Worten geht das BVA offenbar davon aus, dass es losgelöst von der Ausschreibung zu ermitteln hat, wer Auftraggeber ist und daran anknüpfend die zuständige Vergabekontrollbehörde beurteilt. Das Ergebnis, basierend auf dem Auftraggeber die für diesen richtige Vergabekontrollbehörde zu ermitteln, wird wie zuvor dargestellt geteilt. Hinsichtlich der Begründung für dieses Ergebnis bestehen aber deutliche Unterschiede:

Soweit das BVergG keine besonderen Regelungen beinhaltet, gelangt gemäß Art II Abs 2 Z C lit 40a EGVG das AVG zur Anwendung. § 6 Abs 2 AVG tritt in ein gewisses Spannungsverhältnis zu einer bestandsfest gewordenen Ausschreibung und damit zur gesetzlichen Regelung von Präklusivfristen im BVergG, aufgrund welcher eine an sich unzuständige Behörde durch Nennung in der Ausschreibung und Nichtanfechtung der anderen Bieter faktisch zuständig gemacht werden könnte. Fraglich ist, ob es sich dabei aber nicht um die angesprochene besondere Regelung im BVergG handelt, die dem AVG vorgeht. Reflexartig wird an § 6 AVG gedacht wenn - im vorliegenden Fall im faktischen Sinne - von der Möglichkeit der Parteienvereinbarung über Behördenzuständigkeit die Rede ist. Erlaubt aber die in § 6 AVG getroffene Wertentscheidung eine Reduktion der Bestandskraft und vor allem in welchen Fällen? Kann dem Gesetzgeber mit entsprechender Sicherheit unterstellt werden, dass er beispielsweise dem Gebot eines schnellen, weil für die Bieter einfachen Vergabeverfahrens nicht jene Bedeutung eingeräumt sehen wollte, die zu einer bestandsfesten Ausschreibung auch hinsichtlich des genannten Auftraggebers führt? Es könnte argumentiert werden, dass der Bieter in einer solchen Konstellation keine zeit- und geldaufwendigen Überlegungen anstellen braucht, um in Erfahrung zu bringen, wer ihm als Auftraggeber gegenübersteht. Mit dieser Information wäre er nach der hier vertretenen Lösung auch in der Lage, einen Nachprüfungsantrag zielgerichtet einzubringen. Es soll nicht übersehen werden, dass es sich dabei nur um eine von mehreren möglichen Sichtweisen handelt. Unzweifelhaft erscheint aber, dass die Bezugnahme auf die Wertentscheidung des § 6 AVG jedenfalls alleine kein entsprechend klares Ergebnis zu liefern vermag.

Schon aus diesem Grund erscheint gerade auch ein Blick auf die verfassungsrechtliche Ebene dieses Problems, wie im vorigen Kapitel erfolgt, sinnvoll.

³⁰¹ BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78 und N/0100-BVA/09/2008/18.

3.3. Würdigung

An dem vom BVA³⁰² gefundenen Ergebnis verwundert, zugespitzt formuliert, dass einem Auftraggeber, der - vereinfacht gesagt - erklärt, etwas erwerben zu wollen, nicht zugesonnen werden kann, dass er sich richtig bezeichnet und dass umgekehrt der Bieter, insbesondere auch vor dem Hintergrund des § 80 Abs 1 BVergG 2006, nicht auf die Ausschreibung vertrauen können darf.³⁰³ Abseits von diesen allgemeinen Überlegungen ist auch nicht nachvollziehbar, wieso § 6 AVG durch die Benennung eines falschen Auftraggebers verletzt sein sollte. Ist der in der Ausschreibung genannte Auftraggeber dem Land zuzurechnen, ergibt sich daraus die Zuständigkeit der Landesvergabekontrollbehörde ungeachtet der Tatsache, dass vielleicht ursprünglich beabsichtigt war und noch immer ist, einen dem Bund zurechenbaren Auftraggeber tätig werden zu lassen.

Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde ergibt sich durch die Zurechnung des in der Ausschreibung bezeichneten und damit festgelegten Auftraggebers zu einer Gebietskörperschaft. Wenn, wie es hier vertreten wird, die Auftraggebereigenschaft erst durch die zwingend vorzunehmende Nennung des Auftraggebers³⁰⁴ in der Ausschreibung begründet wird, kann schon deshalb in der Nennung eines materiell falschen Auftraggebers in der Ausschreibung kein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung oder gegen § 6 AVG erblickt werden. Die Annahme des BVA wäre nur dann zutreffend, wenn die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde von der Zurechnung zum "wirklichen" Auftraggeber³⁰⁵ abhinge, wofür es aber weder eine gesetzliche Grundlage gibt, noch wird eine entsprechende Begründung durch die Behörde geliefert.³⁰⁶ Als Zwischenergebnis kann daher

³⁰² BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78 und N/0100-BVA/09/2008/18.

³⁰³ Es darf an dieser Stelle nicht übersehen werden, dass es hier - wie unter Pkt 4.3 noch näher ausgeführt wird - ausschließlich um die Frage des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren geht, nicht aber darum, ob der Vertrag mit diesem Auftraggeber tatsächlich zustande kommt.

³⁰⁴ § 80 Abs 1 BVergG 2006.

³⁰⁵ Also demjenigen der tatsächlich kontrahieren will.

³⁰⁶ Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass es für die Beurteilung der Auftraggebereigenschaft im Vergabeverfahren nicht relevant ist, ob der Vertrag mit dem in der Ausschreibung genannten Auftraggeber auch tatsächlich zustande kommen kann, da dies den Bereich der Gültigkeit des Vertragsabschlusses und nicht jenen des Vergabeverfahrens betrifft. Naturgemäß kann diese Sichtweise zu einer Verlängerung des Vergabeverfahrens führen, was aber im Hinblick auf die Konsequenzen der Lösung des BVA in Kauf zu nehmen ist. Das BVA nimmt - mit Duldung des VfGH, 13.10.2005, KI-2/05 ua - eine Zuständigkeit zur Ermittlung des tatsächlich kontrahieren wollenden Auftraggebers in Anspruch, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt. Vielmehr ersetzt es eine der

festgehalten werden, dass der Nennung des Auftraggebers in der Ausschreibung im Ergebnis³⁰⁷ konstitutive Wirkung zukommt, wohingegen das BVA und der VfGH darin lediglich eine (deklarative) Mitteilung sehen, die nicht bestandsfest werden kann. Der Hintergrund für diese Annahme ist einleuchtend: Das Vergabeverfahren gestaltet sich deutlich weniger kompliziert und kann schneller abgewickelt werden, wenn die Vergabekontrollbehörde gleichsam berichtigend vom tatsächlichen und nicht vom genannten Auftraggeber ausgeht.

4. Ausgewählte Erkenntnisse und Bescheide zur Frage des Auftraggebers und der Vergabekontrollbehörde

4.1. Fallbeispiele

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 13.10.2005, KI-2/05 ua, B 573/05 ua, ausgesprochen, dass für die Zuständigkeit einer Vergabekontrollbehörde alleine maßgebend sei, „von wem die zu überprüfende Entscheidung stammt, nicht aber ob in einem anderen Stadium des Verfahrens eine andere Person als öffentlicher Auftraggeber bezeichnet wurde.“³⁰⁸ Diesem Erkenntnis lag der Stadionneubau Klagenfurt für die EURO 2008 zu Grunde. In diesem Vergabeverfahren wurde in der Vergabebekanntmachung als öffentlicher Auftraggeber die „Republik Österreich BUND, ÖISS Österreichisches Institut für Schul- und Sportstättenbau“ genannt. In der Folge wurde in der von der ÖISS ausgearbeiteten „Generalübernehmerausschreibung Verhandlungsverfahren“ – soweit für die vorliegende Arbeit relevant – die Stadt Klagenfurt als öffentlicher Auftraggeber bezeichnet. Im Verfahren erfolgte keine Berichtigung der Vergabebekanntmachung nach § 37 Abs 5 BVergG 2002. Mit Schreiben vom 08.03.2005 gab die Landeshauptstadt Klagenfurt Bietergemeinschaften bekannt, dass diese ausgeschieden werden. In weiterer Folge teilte die Landeshauptstadt Klagenfurt mit, dass der Zuschlag an eine andere Bietergemeinschaft erteilt worden sei. Gegen diese Zuschlagsentscheidung langten mehrere Nachprüfungsanträge beim UVS für Kärnten ein, die wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen wurden. Der UVS begründete seine Entscheidung

zentralen Festlegungen des Auftraggebers zu Beginn des Verfahrens, nämlich die Erklärung mit wem die angesprochenen Unternehmen den Vertrag im Falle des Zuschlags schließen werden. Auch vor dem Hintergrund der allgemeinen Sichtweise, wonach das BVA nicht an Stelle des Auftraggebers dessen Handlungen nachholen bzw überhaupt erst setzen kann, dürfte die skizzierte Lösung jener des BVA vorzuziehen sein. Obendrein erscheint es fragwürdig, gerade die Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung der Zuständigkeit des Auftraggebers entziehen zu wollen und als solche der Vergabekontrollbehörden zu bezeichnen.

³⁰⁷ Also nach Ablauf der Anfechtungsfrist.

³⁰⁸ VfGH, 13.10.2005, KI-2/05, B573/05.

damit, dass das Vergabeverfahren durch die Vergabebekanntmachung, in der der Bund als öffentlicher Auftraggeber genannt worden sei, ausgelöst worden sei. Es sei keine Berichtigung der Ausschreibung nach § 78 BVergG 2002 iVm § 37 Abs 1 BVergG 2002 erfolgt und aus dem BVergG ergebe sich die bindende Wirkung der Vergabebekanntmachung.

Der UVS ging bei seiner Entscheidung erkennbar von der Bestandskraft der Vergabebekanntmachung aus, durch welche der in der Vergabebekanntmachung genannte Auftraggeber auch als Auftraggeber jedenfalls für die Frage der Vergabenachprüfung anzusehen ist. Aus dem Erkenntnis ergibt sich auch kein Anhaltspunkt dafür, dass die Bieter Schritte zur Klärung der Auftraggebereigenschaft gesetzt hätten.

Mehrere Bietergemeinschaften brachten gleichzeitig mit dem genannten Nachprüfungsantrag auch einen solchen beim BVA ein. Auch das BVA wies die Anträge wegen Unzuständigkeit zurück. Begründend führte das BVA – gestützt auf die Grundsatzvereinbarung und die Bezeichnung des öffentlichen Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen sowie das Erkenntnis des VfGH vom 25.02.2005, 2001/04/0215³⁰⁹ - aus, dass öffentlicher Auftraggeber im konkreten Fall die Stadt Klagenfurt sei.

Der VfGH entschied diesen negativen Kompetenzkonflikt in der eingangs dargestellten Weise. Begründend führte er aus, dass die Zuständigkeit davon abhinge, ob der Bund oder die Landeshauptstadt Klagenfurt öffentlicher Auftraggeber „ist“. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens seien Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers, sodass die Nachprüfungsbehörden zu prüfen hätten, ob die verfahrensgegenständlichen Zuschlagsentscheidung und Ausscheidensentscheidung vom 08.03.2005 der Landeshauptstadt Klagenfurt zuzurechnen seien. Wie dargestellt sei für die Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörde alleine maßgebend von wem die zu überprüfende Entscheidung stamme und nicht wer als öffentlicher Auftraggeber bezeichnet worden sei. Es sei aus den beiden verfahrensgegenständlichen Entscheidungen des Auftraggebers klar, dass die Landeshauptstadt Klagenfurt beabsichtigt habe, den Bauauftrag mit der in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft abzuschließen. Die Nennung des Bundes als öffentlicher Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung könne (lediglich) zu einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens führen, „die möglicherweise wegen Fristversäumung nicht mehr geltend

³⁰⁹ Dieses Erkenntnis erging allerdings zur Rechtslage BVergG 1997.

gemacht werden kann“. Die Zuständigkeit des UVS für Kärnten zur Nachprüfung einer Entscheidung einer Kärntner Gemeinde könne dies nicht berühren.³¹⁰

4.2. Würdigung

Der Verfassungsgerichtshof kommt hier zu dem Ergebnis, dass die Nennung eines falschen Auftraggebers³¹¹ in der Vergabebekanntmachung zwar zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens führen mag, wird die Rechtswidrigkeit aber nicht fristgerecht geltend gemacht, soll dies offensichtlich keine Auswirkung auf das Vergabeverfahren haben, da die Qualifizierung als öffentlicher Auftraggeber ohnedies aufgrund der faktischen Verhältnisse und nicht anhand der Nennung in der Ausschreibung zu erfolgen hat. Dies stellt ein bemerkenswertes Ergebnis dar, da der VfGH von einer bestandsfesten Ausschreibung auch bezüglich der Festlegung des öffentlichen Auftraggebers ausgeht, dieser in der Folge aber nicht die an sich zu erwartende Wirkung beimisst, dass im Falle der nicht angefochtenen Ausschreibung auch der in der Ausschreibung genannte öffentliche Auftraggeber als solcher, mit den entsprechenden Konsequenzen für das Vergabenachprüfungsverfahren anzusehen ist.

Wie die Aussage zu verstehen ist, dass eine Feststellung die keine Auswirkung auf das Verfahren hat und nach Sicht des VfGH haben kann - die also den Beschwerdeführer nicht in Rechten verletzen kann -, gleichwohl zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens führen kann, bleibt dabei im Unklaren.

Sinngemäß geht der VfGH davon aus, dass die Nennung des öffentlichen Auftraggebers in der Ausschreibung eine nicht der Bestandskraft unterliegende Angabe sei. Aufgrund des Wortlautes der einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2002 handelt es sich dabei zumindest nicht um einen notwendigen Bestandteil der Ausschreibung.

Die Ausgangslage wurde bereits umschrieben: Für die vom Gerichtshof gefundene Sichtweise existiert keine gesetzliche Grundlage und der VfGH bemüht sich auch nicht, eine solche in diesem Erkenntnis zu liefern. Vorderhand besteht also auch in einer solchen

³¹⁰ VfGH, 13.10.2005, KI-2/05, B573/05.

³¹¹ Nach dem Verständnis des Gerichtshofes ist darunter offenbar jemand zu verstehen, der das ausgeschriebene Geschäft nicht tätigen möchte.

Konstellation weiterhin keine taugliche Grundlage, warum die Bestandskraft der Ausschreibung nicht greifen sollte.³¹²

Es gilt daher zu fragen, ob es eine geeignete Basis für eine Reduktion gibt. Dabei ist allerdings auch zu beachten, dass Fälle denkbar sind, in denen der Bieter auf die Ausschreibung vertrauend seinen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekontrollbehörde einbringt, die für den in der Ausschreibung genannten Auftraggeber zuständig ist. Schon aus diesem Grund muss auch berücksichtigt werden, ob durch eine pragmatische, an der Effizienzsteigerung des Verfahrens orientierten Sichtweise, nicht gegebenenfalls auch als Kehrseite rechtliche Interessen anderer beeinträchtigt werden könnten.³¹³

In Sinne des VfGH entschied das BVA³¹⁴ mehrfach³¹⁵, dass die Bezeichnung als Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung nichts an der [tatsächlichen] Auftraggebereigenschaft des wirklichen Auftraggebers zu ändern vermag, da die Bekanntmachung "per se" keine Bindungswirkung entfalte³¹⁶ oder eine Umleitung auf einen anderen Rechtsträger bewirken würde. Das vom BVA³¹⁷ als verfahrensgegenständlichen Auftraggeber erkannte Rechtssubjekt habe den Willen zur Durchführung der Ausschreibung gefasst, was für die Qualifizierung als Auftraggeber entscheidend gewesen sei. Die erkennende Behörde³¹⁸ stellte dabei auf den Wortlaut des § 15 Z 2 BVergG 1997³¹⁹ ab, demzufolge für die Beurteilung der Auftraggebereigenschaft im Verfahrenseinleitungszeitpunkt eine ex-ante Betrachtung vorzunehmen sei.

Holoubek/Fuchs³²⁰ vertraten bislang unter Verweis auf diese Spruchpraxis des BVA die Auffassung, dass für die Qualifikation als Auftraggeber alleine entscheidend sein soll, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Dafür werde zur näheren Beurteilung auf den

³¹² Andere Überlegungen scheinen aufgrund von § 80 BVergG 2006 nur mehr schwer vertretbar zu sein.

³¹³ Dazu Kap IX.

³¹⁴ BVA, 03.04.2003, 10F-16/02-24 und BVA, 03.04.2003, 10F-14/02-25.

³¹⁵ Auf welche das Regime des BVergG 1997 zur Anwendung kam.

³¹⁶ Diese Sichtweise kann vor dem Hintergrund des BVergG 2006 nicht mehr aufrechterhalten werden.

³¹⁷ BVA, 03.04.2003, 10F-16/02-24.

³¹⁸ BVA, 03.04.2003, 10F-16/02-24.

³¹⁹ Nach der Rechtslage des BVergG 1997 gab es noch keine Unterscheidung in gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen.

Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung abgestellt und dabei jene Einrichtung als Auftraggeber eingestuft, die ex-ante betrachtet, den vergaberechtlichen Willen zur Ausschreibung gefasst habe.³²¹ Werde in der Bekanntmachung ein falsches Gebilde als Auftraggeber bezeichnet, habe dies keine Auswirkung auf die Auftraggebereigenschaft, da die Bekanntmachung „per se“ keine Bindungswirkung entfalte; es seien aber wegen des Grundsatzes zur sorgfältigen Gestaltung von Ausschreibungsunterlagen und Bekanntmachung schadenersatzrechtliche Folgen möglich.³²² Nunmehr argumentieren sie, dass eine Falschbezeichnung des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung für sich grundsätzlich keine Auswirkung auf die "wahre" Auftraggebereigenschaft habe, dass diese aber die Rechtswidrigkeit der betreffenden Auftraggebereigenschaft zur Folge haben könne.³²³

4.3. Ebenenproblematik

In diesem Zusammenhang ist, wie oben bereits angedeutet, zwischen zwei unterschiedlichen rechtlichen Ebenen zu differenzieren. Zum einen danach, wer als Auftraggeber im Vergabeverfahren anzusehen ist. Diese Frage hängt - nach dem bisherigen Untersuchungsergebnis ausschließlich - vom Inhalt der Ausschreibung ab. Wird dort beispielsweise jemand explizit als Auftraggeber genannt, ist dieser auch als Auftraggeber in diesem Vergabeverfahren anzusehen. Losgelöst davon ist zu beurteilen, welche Auswirkungen diese Qualifizierung auf den möglichen Vertragsabschluss hat.³²⁴ So hat der VwGH³²⁵, unter Anwendung von § 861 ABGB, beispielsweise ausgesprochen, dass der Vertrag erst bei Vorliegen von übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragspartner zustande kommt, was bedeutet, dass für den Fall, dass Zuschlagserteilung und Angebot von einander in wesentlichen Punkten abweichen, kein den Zuschlagsempfänger bindender Vertrag zustande kommt; ob ein Vertrag zustande gekommen ist, ist nämlich von den Zivilgerichten und nicht von der Vergabekontrollbehörde zu beurteilen.

³²⁰ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 4, Rz 3 bzw abgeschwächt *Holoubek/Fuchs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 8, Rz 2; in diesem Sinne auch BVA, 25.08.1998, N-20/98-9.

³²¹ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 4, Rz 3.

³²² *Holoubek/Fuchs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 20 Z 4, Rz 3.

³²³ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 8, Rz 4.

³²⁴ Nach dieser Sichtweise hat die Gültigkeit des zu schließenden Vertrages keine Auswirkung auf die Beurteilung der "vergaberechtlichen" Auftraggebereigenschaft. Vgl zu dem Gedanken der Trennung von Vergabeverfahren [Zuschlagsentscheidung] und Vertragsabschluß [Zuschlagserteilung] auch VwGH, 01.10.2008, 2005/04/0204.

³²⁵ VwGH, 15.09.2004, 2004/04/0054.

Es wird dabei sehr wohl erkannt, dass eine solche, vielleicht starr anmutende Sichtweise zu einer Verlängerung des Vergabeverfahrens führen kann. Dabei darf aber - neben anderem - nicht übersehen werden, dass eine andere Zugangsweise die gesetzlich vorgesehene Aufgabenteilung für das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge in Zweifel zöge. Wie der VwGH in dem zitierten Erkenntnis vom 15.09.2004 ausgedrückt hat, ist zwischen einem Aufgabenbereich der Verwaltungsbehörde und einem der Zivilgerichte zu unterscheiden. Aus Art 94 B-VG wird die Verpflichtung des einfachen Gesetzgebers abgeleitet, eine Aufgabe der Vollziehung entweder der Gerichtsbarkeit oder der Verwaltung zu übertragen.³²⁶ Wird das Prüfungskalkül der Vergabenachprüfungsbehörde, nicht bloß als Vorfrage, um Bereiche erweitert, die - wie die Beurteilung des Zustandekommens eines Vertrages - in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt, könnte jene verfassungsrechtlich geforderte Differenzierung gefährdet sein.

Das Erkenntnis des VwGH vom 19.11.2008, 2004/04/0102, verdeutlicht aber, zu welchen eigenartigen Ergebnissen die gesetzliche Vorgabe im Zusammenhang mit Auftraggeberhandeln führen kann. In diesem Erkenntnis hatte der Gerichtshof die Frage zu beantworten, wie eine Ausschreibungsklausel zu beurteilen ist, in der der Auftraggeber die Wirkung von Auftragsbedingungen des Auftragnehmers ausgeschlossen hat, auch wenn diese Bestandteil von Angeboten seien. Der Bieter hatte auf der Rückseite seines Begleitschreibens seine Lieferbedingungen abgedruckt. Deshalb wurde er vom Auftraggeber ausgeschieden. Die Vergabekontrollbehörde bestätigte dies unter anderem durch einen Verweis auf den bestehenden Dissens der Erklärungen. Der VwGH verwies auch in diesem Zusammenhang auf die Bestandskraft der Ausschreibung. Werden Auftragsbedingungen dessen ungeachtet vorgelegt sind diese auf Grund der in Rede stehenden Ausschreibungsklausel nicht zu beachten, sodass aus diesen Auftragsbedingungen auch keine Ausschreibungswidrigkeit resultieren kann.

Dieses Erkenntnis verdeutlicht, dass sich auch der Auftraggeber durch eine - vielleicht unglücklich gewählte - Formulierung in der Ausschreibung unbeabsichtigt selbst weitgehend binden kann. Erfolgt die Zuschlagserteilung in der Folge zu Gunsten eines Bieters der widersprechende Auftragsbedingungen beigelegt hat, so ist die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrags, die wohl nicht gegeben sein wird, zu prüfen.

³²⁶ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 464.

In der Praxis stellt sich naturgemäß die Frage aus welchem Grund ein Auftraggeber eine solche Klausel formulieren und in der Folge einem Bieter den Zuschlag erteilen sollte, der nicht zu diesen Bedingungen kontrahieren wollte.

Ungeachtet dessen hat der VwGH mit diesem Erkenntnis zum Ausdruck gebracht, in welchem großem Umfang der Gesetzgeber nach seiner Interpretation der Bestandskraft Bedeutung eingeräumt sehen wollte.

Es ließe sich hier trefflich dagegen einwenden, dass ein Auftraggeber nicht sehenden Auges einen unwilligen Bieter im Verfahren belassen muss. Dabei wird allerdings neben anderem die Rechtsschutzfunktion einer bestandsfesten Ausschreibung übersehen.

Zur Qualifizierung des Auftraggebers ist an dieser Stelle auch darauf hinzuweisen, dass eine Vielzahl der besprochenen Entscheidungen unter das Regime des BVergG 1997 fielen. Dies verdeutlicht, dass die offensichtlich in vielen Fällen vorgenommene Übertragung der Spruchpraxis auf Fälle, die in den Anwendungsbereich des BVergG ab 2002 fallen, nicht möglich ist bzw. wenn sie vorgenommen wird, auch darzulegen wäre, aus welchen Überlegungen diese Vorgehensweise - unter Missachtung des dem BVergG neu zu Grunde liegenden Systems der Bestandskraft - zulässig ist.

Auch in einem weiteren Erkenntnis interessierte sich der VfGH³²⁷ nicht näher dafür,³²⁸ wer im Leistungsverzeichnis konkret als "ausschreibende Stelle"³²⁹ genannt wurde. Der VfGH ging vom Land Tirol als öffentlichem Auftraggeber aus, ohne allerdings zu begründen, ob er zu diesem Ergebnis aufgrund einer Umdeutung des Leistungsverzeichnisses oder aus sonstigen Erwägungen gelangte. Im Ergebnis ist dem VfGH Recht zu geben, der Weg dorthin erscheint mir aber aufklärungsbedürftig zu sein. Beim Leistungsverzeichnis handelt es sich um einen Teil der Ausschreibungsunterlagen.³³⁰ Geht man davon aus, wie dies der VfGH zumindest in Bezug auf den Nachprüfungsantrag getan hat, dass mit Amt der Tiroler Landesregierung in einer Ausschreibung nur dessen Rechtsträger, das Land Tirol, gemeint sein kann, so gelangt man

³²⁷ VfGH, 27.11.2006, B 1084/06.

³²⁸ Dieser Fall unterfiel bereits dem Regelungsregime des BVergG 2006, dessen § 80 die Verpflichtung zur Nennung des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung beinhaltet.

³²⁹ So die Diktion im Leistungsverzeichnis.

³³⁰ Pachner in Schramm et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 76, Rz 1.

aufgrund der Auslegung dieser Ausschreibung - und nur dadurch³³¹ - zu vorgenanntem Ergebnis. Dies hat zur Folge, dass mit der Nichtanfechtung der Ausschreibung der Auftraggeber Land Tirol bestandsfest wurde und nur gegen diesen ein Nachprüfungsantrag gestellt werden kann. Wenn die Ausschreibung einer solchen Auslegung zugänglich sein soll, dann muss dies umso mehr für den Nachprüfungsantrag gelten, sodass die Bezugnahme auf § 13 Abs 3 AVG entbehrlich erscheint.³³² Der VfGH äußert sich in diesem Erkenntnis nicht - jedenfalls nicht ausdrücklich - zur Bestandskraft, sodass nicht eindeutig gesagt werden kann, ob er an seiner früheren Rechtsprechung festhielt.

Auch das BVA³³³ musste sich mit der Frage einer mehrdeutigen Auftraggeberbezeichnung³³⁴ auseinandersetzen. In den Teilnahmeantragsunterlagen wurde die Republik Österreich als Auftraggeber genannt, wohingegen in den Ausschreibungsunterlagen und in dem diesen angeschlossenen Vertragsentwurf für einen Werkvertrag der Ausgleichstaxfonds angeführt wurde.³³⁵ Das BVA stellte fest, dass es für die Qualifizierung als Auftraggeber ausschließlich darauf ankomme, wer Vertragspartner sein solle.³³⁶ Die Vergabekontrollbehörde schloss die Auftraggebereigenschaft des Ausgleichstaxfonds aus, da dieser für den in den Ausschreibungsunterlagen umschriebenen Leistungsinhalt nicht zuständig sei. Sie stützte sich dabei insbesondere auf das BEinstG, das Regierungsprogramm für die 23. Gesetzgebungsperiode sowie die übereinstimmenden Aussagen des Rechtsvertreters des Bundessozialamts, Landesstelle Tirol und des Vertreters des Ausgleichstaxfonds. In diesem Bescheid maß das BVA zur Beurteilung der Auftraggebereigenschaft also ausschließlich solchen Umständen Bedeutung bei, die nicht durch Auslegung der Ausschreibung zu eruieren waren. Inwieweit der Ausgleichstaxfonds aufgrund der einschlägigen Bestimmungen aber zum Abschluss eines in Rede stehenden Werkvertrags berechtigt war, kann für die Beurteilung der Frage, wer in der Ausschreibung als Auftraggeber angeführt ist und damit im Vergabeverfahren

³³¹ Der VfGH spricht, wie auch schon im zuvor genannten Erkenntnis vom 13.10.2005, KI-2/05, B573/05, nur davon, dass nicht eindeutig kenntlich gemacht worden sei, wer Vertragspartner werden solle. Dies ist im gegebenen Zusammenhang aber problematisch, da in der Ausschreibung klar, wenn auch falsch - der Auftraggeber bezeichnet wurde.

³³² Es wird bei dieser Sichtweise nicht übersehen, dass die belangte Behörde selbst die Anwendung des § 13 Abs 3 AVG negierte.

³³³ BVA, 04.04.2008, N/0027-BVA/14/2008-39.

³³⁴ Der Bescheid fiel bereits unter das Regelungsregime des BVergG 2006.

³³⁵ In beiden Fällen wurde Bundessozialamt, Landesstelle Tirol, als vergebende Stelle genannt.

³³⁶ Unter Verweis auf BVA, 07.10.2002, F-8/01; VfSlg 16.172/2001 und VwGH, 25.02.2002, 2001/04/0215, wobei anzumerken ist, dass alle diese Entscheidungen zur Rechtslage vor dem BVergG 2002 ergangen sind.

als Auftraggeber zu behandeln ist, nicht alleine entscheidend sein, da dies die für die Beurteilung des "vergaberechtlichen" Auftraggebers nicht relevante Frage des rechtswirksamen Zustandekommens des Vertrags, und damit der Zuschlagserteilung, betrifft.³³⁷ Dass solche Überlegungen bei der hier geforderten Auslegung Mitberücksichtigung finden dürfen, wird nicht bestritten. Lediglich der Ansatz der Behörde aus dieser gesetzlichen Konzept heraus bereits zwingend abzuleiten, wer als Auftraggeber anzusehen ist, wird aus den dargestellten Gründen abgelehnt.

Der Vorgehensweise des BVA kann daher nicht beigespflichtet werden, da vielmehr primär durch Auslegung der Ausschreibung zu eruieren gewesen wäre, wer als Auftraggeber dieses Vergabeverfahrens anzusehen ist. An diesem Ergebnis vermag auch die Legaldefinition des Auftraggebers in § 2 Z 8 BVergG 2006 nichts zu ändern, da die Bestandskraft einer Ausschreibung, in der ein anderer als der nach § 2 Z 8 BVergG 2006 richtige Rechtsträger genannt ist, eben dessen Auftraggebereigenschaft im Vergabeverfahren begründet, auch wenn letztlich ein Vertrag mit diesem Rechtsträger nicht wirksam zustande kommt.

In einer Glosse³³⁸ wird angemerkt, dass es Aufgabe des BVA sei, den Auftraggeber zu ermitteln. Diese Aussage kann nicht absolut verstanden werden, da vor dem Hintergrund der Bestandskraft, die Frage, wer als Auftraggeber anzusehen ist, nur mittels Auslegung der Ausschreibung ermittelt werden kann und darf und nur auf diesem Weg das BVA die Kompetenz zur Eruierung des Auftraggebers besitzt.³³⁹

Das BVA³⁴⁰ hat selbst, zwar nicht unmittelbar in dem hier interessierenden Bereich,³⁴¹ ausgesprochen, dass sich der Auftraggeber seine eigene Bezeichnung in der Vergabebekanntmachung und in der Teilnahmeunterlage entgegenhalten lassen müsse. Dieser Rechtssatz scheint nahtlos auf die hier besprochenen Fälle - wohlgemerkt für das Vergabeverfahren - übertragbar.

³³⁷ VwGH, 01.10.2008, 2005/04/0204 sowie die Ausführungen zur Ebenenproblematik unter Pkt 4.3.

³³⁸ ZVB 2008, 209 (212); mit Glosse Möslinger-Gehmayr.

³³⁹ Siehe Begründung oben.

³⁴⁰ BVA, 29.03.2004, 15N-06/04-29.

³⁴¹ In dem genannten Verfahren ging es um die Frage, wem - welchem Auftraggeber - der Antragsteller Mitteilung über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 Abs 2 BVergG 2002 machen muss.

5. Angabe eines falschen Auftragswertes

5.1. Einleitung

Aus den §§ 80 Abs 1 und 237 Abs 1 BVergG 2006 resultiert die Verpflichtung des Auftraggebers in der Ausschreibung anzugeben, ob es sich um eine Beschaffung im Ober- oder Unterschwellenbereich handelt. An diese Festlegungen sind maßgebliche Konsequenzen für das weitere (Nachprüfungs-)Verfahren geknüpft. Aus den §§ 132 Abs 1 und 273 Abs 1 BVergG 2006 ergibt sich bei Aufträgen im Unterschwellenbereich eine Stillhaltefrist von sieben Tagen. Ebenso sieben Tage beträgt gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 die Anfechtungsfrist im Unterschwellenbereich. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Konsequenz die Bekanntgabe einer falschen Einordnung (Ober- oder Unterschwellenbereich) der Beschaffung durch den Auftraggeber für das weitere Vergabeverfahren nach sich zieht bzw nach sich ziehen kann.³⁴² Denkbar ist dabei vor allem der Fall, dass eine Beschaffung im Unterschwellenbereich bekannt gegeben wird, gleichwohl der Auftragswert im Oberschwellenbereich liegt und der Bieter, vermutlich in Kenntnis dieses Umstandes, erst nach Ablauf von sieben aber vor Ablauf von vierzehn Tagen den Nachprüfungsantrag einbringt.³⁴³ *Hahnl*³⁴⁴ argumentiert, dass sich aus § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 die Präklusionswirkung der nicht rechtzeitig gerügten Rechtswidrigkeit ergebe und in Ermangelung einer Sonderbestimmung im BVergG 2006 für diesen Fall, ein solcher Nachprüfungsantrag als verspätet zurückzuweisen sei.

5.2. Würdigung

Es stellt sich aber natürlich auch hier die Frage, ob es in der Disposition des Auftraggebers liegt und nach der Vorstellung des Gesetzgebers liegen soll, durch seine Festlegung in der Ausschreibung den Rechtsschutz insoweit einzuschränken, als er durch die Bekanntgabe des falschen Beschaffungsbereiches (Unter- statt Oberschwellenbereich) die Anfechtungsfristen verkürzen kann.

Zu beachten ist dabei vor allem, dass § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 anordnet, dass ein Antrag unter anderem dann unzulässig ist, wenn er nicht innerhalb der in § 321 genannten Frist gestellt wird. § 321 Abs 1 Z 5 sieht vor, dass ein Antrag auf Nachprüfung im Falle der

³⁴² Das BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, geht im Ergebnis bei der Festlegung des Vergabeverfahrens von einer nicht der Bestandskraft fähigen Normierung aus.

³⁴³ Die Ausschreibung ist in dieser Konstellation naturgemäß bestandsfest geworden.

³⁴⁴ *Hahnl*, RPA 2006, 118 (125).

Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des 2. oder 3. Teils dieses Bundesgesetzes binnen sieben Tagen einzubringen ist. Vor dem Hintergrund des Wortlautes besteht die Möglichkeit zu argumentieren, dass eigentlich ein Verfahren im Oberschwellenbereich *durchgeführt* wird, lediglich rechtswidrig ein solches im Unterschwellenbereich ausgeschrieben wurde. Da der Wortlaut des Gesetzes hier eindeutig auf die Durchführung und nicht auf die Festlegung des Auftraggebers abstellt, könnte überlegt werden, sinngemäß den Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* auch auf diese Konstellation anzuwenden. Systematische Überlegungen könnten hier zum Ergebnis führen, dass der Angabe des Auftragswertes in der Ausschreibung bloß deklarative Bedeutung zukommt.

Gegen diese Sichtweise wäre möglich einzuwenden, dass mit dem Terminus "Durchführung" nicht bloß die faktische Durchführung, sondern auch die in der Ausschreibung festgelegte, gemeint sein kann. Darüber hinaus wäre bei dem zuvor skizzierten Ergebnis die aus § 80 Abs 1 BVergG 2006 resultierende Verpflichtung anzugeben, ob die Vergabe nach den Bestimmungen für den Ober- oder Unterschwellenbereich zu erfolgen hat, sinnlos, wenn an diese Angabe keine Konsequenzen geknüpft werden könnten. Systematische Überlegungen sprechen also sowohl für die Annahme der Bestandskraft als auch für deren Durchbrechung.

Zusammenfassend sprechen daher auf Grund des gesetzlichen Wortlautes und des nicht eindeutigen Interpretationsergebnisses auf Grund des Rechtstextzusammenhanges die methodisch besseren Gründe dafür, auch hier vorerst davon auszugehen, dass die Festlegung des Auftraggebers und nicht die tatsächliche³⁴⁵ Durchführung maßgebend sein soll. Bei diesem Ergebnis hat es der Auftraggeber, wie gezeigt, jedenfalls im Falle der Untätigkeit der Bieter in der Hand, den Rechtsschutz zu beschränken (verkürzen), weil auch in diesem Zusammenhang, in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung, vorderhand von der Bestandskraft auszugehen ist.³⁴⁶

An anderer Stelle wird die rechtsstaatliche Dimension dieses Problems und die Möglichkeit der Lösung auf Grund einer verfassungskonformen Interpretation untersucht.³⁴⁷

³⁴⁵ Von einem abstrahierten Standpunkt aus gesehen auch rechtmäßige.

³⁴⁶ Fraglich bleibt dabei, inwieweit Überlegungen zur Verunmöglichung des gemeinschaftsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes hier zu einem anderen Ergebnis führen könnten.

³⁴⁷ Kap IX.

6. Zulässigkeit des Antrags

6.1. Allgemeine Überlegungen

Das BVA³⁴⁸ begründet die These von der Nicht-Bestandskraft der Auftraggeberfestlegungen in der Ausschreibung bezüglich "Ober-" oder "Unterswellenbereich" sowie hinsichtlich der Auftragsart damit, dass die Nachprüfungsbehörde über die Zulässigkeit des Antrags zu befinden habe, was auch die Prüfung erfordere, ob der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht worden sei, was wiederum von der Qualifizierung des Auftrags und seiner Einordnung in den Ober- oder Unterswellenbereich abhängt.³⁴⁹ Aus dieser Qualifizierung ergebe sich auch die Höhe der Pauschalgebühr, weshalb auch diese Fragen von der Vergabekontrollbehörde von Amts wegen zu klären seien.

Das BVA³⁵⁰ hielt weiters fest, dass durch eine Präklusion der genannten Festlegungen das System des AVG unterminiert würde.

Diese Argumentation liefert keine taugliche Grundlage, um eine Durchbrechung des gesetzlichen Systems zu rechtfertigen. Auch in diesem Zusammenhang ist nicht ersichtlich, warum die Vergabenachprüfungsbehörde in der Lage sein sollte, die vom Auftraggeber aufgestellten und von den Bieter akzeptierten Bedingungen umzustoßen. Weshalb das System des AVG unterminiert würde, wenn die Vergabekontrollbehörde auf Grund der Angaben in der Ausschreibung die Zulässigkeit des Antrags beurteilen würde, wird nicht näher dargelegt. Hinter diesen Überlegungen steht zumeist der Gedanke der "objektiven Richtigkeit" des Vergabeverfahrens.³⁵¹ Genau diesem Gedanken hat der Gesetzgeber aber durch seine Regelung offensichtlich nicht unbedingte Beachtung geschenkt, da die Normierung einer Bestandskraft gerade darauf angelegt ist, Rechtswidrigkeiten in Kauf zu nehmen. Daher stellt auch viel eher das von der Vergabekontrollbehörde gefundene Ergebnis auf Grund seiner mangelhaften Begründung eine Unterminierung des vom Gesetzgeber im BVergG 2006 geschaffenen Systems dar.

³⁴⁸ BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78.

³⁴⁹ Vgl dazu § 321 BVergG 2006.

³⁵⁰ BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78.

³⁵¹ Insbesondere der in der Begründung angezogene § 6 AVG vermag, wie zuvor dargestellt, nicht das gefundene Ergebnis zu rechtfertigen.

6.2. Lösung

Im Falle unklarer, aber unangefochten gebliebener Ausschreibungsbestimmungen hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens, hat die Vergabekontrollbehörde zu prüfen, wie ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die Ausschreibung in Bezug auf das gewählte Verfahren, wovon in weiterer Folge die Länge der Nachprüfungsfrist abhängt, versteht.³⁵² Danach bestimmt sich das anzuwendende Verfahren. Auch in diesem Kontext gilt es aber zu prüfen, ob eine Reduktion auf Grund rechtsstaatlicher oder anderer, beispielweise auch gemeinschaftsrechtlicher Überlegungen wegen des möglicherweise einschränkbaren Rechtsschutzes statt zu finden hat.

7. Wahl des falschen Vergabeverfahrens

7.1. Entscheidungspraxis

In der bisherigen Praxis kam es vor, dass vom Auftraggeber in der Ausschreibung ein falsches Verfahren gewählt wurde. Dessen ungeachtet sind in diesen Fällen die Ausschreibungen häufig nicht angefochten worden, sodass sich die Frage stellte, wie die Vergabekontrollbehörden mit der Festlegung derartiger, falscher Verfahren im Nachprüfungsbereich umzugehen haben.

Das BVA³⁵³ ging von der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung hinsichtlich der Wahl des [dort: offenen] Verfahrens aus, gleichwohl es betonte, der Auffassung zu sein, dass es sich dabei um ein falsches Verfahren handelte.

Unter Verweis auf die Bestandsfestigkeit der Ausschreibung argumentierte auch der VwGH³⁵⁴ in einem Erkenntnis, in dem es um die Frage der Wahl des Vergabeverfahrens ging, dass die Vorgehensweise der belangten Behörde - die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers, gestützt auf die ihrer Meinung nach

³⁵² In diesem Sinne ging das BVA, 11.04.2008, N/0023-BVA/03/2008-26, in einem Bescheid vor, wo sich zum einen aus mehreren Faktoren der Ausschreibung ergab, dass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handle, zum anderen aber die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG in der Bekanntmachung angekreuzt wurde. Gestützt auf den angegebenen Auftragswert, € 3,2 Mio, sowie die mehrmalige Nennung des Unterschwellenbereichs, qualifizierte das BVA den Bauauftrag als im Unterschwellenbereich liegend. Auch der zusätzlich gestellte Wiedereinsatzantrag wurde zurückgewiesen.

³⁵³ BVA, 18.08.2003, 10N-60/03-26.

³⁵⁴ VwGH, 27.06.2007, 2005/04/0234.

rechtswidrige bestandsfeste Ausschreibung - rechtswidrig sei. Die belangte Behörde "rechtfertigte" ihr Vorgehen in diesem Verfahren damit, dass es "im Ergebnis absurd" sei, die Verletzung von fundamentalen Bestimmungen des Vergabegesetzes durch die Beschwerdeführerin "zu ignorieren", was vom VwGH in der Weise entkräftet wurde,³⁵⁵ dass die Bindung an Fristen von Nachprüfungsanträgen sinnlos wäre, wenn die Vergabekontrollbehörde eine bestandsfest gewordene Entscheidung des Auftraggebers im Wege der Anfechtung einer darauf aufbauenden Auftraggeberentscheidung aufgreifen könnte. Der Gerichtshof betonte, dass in der Ausschreibung nach außen bereits die Wahl des Vergabeverfahrens im Sinne der §§ 23 ff BVergG 2002 erfolgt, zumal der Auftraggeber, sofern er sich für die Durchführung eines bestimmten Verfahrenstypus entschieden hat, auch dieses Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen hat und ein Verfahrenstypuswechsel während des Verfahrens unzulässig ist. Diese Wendungen machen deutlich, welches Gewicht der VwGH im Unterschied zu den Vergabenachprüfungsbehörden der Bestandskraft beimisst.

Diese Linie bestätigend sprach der VwGH³⁵⁶ aus,³⁵⁷ dass die belangte Behörde aufgrund der Bestandskraft der Ausschreibung eine (allfällige) Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Ausschreibung im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung, nicht mehr aufgreifen durfte.³⁵⁸

Das BVA³⁵⁹ geht hingegen hinsichtlich der Beurteilung der Auftragsart, wie zuvor skizziert³⁶⁰ grundsätzlich davon aus, dass dafür der tatsächliche Charakter des entsprechenden Auftrags maßgebend sei und nicht die Bezeichnung durch den Auftraggeber in der Bekanntmachung bzw Ausschreibung.³⁶¹ Nach der Argumentation des BVA könne es zu keiner Präklusion der Auftragsart durch eine Festlegung in der Ausschreibung kommen, da es sich nicht um eine Festlegung handle, die die Auftragsdurchführung betreffe und sohin den

³⁵⁵ Unter Verweis auf die Judikatur des EuGH, 12.12.2002, Rs 470/99 (Universale).

³⁵⁶ VwGH, 01.10.2008, 2005/04/0204.

³⁵⁷ Unter ausdrücklichem Verweis auf VwGH, 27.06.2007, 2005/04/0234. Beiden Fällen lag als maßgebliche Präklusionsbestimmung § 11 Abs 1 Z 3 lit a Tiroler VergabenachprüfungsG 2002 zu Grunde.

³⁵⁸ In der bestandsfesten Ausschreibung wurde als Vergabeverfahren das Verhandlungsverfahren festgelegt. Dies war nach Auffassung der belangten Behörde unzulässig, weshalb nach ihrer Sicht die vor ihr angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig war.

³⁵⁹ BVA, 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78.

³⁶⁰ Vgl oben.

³⁶¹ Das BVA bezieht sich dabei auf das Erkenntnis des VwGH, 12.12.2007, 2007/04/0167. Als Grund für die Aufhebung des angefochtenen Bescheides zog der Gerichtshof allerdings die Nichtbegründung des angefochtenen Bescheides heran, sodass nicht klar ist, ob dieses Erkenntnis im Sinne des BVA wirklich einschlägig ist.

Auftraggeber oder die Bewerber/Bieter betreffe und binde. Es handle sich dabei um eine Festlegung die die entscheidende Behörde zu beurteilen habe.

8. Teileistungsvergabe

8.1. Allgemeine Überlegungen

Der VwGH³⁶² argumentierte, dass gemäß § 59 Abs 3 BVergG 2002 ein bloßer Vorbehalt einer allfälligen Teileistungsvergabe grundsätzlich unzulässig sei. Blicke aber die eine Teileistungsvergabe zulassende Bestimmung der Ausschreibung unangefochten, sei in weiterer Folge von einer auch in diesem Punkt bestandskräftigen Ausschreibung auszugehen, sodass diese Ausschreibung auch der Maßstab zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit weiterer Auftraggeberentscheidungen sei.

9. Niedrigster Preis oder die zu Zweifel Anlass gebende Zweifelsregel des § 80 Abs 3 letzter Satz BVergG 2006

9.1. Problemstellung

Mit dem BVergG 2006 wurde in § 80 Abs 3 ein letzter Satz eingefügt, demnach der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist, wenn sich weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen Feststellungen betreffend das Zuschlagsprinzip finden.

In den EB³⁶³ heißt es dazu:

"Nach der bisherigen Rechtslage war unklar, was zu gelten hat, wenn der Auftraggeber derartige Festlegungen unterlässt. Der letzte Satz des Abs 3 spielt insbesondere eine Rolle im Zusammenhang mit präkludierten Ausschreibungen. Durch den letzten Satz wird ein Zuschlag ermöglicht. Ob die Zuschlagsentscheidung im Lichte des § 80 Abs 3 BVergG 2006 korrekt war, kann im Wege eines Nachprüfungsverfahrens geklärt werden, denn die Anwendung des Billigstangebotsprinzips setzt implizit voraus, dass die Angebote vergleichbar sind. Dies folgt insbesondere aus dem Grundsatz eines fairen Wettbewerbs. Der Preis als einziges

³⁶² VwGH, 12.09.2007, 2005/04/0236.

Zuschlagskriterium ist daher nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn ein Vergleichsstandard existiert (der durch die Festlegung des Auftraggebers fixiert wird) und die Leistungsangebote dementsprechend vergleichbar sind. Eine Zuschlagserteilung auf der Basis des letzten Satzes des Abs 3 ist somit nur dann korrekt, wenn nach den allgemeinen Vorgaben des ersten Satzes des Abs 3 die entsprechenden Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ohnehin erfolgten. Sofern keine Festlegungen erfolgten besteht für den Auftraggeber unabhängig von der Möglichkeit, die Vorgangsweise gemäß Abs 3 letzter Satz zu wählen, stets die Möglichkeit, das Vergabeverfahren zu widerrufen oder gegebenenfalls (sofern dies zeitlich noch möglich ist) die Ausschreibung zu berichtigen (in diesem Fall wäre einer Verlängerung der Angebotsfristen zwingend)."

Gemäß § 80 Abs 3 erster Satz zweiter Fall ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzuführen, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll, dies aber nur, sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist.

Wenn der Auftraggeber in der Ausschreibung festlegt, dass der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll, er es aber unterlässt den Qualitätsstandard der Leistung in der Ausschreibung hinreichend bestimmt festzulegen, kann diese Ausschreibung unter Einhaltung der Nachprüfungsfristen, vermutlich erfolgreich, angefochten werden. Wird diese Ausschreibung aber nicht angefochten, besteht das Problem, wie die Vergabekontrollbehörde die Rechtmäßigkeit einer Zuschlagsentscheidung überprüfen soll, da die Ausschreibung bezüglich der zu erbringenden Qualität mangelhaft ist. Der Gesetzgeber geht, wie in Bezug auf § 80 Abs 3 letzter Satz dargestellt, davon aus, dass in einem solchen Fall die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung auch in diesem Punkt im Wege eines Nachprüfungsverfahrens, gegen die der Ausschreibung zeitlich nachfolgenden Auftraggeberentscheidungen,³⁶⁴ überprüft werden kann.

Die Anwendung der Zweifelsregel des § 80 Abs 3 letzter Satz entspricht genau der hier beschriebenen Sachverhaltskonstellation. Durch die Zweifelsregel in Verbindung mit der Bestandskraft wird streng genommen eine Ausschreibung bestandsfest, die den Zuschlag für

³⁶³ 1171 BlgNR 22. GP 69.

³⁶⁴ Als Argument dienen die Materialien, die davon sprechen, dass diese Zweifelsregel insbesondere im Zusammenhang mit präkludierten Ausschreibungen eine Rolle spielt.

das Angebot mit dem niedrigsten Preis festlegt, sodass es im Ergebnis keinen Unterschied machen darf, ob das Billigstbieterprinzip in der Ausschreibung ausdrücklich genannt wurde oder erst durch die Zweifelsregel "in die Ausschreibung gekommen" ist.

Die Ausführungen, wonach die Vergleichbarkeit der Angebote implizite Voraussetzung für die Anwendung des "Billigstangebotsprinzips" ist und die Bezugnahme auf die - fragliche - Rechtmäßigkeit der *Zuschlagsentscheidung* verdeutlichen, dass für den Gesetzgeber die Bestandskraft der Ausschreibung dem Aufgreifen einer solchen Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im weiteren Verfahren nicht entgegenstehen. Er argumentiert, dass der Preis als einziges Zuschlagskriterium nur im Falle der Vergleichsmöglichkeit sachlich gerechtfertigt sei.

9.2. Kritik

Diese Ausführungen überzeugen nicht, da sie insbesondere offen lassen, ob es sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers um eine Durchbrechung der Bestandskraft³⁶⁵ handeln soll - wofür die Formulierungen sprechen - oder aus welchem Grund sonst eine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung systemwidrig zweimal releviert werden können soll. Es hat den Anschein, dass der Gesetzgeber die Auffassung vertritt, nur eine rechtmäßige Festlegung des Zuschlagsprinzips in der Ausschreibung könne auch bestandskräftig werden. Sollte es der Auftraggeber unterlassen in der Ausschreibung ein Zuschlagsprinzip festzulegen und wendet sich kein Bieter dagegen, so gilt nach § 80 Abs 3 BVergG 2006, dass der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist. Die Frage, ob diese - durch Nichtfestlegung und unterlassener Anfechtung³⁶⁶ begründete - Festlegung des Zuschlagsprinzips rechtmäßig erfolgt ist, kann wegen der bereits eingetretenen Präklusion der Ausschreibung nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden und ist daher auch im weiteren Vergabeverfahren der Überprüfung durch die Vergabekontrollbehörden entzogen.³⁶⁷

³⁶⁵ Aus welchem Grund auch immer es methodisch zu dieser Durchbrechung kommen soll. Vermutlich hatte der Gesetzgeber den Gedanken der mangelnden objektiven Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung vor Augen.

³⁶⁶ Auch hier gilt, dass es die Bieter in der Hand haben, durch rechtzeitige Anfechtung der Ausschreibung ihre Rechte zu wahren. Tun sie dies aber nicht, kann der Fall eintreten, dass sie dem Auftraggeber einen ihm gesetzlich an sich nicht zu stehenden Spielraum einräumen.

³⁶⁷ Dasselbe gilt natürlich für den Fall, dass von Anfang an in der Ausschreibung der Zuschlag an das Angebot mit dem niedrigsten Preis festgelegt wurde.

Sollte der Gesetzgeber, wie aus den zitierten Materialien vermutbar ist, ein anderes Ergebnis vor Augen gehabt haben, hätte es einer entsprechenden Ausdrucksweise im Gesetz bedurft. Ohne diese, kann nur versucht werden im Wege der Auslegung - vor allem auch unter Berücksichtigung dieser historischen Überlegungen - zu eruieren, ob eine Einschränkung der gesetzlichen Regelungen angezeigt ist.

Exkurs: Spruchpraxis zur Bestandskraft

In einem Verfahren musste sich das BVA³⁶⁸ zum einen mit der Frage auseinandersetzen, wie sich die fehlende Vorlage von Unterlagen durch einen Bieter auf seine Nachprüfungsbefugnis auswirkt, wenn in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurde, dass Angebote, die den Mindestanforderungen an die Genauigkeit der Ergebnisse nicht genügen, nicht bewertet werden können, was zur Folge habe, dass in diesem Punkt der Ausschreibung widersprechende Angebote nicht weiter zu prüfen seien. Im zu Grunde liegenden Verfahren habe der Auftraggeber aber nicht festgelegt, ob die Nichtvorlage der in Rede stehenden Unterlagen als behebbarer Mangel zu qualifizieren sei oder nicht.³⁶⁹ In weiterer Folge prüfte das BVA, ob es sich dabei objektiv um einen behebbaren Mangel handle oder nicht.

Zum anderen ist die Argumentation des BVA³⁷⁰ wesentlich, wonach es aufgrund der Bestandskraft der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der Ausschreibungsunterlagen nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Tauglichkeit des Zuschlagskriteriums "Qualifikation" zu überprüfen, solange es zumindest möglich sei, im Nachhinein aufgrund der konkret aufgestellten Kriterien zu einer objektiv nachvollziehbaren Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens zu gelangen.³⁷¹ In diesem Zusammenhang bleibt natürlich offen, welcher Maßstab an die "im Nachhinein" vorzunehmende Beurteilung anzulegen ist.

Die Bedeutung des skizzierten Bescheides liegt, neben der eingangs wiedergegebenen Methodik zur Ermittlung, ob ein Bieter aufgrund der konkreten Ausschreibung auszuschneiden ist, aber darin, dass in ihm der Weg für eine Durchbrechung der Bestandskraft vorgezeichnet

³⁶⁸ BVA, 23.06.2003, 6N-41/03-15.

³⁶⁹ BVA, 23.06.2003, 6N-41/03-15.

³⁷⁰ Unter Verweis auf den EuGH, 25.04.1996, Rs C-87/94 (Kommission/Belgien).

³⁷¹ BVA, 23.06.2003, 6N-41/03-15.

wurde. So überrascht es daher auch nicht, dass in der im folgenden Kapitel beschriebenen Leitentscheidung zur Durchbrechung der Bestandskraft auf diesen Bescheid rekurriert wird.

Der Bescheid des BVA vom 02.10.2003, 17N-80/03-37, ist aus zweierlei Gründen von Relevanz für diese Arbeit. Zum einen lag diesem Verfahren eine Ausschreibung zu Grunde, nach der der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden sollte, gleichzeitig fehlte darin aber die Angabe eines Schlüssels bzw einer Methode, wie die Punkte verteilt werden sollen. Das BVA führte aus, dass die Ausschreibung aus näher angeführten Gründen an sich rechtswidrig sei, dass diese Rechtswidrigkeit aber nicht aufgegriffen werden könne, da die Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest geworden sei. Aus § 99 Abs 1 BVergG 2002 folge, dass die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Ausschreibungsbedingungen abweichen dürfe, da sie andernfalls die aufgrund von § 21 Abs 1 BVergG 2002 gebotene Bietergleichbehandlung verletze. Zum anderen untersuchte das BVA in weiterer Folge nach welchen Kriterien die Ausschreibung auszulegen sei³⁷² und prüfte das Angebot der Antragstellerin streng unter Zugrundelegung der in der Ausschreibung normierten, bestandsfesten Kriterien.³⁷³

Ganz auf der beschriebenen Linie beurteilte das BVA³⁷⁴ auch ein anderes Verfahren, indem es sowohl hinsichtlich eines Zuschlagskriteriums³⁷⁵ als auch bezüglich der Wahl des Vergabeverfahrens als beschleunigtes Verhandlungsverfahren, der Wahl des Ausschreibungstermins, der behaupteten Rechtswidrigkeit betreffend Ausschluss von Alternativangeboten in den Ausschreibungsunterlagen und des Unterbleibens einer unverzüglichen Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen trotz dahingehenden Ersuchens, auf die durch Unterlassung der Anfechtung eingetretene Bestandskraft verwies.

Auch der Wiener Vergabekontrollsenat³⁷⁶ entschied, dass eine Überprüfung der Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Zeitpunkt der Anfechtung nicht mehr möglich sei, da dies bereits in den, unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt worden

³⁷² Im Sinne dieses, als allgemeine Linie anzusehenden Bescheides auch zB BVA, 29.08.2003, 13N-72/03-11.

³⁷³ Kritisch zu dieser Vorgehensweise *Regner*, RPA 2003, 286 (289), der offenbar generell Zweifel hegt, ob auch eine gemeinschaftsrechtswidrige Ausschreibungsbestimmung bestandsfest werden kann.

³⁷⁴ BVA, 12.12.2003, 4N-107/03-38 und zur Frage der Bestandskraft der Wahl des Vergabeverfahrens als auch der festgelegten Zuschlagskriterien, BVA, 18.08.2003, 10N-60/03-26.

³⁷⁵ Die Antragsteller machten hinsichtlich dieses Zuschlagskriteriums mangelnde Transparenz und Objektivierbarkeit geltend.

³⁷⁶ Wf VKS, 09.10.2000, S 454/00 = ZVB 2002, 109 (109).

sei.³⁷⁷ Von besonderer Bedeutung ist meines Erachtens auch, dass die Vergabekontrollbehörde besonderes Augenmerk darauf gelegt hat, dass die Bieterbewertung logisch nachvollziehbar und mit der Aktenlage im Einklang stehend sei.³⁷⁸

Wie sich aus den genannten Bescheiden ergibt, handelt es sich bei der objektiven Nachvollziehbarkeit von Auftraggeberentscheidungen um eine für das Schicksal dieser Entscheidungen zentrale Frage, sodass in weiterer Folge versucht wird, diesen Aspekt gebührend zu beleuchten.

³⁷⁷ Vgl die Ausschlussfrist des § 98 Z 2 Wr LVergG.

³⁷⁸ Wr VKS, 09.10.2000, S 454/00 = ZVB 2002, 109 (109).

VI. MEHRDEUTIGE AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN

1. Einleitung

1.1. Allgemeine Überlegungen

Wie hat die Vergabekontrollbehörde vorzugehen, wenn auf Grund der ungeschickten Formulierung in der Ausschreibung nicht eindeutig feststeht, ob die Bieter ihren Gesamtjahresumsatz oder nur jenen Umsatz, den sie mit dem ausgeschriebenen Produkt erzielt haben, nachweisen müssen.

Die gleiche Frage stellt sich, wenn in der - unangefochten gebliebenen - Ausschreibung vorgesehen wurde, dass die Bewertung der Angebote lediglich durch Punktevergabe und deren Addition erfolgt.³⁷⁹

Die Einführung des Systems von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen in Verbindung mit Präklusivfristen hatte zur Folge, dass die Vergabekontrollbehörden mit Sachverhalten konfrontiert wurden, die sie gerade auch vor dem Hintergrund der bisherigen Spruchpraxis³⁸⁰ vor erhebliche Schwierigkeiten stellten.³⁸¹ Zum einen scheint es für die Vergabekontrollbehörden problematisch zu sein, die Rechtskonformität einer Zuschlagsentscheidung anzunehmen, wenn die Ausschreibung an sich rechtswidrig war, aber nicht angefochten wurde,³⁸² sodass auch nicht mehr von einer Rechtswidrigkeit gesprochen werden kann. Zum anderen ist auch der Blickwinkel³⁸³ zu hinterfragen, unter dem die Vergabekontrollinstanzen zum Beispiel die Nachvollziehbarkeit einer Auftraggeberentscheidung, vor allem bei mehrdeutigen Ausschreibungsbestimmungen, beurteilen.

³⁷⁹ Aus § 130 Abs 2 BVergG 2006 resultiert die Verpflichtung zur verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung.

³⁸⁰ Gemeint ist hier die Rechtslage vor dem BVergG 2002.

³⁸¹ Fink in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP II, 116.

³⁸² Es geht dabei um Fälle, wo die Ausschreibung - jedenfalls eine Bestimmung davon - im Falle der rechtzeitigen Anfechtung, soweit vorhersehbar, für nichtig erklärt worden wäre.

³⁸³ Die Akzeptanz der in der Ausschreibung normierten Bedingungen als Grundlage für das weitere Verfahren ist trotz des eindeutigen Wortlautes von § 130 Abs 1 BVergG 2006 meines Erachtens nicht besonders ausgeprägt.

Im folgenden Teil werden nach einer Hinführung auf die Problemstellung vor allem die hier, als "Leitentscheidungen" für die Annahme der Durchbrechung der Bestandskraft bezeichneten Bescheide der Vergabekontrollbehörden besprochen, um in weiterer Folge die angenommenen Gründe für eine Relativierung der Bestandskraft (Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und mangelnde objektive Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung)³⁸⁴ in Frage zu stellen. Im Anschluss wird versucht, den von den Behörden gefundenen Ergebnissen eigene Lösungsansätze gegenüber zu stellen.

1.2. Problemstellung

Im Zentrum steht an dieser Stelle die Frage, wie die Vergabekontrollbehörden mehrdeutige Ausschreibungsbestimmungen im Nachprüfungsverfahren zu beurteilen haben. Das BVA³⁸⁵ ging in einem Bescheid von einer nach objektiv redlichem Verständnis mehrdeutigen Ausschreibung aus und prüfte die eingelangten Angebote dahingehend, ob sie - auch unter dem Aspekt der Vertrauenslehre und des § 915 ABGB - eine vertretbare Auslegungsvariante darstellten, da die Auftraggeberin bei einer solchen Ausschreibung alle angebotenen Leistungen gegen sich gelten lassen müsse, die unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze vertretbar seien. Inwieweit die vom BVA in diesem Bescheid gefundene Feststellung, dass im Zweifel keine überflüssigen Ausschreibungsbedingungen unterstellt werden dürften, Allgemeintauglichkeit besitzt, sei an dieser Stelle nicht näher hinterfragt. An anderer Stelle führte das BVA weiter aus: "Über den Umstand hinaus, dass allfällige Rechtswidrigkeiten dieser Unterlagen oder Bekanntmachungen für sich alleine betrachtet mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest geworden sind und zB eine Zuschlagsentscheidung grundsätzlich unter Heranziehung dieser Unterlagen unter Einhaltung des auch für die Angebotsprüfung und Angebotsbewertung je allein geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes etc zu treffen ist, ergibt sich aus diesem Zwischenergebnis, dass sich der Auftraggeber auch selbst bei der Angebotsprüfung und Angebotsbewertung an diese Unterlagen zu halten hat (§§21, 91, 94, 98, 99 BVergG)."

Das vom BVA gefundene Ergebnis³⁸⁶, dass bei einer nach objektiv redlichem Verständnis mehrdeutigen Ausschreibung der Auftraggeber auch mehrere Leistungen als

³⁸⁴ Der zu erzwingende Widerruf wird in Kap VIII/3 behandelt.

³⁸⁵ BVA, 05.11.2003, 08N-94/03-192.

³⁸⁶ Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wurde vom VwGH, 01.03.2005, 2003/04/0199, als unbegründet abgewiesen. Der Gerichtshof musste sich in diesem Verfahren aber nicht mit der für diese Arbeit

ausschreibungskonform zu beurteilen hat, erscheint jedenfalls plausibel. Unbeantwortet bleibt allerdings, ob auf dieser Grundlage eine Zuschlagsentscheidung nachvollziehbar darstellbar ist.

Andererseits geht das BVA³⁸⁷ bei der Prüfung der Verdingungsunterlage davon aus, dass die dort formulierten Eignungskriterien so klar gefasst sein müssten, dass die Nachvollziehbarkeit einer Auftraggeberentscheidung gewährleistet sei, vor allem auch, um der Vergabekontrollbehörde eine Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung zu ermöglichen.³⁸⁸ Ist die Ausschreibung klar gefasst, besteht die Verpflichtung des Auftraggebers sich an die dort formulierten Bestimmungen zu halten. Da es sich beim Vergabeverfahren um ein "Mehrparteienverfahren" handelt, würde die Nichtbeachtung der Ausschreibung zu einer gleichbehandlungswidrigen Verschlechterung der Rechtsposition der übrigen Bieter führen.³⁸⁹

An dieser Stelle sei als These für die weitere Abhandlung in den Raum gestellt, dass dieser Gedanke auch dann greifen muss, wenn kein Bieter eine für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt³⁹⁰ als mehrdeutig erkennbare Ausschreibungsbestimmung anführt, sodass der Auftraggeber auch den ihm durch die bestandsfeste Ausschreibung eingeräumten Handlungsspielraum rechtmäßig ausüben können muss. Die Konsequenz ist, dass in einer Situation, wo der Auftraggeber im Rahmen der durch die Ausschreibung eingeräumten Befugnisse agiert, der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur nicht verletzt ist, sondern es sogar erfordert, dass der Auftraggeber im Rahmen der von allen akzeptierten³⁹¹ Bedingungen seine Entscheidungen trifft. Jede andere Sichtweise ignoriert, dass die Bieter durch Nichtanfechtung der Ausschreibung ihr Einverständnis zum Ausdruck gebracht haben, das Vergabeverfahren entsprechend der dort festgelegten Grundsätze zu führen.³⁹²

interessierenden Frage, ob eine Zuschlagsentscheidung unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der in Rede stehende Ausschreibung überhaupt möglich war, auseinandersetzen.

³⁸⁷ BVA, 14.03.2008, N/0014-BVA/09/2008-28.

³⁸⁸ Im konkreten Fall fehlten in der Ausschreibung spezifische Anforderungen an das geforderte Referenzprojekt, was, nach Sicht des BVA, dazu führte, dass dem Auftraggeber ein unangemessen großer Beurteilungsspielraum eingeräumt war. Das BVA erklärte deshalb die entsprechende Bestimmung der Verdingungsunterlage für nichtig.

³⁸⁹ BVA, 16.03.2008, N/0029-BVA/09/2008-27.

³⁹⁰ BVA, 16.03.2008, N/0029-BVA/09/2008-27.

³⁹¹ Wird die Ausschreibung nicht angefochten, stellt dies ein Akzeptieren der darin genannten Kriterien dar. Dies gilt selbstverständlich nicht für beispielsweise irreführende Klauseln.

³⁹² Eine andere Sichtweise würde vor allem zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hinsichtlich des präsumtiven Zuschlagsempfängers führen, da auch dieser sowohl darauf vertrauen kann, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (vgl. zum Gedanken des frustrierten Vertrauens der anderen Bieter allgemein BVA, 05.06.2003, 12N-33/03-15) als auch, dass die nicht angefochtene Ausschreibung die

Der Vergabekontrollsenat vertrat dazu eine andere Auffassung und hat daher in einem Bescheid³⁹³ ausgesprochen - dem Verfahren lagen nach den Feststellungen der Nachprüfungsbehörde eine Kundmachung und Ausschreibungsunterlagen zu Grunde, in denen keine Gewichtung der Zuschlagskriterien erfolgt ist -, dass nicht gewichtete Zuschlagskriterien ein willkürliches Auswahlelement enthielten und daher vergaberechtswidrig seien. Die Festlegung der bloßen Reihenfolge der Zuschlagskriterien bestimme nicht die relative Bedeutung der Kriterien und überlasse so folglich dem Auftraggeber einen nicht näher nachprüfbaren Spielraum bei der Auswahl, da die Bieter auf diesem Weg über die Art und Weise der Entscheidungsfindung im unklaren gelassen würden, was wiederum eine Verletzung des Gebotes einer nachvollziehbaren Ermittlung des Bestbieters darstelle; anhand der Ausschreibung sei eine gesetzeskonforme Bestbieterermittlung nicht zu erwarten gewesen.³⁹⁴

*Hahnl*³⁹⁵ leitet aus dieser Entscheidung ab, dass es an dem dargestellten Ergebnis auch nichts zu ändern vermag, wenn der Bieter die Mängel bezüglich der Zuschlagskriterien bereits innerhalb der für die Anfechtung der Ausschreibung laufenden Frist gekannt aber nicht releviert habe.³⁹⁶ Sie erörtert in weiterer Folge, ob ein Bieter, der in Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Zuschlagskriterien diese unangefochten lässt, auf die Geltendmachung seines subjektiven Rechts auf Anfechtung rechtswidriger Entscheidungen verzichtet habe oder dies gleichsam verwirkt sei. Die Besprechung dieses Falles im Zusammenhang mit § 169 BVergG 2002 vorzunehmen³⁹⁷, spricht genauso wie die Wortwahl, für die Annahme der Autoren, dass es sich dabei um eine Konstellation handelt, in der es zu einer Durchbrechung der Bestandskraft kommen soll. Dies erscheint auf den ersten Blick einleuchtend, wenngleich die von Fuchs³⁹⁸ ins Treffen geführte Frage nach der gesetzlichen Grundlage für diese Annahme auch hier zutreffend ist. Auch in dem zuletzt geschilderten Fall wurde eine Ausschreibung bestandskräftig die, jedenfalls nach dem Verständnis des Vergabekontrollsenates, rechtswidrig war. Die

Grundlage für das weitere Verfahren bildet. Dieser Ansatz führt auch nicht zu Rechtsschutzlücken, da er nur dann anwendbar ist, wenn - vereinfacht - die Bieter sehenden Auges eine mehrdeutige Ausschreibung und damit eine Zuschlagsentscheidung, die in einem gewissen Rahmen objektiv nachvollziehbar sein muss, akzeptieren. Auch das Gemeinschaftsrecht verlangt kein "mehr" an Rechtsschutz, wie im Kap IV/4 gezeigt wurde.

³⁹³ WR VKS, 27.04.2001, P 220/01=ZVB 2001, 119 (119f); mit einer Glosse von *Dullinger*.

³⁹⁴ WR VKS, 27.04.2001, P 220/01=ZVB 2001, 119 (119f); mit einer Glosse von *Dullinger*.

³⁹⁵ *Hahnl*, BVergG 2002, 698.

³⁹⁶ *Hahnl*, BVergG 2002, K 3 zu § 169.

³⁹⁷ Ebenso *Pointner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 169, Rz 28ff bzw *Pointner* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 321, Rz 28ff.

³⁹⁸ *Fuchs* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 332.

Rechtswidrigkeit hat sich im konkreten Fall in der Weise ausgewirkt, dass es einerseits der Auftraggeber in der Hand hatte eine Bestbieterentscheidung mit einer, nach Sicht der Vergabekontrollbehörde, nicht nachprüfaren Begründung zu versehen, andererseits sei aber auch durch diese Vorgehensweise die Kontrollkompetenz der Vergabekontrollbehörde gleichsam ad absurdum geführt worden.

Basierend auf diesen Ausführungen muss daher die Frage gestellt werden, ob diese Tatsache "alleine" einen Grund für die Annahme der Durchbrechung der - auch der Rechtssicherheit dienenden - Bestandskraft darstellt?³⁹⁹

2. Leitentscheidung für die Annahme einer Durchbrechung/Relativierung der Bestandskraft

2.1. BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22

Das BVA⁴⁰⁰ hatte sich in einem Bescheid mit der Frage auseinander zu setzen, wie die Bestandskraft einer Ausschreibung vor dem Hintergrund von mehrdeutigen Klauseln in dieser Ausschreibung zu sehen ist.⁴⁰¹ Verfahrensgegenständlich war zum einen die Ausscheidung des Angebotes des Zweit Antragstellers aufgrund mangelnder technischer Leistungsfähigkeit sowie die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers. Unter Verweis auf die §§ 20 Z 19 lit c und 21 Abs 1 BVergG 2002 führte das BVA, mit Hinweis auf die bei *Hahn*⁴⁰² widergegebene Spruchpraxis aus, dass eine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung jedenfalls dann rechtswidrig sei, wenn aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen normierten Bedingungen eine transparente und objektiv nachvollziehbare Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit nicht möglich sei. Das BVA ging davon aus, dass der Auftraggeber in Folge der "unpräzisen bzw mehrdeutigen" Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen die technische Leistungsfähigkeit nicht habe überprüfen können, weshalb er auch ein

³⁹⁹ Wobei nicht unerwähnt bleiben soll, dass es sich streng genommen um zwei Rechtskreise handelt. Zum einen die möglicherweise willkürliche Tätigkeit des Auftraggebers und zum anderen die Beseitigung einer weitergehenden Nachprüfungskompetenz der Vergabekontrollbehörde.

⁴⁰⁰ BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22.

⁴⁰¹ Die Vergabekontrollbehörde ging davon aus, dass der Auftraggeber nach Angebotsöffnung eine "Aufklärung" verschickt habe, wie ein, nach Sicht der Vergabekontrollbehörde, unbestimmter Begriff in der Ausschreibung zu verstehen sei, indem er Parameter für dessen Beurteilung genannt habe.

⁴⁰² *Hahn*, BVergG 2002, E 3 zu § 99 und E 2 zu § 91. Sämtliche dieser Entscheidungen sind zum BVergG 1997 ergangen.

Aufklärungsschreiben verschickt habe, in dem er dargelegt habe, wie die in Rede stehenden Eignungskriterien, ursprünglich, zu verstehen seien. Gestützt auf die bei *Hahn*⁴⁰³ wiedergegebene Judikatur des EuGH und die Spruchpraxis des BVA argumentierte das BVA, dass ein nachträgliches Abgehen des Auftraggebers von Ausschreibungserfordernissen § 21 Abs 1 BVergG 2002 widerspreche, da diesfalls eine willkürliche Ausübung der Eignungsprüfung ermöglicht würde.⁴⁰⁴ Aus diesem und weiteren näher dargestellten Gründen sei die Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 21 Abs 1 BVergG 2002 als rechtswidrig anzusehen, da die Bieter sowohl im Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote als auch zum Zeitpunkt der Beurteilung durch den Auftraggeber gleich zu behandeln seien.⁴⁰⁵ Bis zu diesem Punkt ist die Argumentation des BVA schlüssig.

Im nächsten Schritt prüfte das BVA die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung des Angebotes des Zweitantragstellers daran, ob dessen technische Leistungsfähigkeit gegeben sei.⁴⁰⁶ Das BVA sah sich jedoch aufgrund der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht in der Lage, diese Entscheidung, "die in der Bestimmung des § 91 Abs 1 und 2 BVergG 2002 ihren Niederschlag findet", zu treffen. Da die für die Eignungskriterien festgelegten Bedingungen (willkürliche) Interpretationsspielräume offen ließen - die Eignungskriterien seien nicht in objektiv transparenter Weise festgelegt worden -, sei sowohl hinsichtlich der Ausscheidens- als auch der Zuschlagsentscheidung "einer gerichtlichen Überprüfbarkeit die Grundlage entzogen worden."

Als Nächstes setzte sich die Vergabekontrollbehörde mit der Frage auseinander, wie dieses Ergebnis mit dem System der Präklusion mangels Anfechtung einer Auftraggeberentscheidung zu vereinen sei.⁴⁰⁷

⁴⁰³ *Hahn*, BVergG 2002, E 6 zu § 67.

⁴⁰⁴ Das BVA ging davon aus, dass die im Aufklärungsschreiben genannten Kriterien nicht aus der Ausschreibung ableitbar gewesen seien. In der Folge wird daher von einer willkürlichen Beurteilungsmethode des Auftraggebers gesprochen.

⁴⁰⁵ Unter Verweis auf EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC); EuGH, 22.06.1993, Rs C-243/89 und EuGH, 25.04.1996, Rs C-87/94.

⁴⁰⁶ Konkret ging es um die Frage des Nachweises zumindest zweier Referenzanlagen in der Größenordnung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Tankanlagen.

⁴⁰⁷ Im konkreten Fall wurde die Ausschreibung, welche die mehrdeutigen Festlegungen enthielt, mangels Anfechtung bestandsfest.

Nach Wiedergabe einer Feststellung des BVA in einem anderen - zuvor angeführten - Bescheid⁴⁰⁸, wonach die Frage der Eignung von Zuschlagskriterien zur Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes mit Eintritt der Bestandskraft der Ausschreibung nicht mehr geltend gemacht werden könne, aber nur wenn mittels der konkret festgelegten Kriterien "zumindest eine im nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich bleibt",⁴⁰⁹ tätigte das BVA folgende Feststellung: "Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Eintritt der Präklusion dann als relativiert anzusehen ist, wenn eine Zuschlagsentscheidung aufgrund der Ausschreibungsvorgaben nur unter Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens getroffen werden kann (in diese Richtung schon Fink, Zur Sanierung von Ausschreibungsfehlern, RPA 2005, 14)."⁴¹⁰

2.2. Würdigung

Diese Feststellung birgt in ihrer Allgemeinheit einigen Sprengstoff in sich. Zum einen weicht sie das System bestandskräftiger Entscheidungen in einem über die Anforderungen des Gemeinschaftsrechtes hinausgehenden Ausmaß und vor allem ohne gesetzliche Grundlage auf,⁴¹¹ ohne gleichzeitig eine Grenze für diese "Relativierung" der Wirkung der Bestandskraft festzulegen. Zum anderen lässt sie völlig offen, was - eventuell alles - unter den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens zu verstehen sein kann. Im Besonderen wird aber nicht dargelegt, weshalb es bei der Durchführung des Vergabeverfahrens mit Zuschlagsentscheidung überhaupt zu einer Verletzung von diesen Vergabegrundsätzen kommen soll.

In dieser Form ist die vom BVA gefundene Lösung jedenfalls abzulehnen. Unter Pkt 4. werden Lösungsvorschläge für dieses Problem untersucht.

Das BVA spricht in diesem Zusammenhang auch vom Wurzelmangel der Ausschreibung, der, da sich das Verfahren bereits nach Angebotsöffnung befindet, nicht mehr im Wege der Berichtigung nach § 78 BVergG 2002 behoben werden könne. "Vielmehr bedingt die Notwendigkeit, bei der Durchführung des Zuschlagsverfahrens die Vergabegrundsätze zu verletzen, das Vorliegen eines - der Präklusion nicht - zugänglichen zwingenden

⁴⁰⁸ BVA, 23.06.2003, 6N-41/03-15, = RPA 2003, 292 (296); mit Glosse *Hofer*.

⁴⁰⁹ BVA, 23.06.2003, 6N-41/03-15 = RPA 2003, 292 (296); mit Glosse *Hofer*.

⁴¹⁰ BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22.

Widerrufsgrundes im Sinne des § 105 Abs 1 BVergG 2002 (so auch Fink, Beitrag in Schramm/Aicher 119; zu zwingenden Widerrufsgründen siehe auch Estermann, in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht² [2005] 418f)."⁴¹²

Neben den bereits dargestellten Bedenken, ist aus dem Bescheid auch nicht ersichtlich, welcher methodische Gedanke zur Nichtigerklärung⁴¹³ schlussendlich geführt haben soll. Zum einen spricht das BVA von einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, zum anderen vom Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes, der die Relativierung der Bestandskraft rechtfertigt. Wenn auch aus Sicht des BVA der vorliegende Sachverhalt beide Tatbestände erfüllen mag, so stellt sich die Frage, was der tragende Grund für die Nichtigerklärung des angefochtenen Bescheides ist. Diese Frage ist im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit von besonderem Interesse, da - wie noch näher dargestellt wird⁴¹⁴ - das Bestehen eines subjektiven Rechts auf Widerruf,⁴¹⁵ jedenfalls in den hier interessierenden Fällen, in Zweifel zu ziehen ist, sodass dieser Annahme des BVA der Boden entzogen sein dürfte. Als Drittes spricht das BVA von einem nachträglichen Abgehen des Auftraggebers von Ausschreibungserfordernissen, aufgrund welcher § 21 Abs 1 BVergG 2002 verletzt würde.

Allgemein ist in diesem Zusammenhang, wie bereits erläutert, allerdings fraglich, ob ein im Rahmen einer, wenn auch mehrdeutigen Ausschreibung agierender Auftraggeber wirklich willkürlich handelt. An anderer Stelle wird versucht nachzuweisen, dass die im Rahmen der präkludierten Ausschreibung ergehende Zuschlagsentscheidung in einem solchen Fall nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, sondern jene vom BVA erdachte Verhaltensweise den präsumtiven Zuschlagsempfänger gerade im Recht auf Gleichbehandlung verletzt.⁴¹⁶ In einer Konstellation wie der vorliegenden müsste die Vergabekontrollbehörde prüfen, ob das vom Auftraggeber seiner Entscheidung zu Grunde gelegte Auslegungsergebnis der Ausschreibung rechtmäßig war und ausschließlich anhand dieser Beurteilung eine Entscheidung treffen.

⁴¹¹ Das BVA unternimmt meines Erachtens auch nicht den Versuch, zu begründen, warum das vom Gesetzgeber normierte System hier nicht anwendbar sein soll.

⁴¹² BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22.

⁴¹³ Und damit auch zur Nichtbeachtung der Bestandskraft.

⁴¹⁴ Kap VII/3.

⁴¹⁵ Gemeint ist damit die Möglichkeit zur Geltendmachung dieses Rechts im klassischen Sinn.

⁴¹⁶ Siehe Kap VII/2.

2.3. Weitere Fälle zur Durchbrechung der Bestandskraft

2.3.1. UVS Burgenland

Auch der UVS Burgenland⁴¹⁷ hat im Sinne des BVA entschieden, dass eine Sanierung von Fehlern in der Ausschreibung durch Ablauf der Anfechtungsfrist für die Ausschreibung nicht mehr in Frage komme, "wo die Ausschreibungsmängel so gravierend sind, dass sie eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht mehr ermöglichen."⁴¹⁸ Zu Grunde lag diesem Bescheid eine Ausschreibung, in der unter der Rubrik "Zuschlagskriterien" die Qualitätsgleichwertigkeit von Angeboten als Zulassungskriterium aufgestellt wurde, ohne allerdings diese Gleichwertigkeit näher zu definieren - beispielsweise durch Aufstellung von Mindestanforderungen -, was aus Sicht des UVS zur Folge habe, dass auf diese Weise eine objektiv nachvollziehbare, transparente Bestbieterermittlung nicht möglich sei.⁴¹⁹ Unter diesen Umständen sei es auch nicht zulässig gewesen, den Preis als einziges Zulassungskriterium festzulegen.

Der UVS gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die Ausschreibung mit einer Rechtswidrigkeit behaftet sei, die - vereinfacht - für den Ausgang des Vergabeverfahrens potentiell relevant sei.⁴²⁰ Die Ausschreibung sei daher gemäß § 105 Abs 1 BVergG 2002 zu widerrufen gewesen, was aber nicht erfolgt sei.⁴²¹

2.3.2. Würdigung

So richtig dieser Bescheid in der Wahrnehmung des Geschehenen ist, so problematisch erscheint die rechtliche Schlussfolgerung. Die Ausschreibung ist mangels Anfechtung bestandsfest geworden, sodass sie mit all ihren allfälligen Rechtswidrigkeiten die Grundlage für das auf ihr aufbauende Vergabeverfahren darstellt, somit auch für das Vergabekontrollverfahren. Dem UVS steht es in dieser Konstellation nicht mehr zu, die

⁴¹⁷ UVS Burgenland, 09.08.2004, E VNP/11/2004.006/009 = RPA 2005, 43 (46); mit Glosse *Hofer*.

⁴¹⁸ Unter Verweis auf UVS Oberösterreich, 09.10.2003, VwSen 550107/7/Bm-Sta OÖ = RPA 2004, 116 (116ff) und BVA, 26.01.2004, 10N-125/03-14 = RPA 2004, 110 (110ff).

⁴¹⁹ Unter Verweis auf EuGH, 16.10.2003, Rs C-421/01 (Traunfellner-Asfinag), der auch die Vorgabe der qualitativen Gleichwertigkeit aufgrund mangelnder Transparenz als keine dem Gesetz entsprechende Mindestanforderung angesehen hat.

⁴²⁰ *Fink* bezeichnet dies als gebotene "Umgehung" der Präklusionswirkung, RPA 2005, 14 (14).

⁴²¹ Dazu kritisch: *Fink*, RPA 2005, 14 (14f); vgl zur Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden im Falle des Fehlens von Mindestanforderungen für Alternativangebote in der Ausschreibung auch, *Fink* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II, 112.

Rechtmäßigkeit der Ausschreibung zu beurteilen. Genau dies hat der UVS aber in seinem Bescheid getan.

Interessant ist auch, dass der UVS diese Rechtswidrigkeit der Ausschreibung als besonders schwerwiegend qualifiziert, da sie nach seiner Sicht die Bestandskraft durchbricht, wohingegen andere "Fehler" der Ausschreibung⁴²² als gewöhnliche Rechtswidrigkeiten qualifiziert werden, die "normal" der Präklusion unterworfen sind.

Der UVS verweist selbst auf den sich aus Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665/EWG bzw im Unterschwellenbereich, aus dem zur Durchsetzung der Grundfreiheiten notwendigen gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebot abzuleitenden Grundsatz der wirksamen Nachprüfung der Vergabeentscheidungen. Es würde zu einem Spannungsverhältnis zu diesem Grundsatz kommen, wenn die Vergabekontrollbehörde aufgrund objektiv nicht nachvollziehbarer Ausschreibungsunterlagen gehindert werden könnte, die objektive Nachvollziehbarkeit der Bestbieterermittlung vorzunehmen, da das Vergabekontrollverfahren in einem solchen Fall als nicht effektiv zu beurteilen sei. Die Tatsache, dass Bieter die Möglichkeit gehabt haben, die Ausschreibung anzufechten, sodass es nur schwer nachvollziehbar erscheint, weshalb die Effektivität des Rechtsschutzes verletzt werden könnte, wird von der Vergabekontrollbehörde nicht weiter gewürdigt. Ebenso verliert sie kein Wort zum zweiten gemeinschaftsrechtlich zu beachtenden Pol, der Raschheit des Vergabeverfahrens.

Exkurs

Die Brisanz der an sich als Streit um des Kaisers Bart anmutenden Frage, aus welchem methodischem Grund für nichtig zu erklären ist bzw wäre,⁴²³ wird insbesondere aus folgender Überlegung ersichtlich: Macht jemand in einer solchen Konstellation wie der dargestellten, bei der Vergabekontrollbehörde die Verletzung seines subjektiven Rechts auf Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten als Beschwerdepunkt geltend, die Vergabekontrollbehörde gelangt aber, wie vorliegend, zu dem Ergebnis, dass die

⁴²² Er nennt die geltend gemachte Rechtswidrigkeit der Mindestpreisvorgaben und das Überschreiten des EU-Schwellenwertes.

⁴²³ Sofern überhaupt für nichtig zu erklären ist, was bezweifelt wird.

Ausschreibung zu widerrufen sei, kann sie die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht aussprechen, da dem Antragsteller dieses geltend gemachte Recht nicht zukommt.⁴²⁴

2.3.3. UVS Oberösterreich

Ganz auf der Linie der beiden genannten Bescheide argumentierte auch der UVS Oberösterreich⁴²⁵, wonach - ungeachtet der Systematik von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen - im konkret zu beurteilenden Fall eine Rechtswidrigkeit in den Ausschreibungsunterlagen vorgelegen sei,⁴²⁶ welche das gesamte Verfahren in Folge der unmöglich gemachten Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit, die einer Sanierung nicht zugänglich sei, belaste, was die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zur Folge haben müsse. Abschließend stellte der UVS fest, dass das Unterlassen der Festlegung des Zuschlagsprinzips in den Ausschreibungsunterlagen und die sich daraus ergebende Unmöglichkeit einer objektiv nachvollziehbaren Zuschlagsentscheidung einen zwingenden Widerrufsgrund darstelle, "der zum Widerruf der Ausschreibung zu führen hat."

Für Fink ist der UVS in diesem Bescheid vom Vorliegen fundamentaler Rechtswidrigkeiten ausgegangen, die den gesamten Vergabevorgang belasten und die auch nicht durch Unterlassen der Anfechtung der Ausschreibung heilen können, wobei nach seiner Sicht die Ausschreibung zwar nicht aufgehoben wird, die Rechtswidrigkeit aber bis zur Zuschlagserteilung fortwirkt.⁴²⁷

Bei Betrachtung des Bescheides springt vor allem auch die Argumentation des UVS ins Auge, wonach sich der Auftraggeber rechtswidrigerweise ein willkürliches Ermessen für die

⁴²⁴ So auch *Hofer*, RPA 2005, 43 (46). Bemerkenswert erscheint dabei der Rat, als Beschwerdepunkt das Recht auf Einhaltung des Vergaberechtsregimes geltend zu machen. Zur Frage, ob ein Recht auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften besteht und daher vor dem VwGH als Beschwerdepunkt geltend gemacht werden kann, vgl für viele VwGH, 08.05.2008, 2007/16/0211; VwGH, 14.11.2006, 2004/03/0121.

⁴²⁵ UVS Oberösterreich, 09.10.2003, 550107/7/Bm/Sta, RPA 2004, 116 (118); mit Glosse *Fink*.

⁴²⁶ Konkret wurde das Zuschlagsprinzip und die Gewichtung der Zuschlagskriterien - für den Fall, dass es um den Zuschlag für das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gehen soll - nicht festgelegt, weshalb es unmöglich gewesen sei, die getroffene Zuschlagsentscheidung zu überprüfen. Der UVS versuchte zuerst durch Interpretation der Ausschreibung das von der Auftraggeberin ins Auge gefasste Zuschlagsprinzip zu erkennen, gelangte aber zu dem Ergebnis, dass dieses aus den Ausschreibungsunterlagen nicht klar und unmissverständlich hervorgehe. Im Ergebnis bedeute dies, dass sich die Auftraggeberin rechtswidrigerweise ein willkürliches Ermessen für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag vorbehalten habe. Würden in einem solchen Fall die Angebote dennoch beurteilt, hätte dies den Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz zur Folge. Der Fall war unter das Regime des BVergG 2002 zu subsumieren.

⁴²⁷ RPA 2004, 116 (118); mit Glosse *Fink*.

Zuschlagsentscheidung vorbehalten habe. Diese Formulierung verdeutlicht, dass nach der Vorstellung der Vergabekontrollbehörde der Auftraggeber ursprünglich eine rechtswidrige Festlegung getroffen hat. Gleichwohl diese nicht rechtzeitig angefochten wurde, wird letztlich diese Festlegung als Grundlage für die Nichtigerklärung herangezogen.

Auch in einem weiteren Bescheid stellte der UVS Oberösterreich⁴²⁸ fest, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig erfolgt sei, da weder das Zuschlagsprinzip⁴²⁹ noch Zuschlagskriterien in der Ausschreibung genannt worden seien, was zur Folge habe, dass, ungeachtet der Tatsache, dass die Ausschreibung nicht angefochten worden sei, nicht festgestellt werden könne, ob die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig erfolgt sei.⁴³⁰

Der VwGH⁴³¹ hingegen prüfte zuerst, ob die Ausscheidung zu Recht erfolgt sei, was er aus mehreren Gründen bejahte. Hinsichtlich der Frage der Bestandskraft argumentierte der Gerichtshof, dass das Fehlen der Nennung von konkreten Nachweisen für die Eignung, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in der Ausschreibungsbekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen gemäß § 20 Z 13 BVergG 2002 durch einen Nachprüfungsantrag (gegen die Ausschreibung) hätte geltend gemacht werden müssen. Der VwGH ging weiters davon aus, dass die Auftraggeberin auch ohne Nennung von konkreten Nachweisen berechtigt gewesen wäre, "jedenfalls für die bereits in der Bekanntmachung bzw in der Ausschreibung genannten Kriterien für die Eignung [...] konkrete Nachweise - gemäß § 52 Abs 3 BVergG - zu verlangen."⁴³² Da die mitbeteiligte Partei zu Recht ausgeschieden worden sei, könne sie durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren zur Ermittlung eines Angebotes für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden. "Daher beruht auch die Ansicht der belangten Behörde, die vorliegend angefochtene Zuschlagsentscheidung sei - unabhängig davon, ob die

⁴²⁸ UVS Oberösterreich, 13.04.2004, VwSen-550088/25/KI/Pe.

⁴²⁹ Zur Bestandsfestigkeit des in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagsprinzips vgl VwGH, 01.10.2008, 2004/04/0237 und 0238.

⁴³⁰ Der UVS sprach dabei - in dieser Reihenfolge - aus, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei, da sie die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit über Auftrag der Auftraggeberin ausreichend dargelegt habe. Obendrein sei es unzulässig "nachträglich" - außerhalb von Bekanntmachung und Ausschreibungsunterlagen - konkrete und umfangreichere Eignungsnachweise zu fordern. Die Auftraggeberin ist in diesem Verfahren hingegen von der Nichtvorlage der verlangten Bonitätsauskunft, den Nachweis der Berufshaftpflichtversicherungsdeckung und der Bilanzen der letzten drei Jahre ausgegangen. Anzumerken ist, dass sich die Bekanntmachung darauf beschränkt, allgemein die zu erbringenden Nachweise zu nennen, ohne die Art ihrer Darlegung näher zu spezifizieren. Ebenso enthalten die als Zuschlagskriterien bezeichneten Eignungskriterien lediglich generelle Auflistungen von zu erfüllenden Bedingungen.

⁴³¹ VwGH, 18.05.2004, 2004/04/0094.

Mitbeteiligte zu Recht ausgeschieden worden sei - schon deshalb rechtswidrig, weil mangels Bekanntgabe des Zuschlagsprinzips und mangels Nennung von Zuschlagskriterien die Richtigkeit der Wahl eines Angebotes für den Zuschlag nicht überprüft werden könne, auf einer Verkennung der Rechtslage." Ohne Eingehen auf die Frage, ob bei der Mitbeteiligten ein zur Nachprüfung berechtigender Schaden eingetreten ist,⁴³³ ist im Rahmen dieser Arbeit vor allem der Ausspruch des UVS von Interesse, da er es mit einer bestandsfest gewordenen Ausschreibung zu tun hatte, die weder das Zuschlagsprinzip noch die Zuschlagskriterien nennt.

3. Lösungsvarianten

3.1. Gemeinschaftsrechtliche Überlegungen

Wie insbesondere in allen Rechtsbereichen, die ihren Ursprung im Gemeinschaftsrecht haben, muss zu Beginn der Überlegungen ein Blick auf dieses sowie die Judikatur des EuGH gemacht werden. Es wird daher im Folgenden untersucht, ob bzw welche Vorgaben das Gemeinschaftsrecht⁴³⁴ hinsichtlich mehrdeutiger Ausschreibungsbedingungen enthält.

3.1.1. Keine eindeutigen Zuschlagskriterien

In einer großen Zahl an Bescheiden⁴³⁵, die von einer Durchbrechung der Bestandskraft ausgehen, findet sich gleichsam als Stehsatz ein Verweis auf ein konkretes Urteil des EuGH.⁴³⁶ Für den Gerichtshof ist demnach ein Zuschlagskriterium, das dem öffentlichen Auftraggeber bei der Auftragsvergabe an einen Bieter uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumt,⁴³⁷ mit Art 29 der Richtlinie 71/305/EWG⁴³⁸ unvereinbar.⁴³⁹ Bezieht sich das Zuschlagskriterium auf

⁴³² Diese Aussage erscheint vor dem Hintergrund der Neuregelung in § 80 Abs 1 BVergG 2006 problematisch zu sein.

⁴³³ Zur Problematik der "Schadensbehauptung" im Nachprüfungsverfahren vgl *Keisler*, RPA 2007, 270 (271f); *G. Gruber*, ZVB 2006, 54 (55) und *G. Gruber* in *Gruber/Gruber/Sachs*, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 133ff.

⁴³⁴ Zu den allgemein zur Bestandskraft bestehenden Vorgaben vgl Kap IV.

⁴³⁵ Für viele BVA, 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038.

⁴³⁶ EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC).

⁴³⁷ Unter Verweis auf EuGH, 20.09.1988, Rs C-31/87 (Beentjes), Rz 26.

⁴³⁸ Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

⁴³⁹ Die Parteien des Ausgangsrechtsstreites vertraten unterschiedliche Auffassungen darüber, ob sich die in den Verdingungsunterlagen verwendeten Begriffe "Preis" und "Kosten" auf den Gesamtpreis des Angebots oder die

eine Angabe, die erst zu einem Zeitpunkt nach der Vergabe des Auftrags bekannt sein werde, ermögliche dies allerdings keine derartige uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit. Eine solche Vorgehensweise unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes⁴⁴⁰ sei aber nur dann zulässig, wenn das in Rede stehende Kriterium in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung enthalten sei. Die Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz⁴⁴¹ erfordere es in diesem Zusammenhang, dass die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so formuliert sein müssten, "dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können"⁴⁴² und dass sich der Auftraggeber selbst während des gesamten Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlagskriterien halten müsse.⁴⁴³ In weiterer Folge müssten die Zuschlagskriterien bei der Bewertung objektiv und einheitlich auf alle Bieter angewandt werden. Für den EuGH stellt der Rückgriff auf das Gutachten eines Sachverständigen zur Bewertung einer Angabe, die erst in Zukunft bekannt sein werde, eine Vorgehensweise dar, die grundsätzlich geeignet sei, dass die Zuschlagskriterien bei der Bewertung der Angebote objektiv und einheitlich auf alle Bieter angewendet würden.⁴⁴⁴

3.1.2. Umfang des Transparenzgebotes?

Aus diesem Erkenntnis ist eindeutig die Verpflichtung des Auftraggebers zur klaren Formulierung von Zuschlagskriterien ableitbar, sodass die Bezugnahme auf dieses Urteil im Falle der Anfechtung einer Ausschreibung, die unklar abgefasst ist, nachvollziehbar ist. Auf die Frage, wie vorzugehen ist, wenn der Auftraggeber diese Verpflichtung verletzt - die Ausschreibung aber ungeachtet dieser Tatsache nicht angefochten wird -, gibt der Gerichtshof allerdings keine Antwort. Der vom EuGH auch in diesem Erkenntnis herangezogene und besonders betonte Grundsatz der Bietergleichbehandlung⁴⁴⁵ könnte einerseits darauf hindeuten, dass es Prinzipien für die Vergabe öffentlicher Aufträge gibt, denen er einen besonderen

Endkosten des Auftrags beziehen. Der EuGH betonte einleitend, dass die Auslegung dieser Begriffe Sache des nationalen Gerichts sei.

⁴⁴⁰ Dazu EuGH, 22.06.1993, Rs C-243/89, Rz 33.

⁴⁴¹ Dazu EuGH, 18.11.1999, Rs C-275/98, Rz 31.

⁴⁴² EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC), Rz 42.

⁴⁴³ Unter Verweis auf EuGH, 25.04.1996, Rs C-87/94 (Kommission/Belgien), Rz 54.

⁴⁴⁴ EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC), Rz 44.

⁴⁴⁵ EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC), Rz 40.

Stellenwert eingeräumt wissen möchte. In welcher Weise⁴⁴⁶ aber diese Grundsätze im österreichischen System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie der damit verbundenen Präklusionsfristen konkret ihren Niederschlag gegen die in der Folge ergehenden Auftraggeberentscheidungen finden, bleibt weiter offen.

Andererseits könnte aus diesem Urteil auch der Schluss gezogen werden, dass bei einem System von Präklusionsfristen, der Gleichbehandlungsgrundsatz und damit die Verpflichtung zur Transparenz "lediglich" eine für den durchschnittlich fachkundigen Bieter verständliche Ausschreibung verlangt. Wird diese ungeachtet eines in ihr enthaltenen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz von den Unternehmern nicht angefochten, ist eine auf dieser Ausschreibung beruhende Zuschlagsentscheidung nicht mit Rechtswidrigkeit belastet.⁴⁴⁷ Kann die in der Ausschreibung liegende Rechtswidrigkeit⁴⁴⁸ hingegen von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter unter Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht erkannt werden, kann ihm im Falle der darauf gestützten Anfechtung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht die Bestandskraft der Ausschreibung entgegen gehalten werden.

Gemeinschaftsrechtlich besteht nach Art 9 Abs 4 und Anhang IV der Richtlinie 93/36/EWG für einen in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallenden Auftrag die Verpflichtung, in der Bekanntmachung die Gesamtmenge oder den Gesamtumfang des Auftrags anzugeben.⁴⁴⁹ Für den Fall des Fehlens einer solchen Angabe muss dieses Fehlen "gemäß Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665 zum Gegenstand einer Nachprüfung gemacht werden können."⁴⁵⁰ Aus diesem Erkenntnis⁴⁵¹ erfließt nur die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine solche Nachprüfbarkeit der Ausschreibung zu gewährleisten. Im selben Erkenntnis hat der EuGH, wie gezeigt⁴⁵², auch die prinzipielle Zulässigkeit von Ausschlussfristen für Rechtsbehelfe bejaht. Problematisch im Hinblick auf die Ausschlussfrist war für den Gerichtshof, dass zu der Ausschreibung ein ausweichendes Verhalten des Auftraggebers hinzugekommen ist, durch

⁴⁴⁶ Dass diese Grundsätze das nationale Verfahren wesentlich beeinflussen ist nicht nur vor dem Hintergrund des § 19 BVergG 2006 unstrittig.

⁴⁴⁷ Den Auftraggeber trifft im Sinne dieses Urteils die Verpflichtung sich im weiteren Vergabeverfahren an seine Zuschlagskriterien zu halten; er muss also eine Auslegung wählen, die in der Ausschreibung ihre Deckung findet.

⁴⁴⁸ Nämlich die dem Auftraggeber einen unangemessenen Entscheidungsspielraum einräumende Ausschreibungsklausel.

⁴⁴⁹ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl), Rz 42.

⁴⁵⁰ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl), Rz 44.

⁴⁵¹ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl).

⁴⁵² Siehe dazu Kap IV/5.

welches dem Bieter vor dem Hintergrund der Existenz von Ausschlussfristen die Ausübung der, durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte übermäßig erschwert wurde.⁴⁵³

Ungeachtet der Schwierigkeit, aus Urteilen des EuGH Schlussfolgerungen für die Zukunft abzuleiten, kann aus diesem Erkenntnis jedenfalls nicht der Schluss gezogen werden, dass bereits eine mehrdeutige Ausschreibung gemeinschaftsrechtlich zu einer Durchbrechung der Bestandskraft zu führen hat, dass also dieser (Wurzel?)Mangel⁴⁵⁴ gegen die in der Folge ergehende Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden kann. Es sprechen gute Gründe für die Annahme, dass der EuGH dieses Faktum alleine⁴⁵⁵ zur Durchbrechung der Bestandskraft nicht genügen lassen wollte. Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH keine Tendenzen erkennbar wären, die zu einer gemeinschaftsrechtlich gebotenen Durchbrechung der Bestandskraft, im Falle von mehrdeutigen Ausschreibungsbestimmungen führen würden, sofern im Zusammenhang mit der Ausschreibung entsprechende Transparenz⁴⁵⁶ gewahrt wurde.

Anders als das BVA meint, kann daher aus dem Gemeinschaftsrecht aber nicht der Schluss gezogen werden, dass es Grundsätze⁴⁵⁷ gäbe, deren voraussichtliche - behauptete⁴⁵⁸ - Missachtung bereits eine Durchbrechung der Bestandskraft rechtfertigen würde. Der VwGH⁴⁵⁹ hat in einem obiter dictum in bezug auf das Beschwerdevorbringen, wonach die Ausschreibung diskriminierende oder von keinem Bieter erfüllbare Bedingungen enthalte, auf die im Beschwerdefall bestandsfest gewordene Ausschreibung⁴⁶⁰ verwiesen. Auch hinsichtlich der Festlegung von Auswahlkriterien in der Vergabebekanntmachung hat der Gerichtshof⁴⁶¹ auf die nach Ablauf der Anfechtungsfrist⁴⁶² eintretende Präklusion abgestellt - es ging in diesem

⁴⁵³ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl), Rz 61.

⁴⁵⁴ Vgl zu diesem Begriff Kap VII/1.

⁴⁵⁵ Also ohne Hinzutreten des ausweichenden Auftraggeberverhaltens.

⁴⁵⁶ Für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt muss die Mehrdeutigkeit der Ausschreibung also klar erkennbar gewesen sein.

⁴⁵⁷ Insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz.

⁴⁵⁸ Wie bereits eingangs dargestellt, ist keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu erkennen, wenn eine mehrdeutige bestandsfeste Ausschreibung in ihrem rechtlich möglichen Auslegungsrahmen vom Auftraggeber angewandt wird.

⁴⁵⁹ VwGH, 12.09.2007, 2005/04/0181.

⁴⁶⁰ Unter Bezugnahme auf VwGH, 01.03.2007, 2005/04/0239.

⁴⁶¹ VwGH, 01.03.2007, 2005/04/0239.

⁴⁶² Hier § 20 Abs 1 Z 3 lit a Wr Vergaberechtsschutzgesetz.

Erkenntnis unter anderem um den in der Vergabebekanntmachung genannten Schlusstermin⁴⁶³ für den Eingang der Teilnahmeanträge. Ebenso betonte der VwGH⁴⁶⁴ die Bestandskraft der Ausschreibung in einem Verfahren⁴⁶⁵, in dem auch die mangelnde objektive Nachvollziehbarkeit der Ausschreibung im Raum stand,⁴⁶⁶ wobei das gefundene Ergebnis insbesondere auch durch die vom Gerichtshof angeführte Judikatur des EuGH⁴⁶⁷ gestützt wird. Wenngleich in den genannten Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes nicht ausdrücklich auf die Frage der, eventuell mangelnden, objektiven Nachvollziehbarkeit Bezug genommen wird, so kann daraus dennoch die Tendenz ersehen werden, die Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidungen auf der Grundlage der Ausschreibung und nicht von einem abstrahierten Standpunkt aus, demzufolge offenbar nur dann von einer objektiv nachvollziehbaren Auftraggeberentscheidung gesprochen werden kann, wenn es sich um die einzige aufgrund der Ausschreibung vertretbare Entscheidung handelt, zu beurteilen.

Als Gegenthese könnte vertreten werden, dass eine Ausschreibung, die von vornherein dazu führen muss, dass jene Vergabegrundsätze, denen der EuGH zentrale Bedeutung beimisst, bei einer folgenden Vergabeentscheidung verletzt werden, jedenfalls in diesem Punkt nicht bestandsfest werden kann.⁴⁶⁸ Dies setzt aber voraus, dass es tatsächlich zu einer solchen Verletzung durch eine folgende Vergabeentscheidung kommen kann, was nicht nachvollziehbar dargetan wird. Fraglich ist, ob es sich dabei überhaupt um einen Anwendungsfall der Bestandskraft bzw ihrer Durchbrechung handeln würde, da in einem solchen Fall ja gerade - vereinfacht - nichts Konkretes bestandsfest geworden ist, dessen Bestandskraft in weiterer Folge durchbrochen werden müsste. In einem anderen Ansatz würde versucht werden, diese Grundsätze über das Vergabekontrollverfahren ins Spiel zu bringen. Das Gemeinschaftsrecht

⁴⁶³ Der laut Beschwerdevorbringen abweichend von § 52 Abs 5 Z 4 BVergG 2002 festgesetzt worden sei.

⁴⁶⁴ VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135.

⁴⁶⁵ Der UVS Tirol als belangte Behörde behob die Zuschlagsentscheidung mit der Begründung, dass die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Eignungs- und Zuschlagskriterien in keiner Weise den gesetzlichen Vorgaben entsprechen, was zur Folge habe, dass ein dem Gesetz entsprechender Zuschlag bzw eine dem Gesetz entsprechende Bestbieterermittlung nicht möglich sei, wobei die Auftraggeberin neben anderen auch die Offenlegung der Entscheidungsmatrix zur Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes unterlassen habe. Die Auftraggeberin werde daher die Ausschreibung widerrufen und eine Neuausschreibung vornehmen müssen.

⁴⁶⁶ Der VwGH hielt der Argumentation der belangten Behörde das sowohl im BVergG 2002 als auch im Tiroler VergabenachprüfungsG 2002 enthaltene System von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen entgegen, was zur Folge habe, dass eine bestandsfest gewordene Entscheidung des Auftraggebers auch nicht von der Vergabekontrollbehörde von Amts wegen aufgegriffen werden könne.

⁴⁶⁷ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 76 und 78.

⁴⁶⁸ So sind die einschlägigen Bescheide der Vergabekontrollbehörden zu verstehen.

würde demnach ein Recht auf Einhaltung dieser Grundsätze vermitteln, das auch in einem Vergabekontrollverfahren gemäß § 325 Abs 1 Z 1 iVm § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 geltend gemacht werden kann. Wie bereits angedeutet wurde und in der Folge noch näher erörtert wird,⁴⁶⁹ besitzt die objektive Nachvollziehbarkeit von Auftraggeberentscheidungen aber keine derartige selbständige, zur Nichtigklärung führende Bedeutung.

3.2. Verletzung der Vergabegrundsätze

Fink⁴⁷⁰ argumentiert, dass in Fällen, in denen eine reguläre⁴⁷¹ Verfahrensbeendigung trotz (oder gerade wegen) der eingetretenen Sanierung von Ausschreibungsfehlern nicht möglich sei, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei, wenn aufgrund von sanierten Ausschreibungsfehlern⁴⁷² "eine Ermittlung des Zuschlagsempfängers nur unter Verletzung der Vergabegrundsätze des § 21⁴⁷³ und hierbei insbesondere des Gleichbehandlungsgebotes⁴⁷⁴ möglich ist." Nach seiner Sicht könne die bestandskräftige Ausschreibung kein vergaberechtskonformes Zuschlagsverfahren gewährleisten, wobei der Endpunkt dieses Verfahrensabschnittes immer mit Rechtswidrigkeit behaftet sei.⁴⁷⁵ Unter Bezugnahme auf § 105 BVergG 2002 führt der Autor weiter aus, dass in einer solchen Konstellation, wo die Durchführung des Zuschlagsverfahrens die Verletzung der Vergabegrundsätze erfordere, ein nicht der Präklusion unterliegender zwingender Widerrufsgrund⁴⁷⁶ vorliege, wobei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung "im

⁴⁶⁹ Pkt 5.

⁴⁷⁰ Fink in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II, 118f.

⁴⁷¹ Der Begriff "regulär" scheint in diesem Zusammenhang klärungsbedürftig zu sein. Nach § 130 BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung zu erteilen. Sollten nun aufgrund der bestandsfesten Ausschreibung mehrere Entscheidungen plausibel sein, so ist nicht ersichtlich, weshalb hier eine reguläre - im Sinne einer rechtskonformen - Verfahrensbeendigung nicht möglich wäre. Die gegenteilige Auffassung vertritt zB auch *Hahnl*, RPA 2006, 118 (118f), die meint, dass das Vergabeverfahren mit einer Rechtswidrigkeit behaftet bleibt.

⁴⁷² Als Beispiel werden von ihm mehrdeutige Zuschlagskriterien, nicht aber die unzulässigerweise vermengten Eignungs- und Zuschlagskriterien genannt.

⁴⁷³ BVergG 2002.

⁴⁷⁴ In einer solchen Konstellation bedürfe die reguläre Verfahrensbeendigung eines willkürlichen Auftraggeberhandelns.

⁴⁷⁵ Fink in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II, 118.

⁴⁷⁶ Siehe dazu Kap VIII/3.

Unterbleiben der gebotenen vorzeitigen Beendigung des Vergabeverfahrens gesehen werden" kann.⁴⁷⁷

Problematisch erscheint an diesem Ansatz zum ersten, dass es keine gesetzliche Grundlage für die Annahme gibt, dass es dann zu einer Durchbrechung der Bestandskraft kommen soll, wenn die Ermittlung des Zuschlagsempfängers nur unter Verletzung von Vergabegrundsätzen möglich ist. Darüber hinaus ist, wie bereits dargestellt, fraglich, ob eine durch die Ausschreibung gedeckte Vorgehensweise des Auftraggebers tatsächlich die Vergabegrundsätze verletzen kann.

*Hackl*⁴⁷⁸ argumentiert, dass eine Ausnahme von der Bestandskraft im Falle von "schwammigen" Zuschlagskriterien, aufgrund welcher ein objektives Nachvollziehen der Zuschlagsentscheidung nicht möglich sei, bestehe.

Exkurs: Grundsätze des Vergabeverfahrens

Gleichbehandlungsgrundsatz

Aus dem Zweck des Gemeinschaftsrechts⁴⁷⁹ und dem Wesen der Richtlinie 71/305/EWG folgt nach der Rechtsprechung des EuGH eine Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter.⁴⁸⁰ Diese Verpflichtung zur Gleichbehandlung besteht sowohl in dem Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote durch die Bieter, als auch im Beurteilungszeitpunkt der Angebote durch den Auftraggeber.⁴⁸¹ In Art 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge⁴⁸² und in Art 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der

⁴⁷⁷ Fink in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II, 118.

⁴⁷⁸ ZVB 2008, 207 (209).

⁴⁷⁹ Dazu zum Beispiel EuGH, 03.10.2000, Rs C-380/98, Rz 16.

⁴⁸⁰ EuGH, 22.06.1993, Rs C-243/89 (Kommission/Dänemark), Rz 33.

⁴⁸¹ EuGH, 25.04.1996, Rs C-87/94 (Kommission/Belgien), Rz 54.

⁴⁸² ABI Nr L 134 vom 30.04.2004 S 0114 - 0240. Diese Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2005/75/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2005 zur Berichtigung der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABI Nr L 323 vom 09.12.2005 S 55-56, berichtigt.

Postdienste,⁴⁸³ ist dieser Grundsatz sekundärrechtlich ausdrücklich verankert. Im hier interessierenden Kern verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz während aller Phasen des Vergabeverfahrens Ungleichbehandlungen.⁴⁸⁴

§ 19 Abs 1 BVergG 2006⁴⁸⁵ normiert auf einfachgesetzlicher innerstaatlicher Ebene den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁴⁸⁶ Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter erfordert nach der Rechtsprechung des EuGH, dass die Vergabeentscheidung auf einem objektiven Vergleich der Angebote beruht.⁴⁸⁷

Transparenzgrundsatz

Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz bedingt eine Verpflichtung zur Transparenz,⁴⁸⁸ da andernfalls nicht geprüft werden kann, ob er tatsächlich eingehalten wurde.⁴⁸⁹

Ausdrücklich normiert ist dieser Grundsatz in Art 2 der Richtlinie 2004/18/EG und in Art 10 der Richtlinie 2004/17/EG. Der Transparenzgrundsatz dient der Steigerung der Objektivität der Vergabeverfahren und damit auch der Nachvollziehbarkeit derselben, beispielsweise im Wege von Informationspflichten, was letztlich auch wieder zu einer Steigerung der Nachvollziehbarkeit von Vergabeverfahren führt.⁴⁹⁰

Der EuGH betont allgemein, dass die Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge als Ziel verfolgen, zu verhindern, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.⁴⁹¹

⁴⁸³ ABI Nr L 134 vom 30.04.2004 S. 0001 - 0113.

⁴⁸⁴ Egger, Europäisches Vergaberecht, 213, der diesen Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes als verfahrensrechtlichen bezeichnet.

⁴⁸⁵ Früher § 21 Abs 1 BVergG 2002.

⁴⁸⁶ Dazu, dass die Auswahl der Bieter für das weitere Verfahren durch Los die einzige Möglichkeit darstellen kann, den Grundsatz der Gleichbehandlung zu wahren, vgl VwGH, 28.03.2008, 2005/04/0013.

⁴⁸⁷ EuGH, 22.06.1993, Rs C-243/89, Rz 37; EuGH, 26.04.1996, Rs C-87/94, Rz 70.

⁴⁸⁸ VwGH, 01.10.2008, 2004/04/0237 und 0238.

⁴⁸⁹ EuGH, 18.11.1999, Rs C-275/98 (Unitron Scandinavia), Rz 31.

⁴⁹⁰ Egger, Europäisches Vergaberecht, 214.

⁴⁹¹ EuGH, 10.04.2008, Rs C-393/06, Rz 37; EuGH, 13.12.2007, Rs C-337/06, Rz 36.

3.2.1. Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes?

Die Problematik besteht in der einleitend dargestellten Konstellation darin, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes - egal in welcher Auftraggeberhandlung man die Verletzung konkret erblicken mag - durch die Ausschreibung begründet würde und gleichsam automatisch die darauf beruhende Vergabeentscheidung mit Rechtswidrigkeit belasten würde. Mit anderen Worten infiziert die rechtswidrige Ausschreibung die weiteren, auf ihr aufbauenden Auftraggeberentscheidungen mit Rechtswidrigkeit, gleichwohl ihre Rechtswidrigkeit nach der Gesetzessystematik nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Aus den bereits mehrfach erwähnten Gesetzesmaterialien ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass fundamentale Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung durch Unterlassung der Anfechtung nicht heilen würden. Mit anderen Worten: Die Materialien zum BVergG 2002 liefern keine taugliche Grundlage für eine Reduktion des normierten Bestandskraftsystems. In der Lehre⁴⁹² wird vielmehr auf Grund des eindeutigen Wortlautes und der Chronologie der Materialien, wonach in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage noch von der Nicht-Sanierung der fundamentalen Rechtswidrigkeiten ausgegangen wurde, wohingegen sich diese Passage in den Erläuterungen zum Ausschussbericht nicht mehr findet, auf eine unumschränkte Präklusionswirkung geschlossen.⁴⁹³ Wörtlich heißt es dazu bei *Thienel*⁴⁹⁴: "Der Gesetzestext differenziert dabei in keiner Weise nach der Art der geltend gemachten Rechtswidrigkeit. Angesichts dieses Wortlautes des Gesetzes und der erwähnten Materialien liegt der Schluss nahe, dass nach der Intention des Gesetzgebers nach Ablauf der Anfechtungsfristen die Rechtswidrigkeit einer früheren Entscheidung eben nicht mehr geltend gemacht werden kann, gleichgültig, worin der Rechtsverstoß besteht; dies bedeutet insb - um beim Beispiel der RV zu bleiben - dass rechtswidrige Zuschlagskriterien durch Bekämpfung der Ausschreibung anzufechten sind, und nicht erst bei der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung." Um den Gehalt dieser Aussage zu verdeutlichen ist zu erwähnen, dass in der RV von einer - evident gemeinschaftsrechtswidrigen - Lokalpräferenzklausel ausgegangen wurde.

Es wird an dieser Stelle nicht verkannt, dass insbesondere auch die Vergabekontrollpraxis durch solch bestandskräftige - "objektiv gesehen" vermutlich

⁴⁹² *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 352f.

⁴⁹³ 1087 BlgNR 21. GP 20 und zum Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. GP.

⁴⁹⁴ *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 353.

rechtswidrige⁴⁹⁵ - Ausschreibungen vor schwierige Probleme gestellt wird. Gleichwohl rechtfertigt die mangelnde Elastizität⁴⁹⁶ einer Regelung nicht die Durchbrechung eines vom Gesetzgeber geschaffenen Systems. Die in Rede stehenden Regelungen über die Bestandskraft dienen insbesondere auch der Beschleunigung und Strukturierung des Vergabeverfahrens⁴⁹⁷ und sind damit letztlich auch auf einen wesentlichen vom Gemeinschaftsrecht verfolgten Zweck zurück zu führen.⁴⁹⁸ Würde man den auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gestützten Antrag eines Unternehmers auf Nichtigerklärung zulassen, liefe dies obendrein auf eine Verdoppelung des Rechtsschutzes hinaus,⁴⁹⁹ die insbesondere auch den dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben widerspräche. Zur Erinnerung: Es stehen hier nur jene Fälle im Blickpunkt, in denen die Ausschreibung unter Zugrundelegung eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt als Beurteilungsmaßstab mehrdeutig war.

3.3. Keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung

Im Allgemeinen und daher auch im Falle von mehrdeutigen Ausschreibungen hat die Vergabenachprüfungsbehörde anhand der dargestellten Methoden⁵⁰⁰ die Ausschreibung auszulegen und basierend darauf zu beurteilen, inwieweit die darauf fußenden Auftraggeberentscheidungen durch dieses Auslegungsergebnis gedeckt sind.⁵⁰¹ Kommt die Vergabekontrollbehörde zum Ergebnis, dass die Auslegung der Ausschreibung die konkret zu beurteilende Auftraggeberentscheidung nicht zu begründen vermag - zum Beispiel auch, weil der Auftraggeber den ursprünglich nach objektivem Verständnis eindeutigen

⁴⁹⁵ Die Kompetenz zu einer solch abschließenden Feststellung käme nur den kraft Gesetzes dazu berufenen Instanzen zu. Abgesehen davon, ist im Falle des Unterbleibens der Anfechtung der Ausschreibung nicht (mehr) von einer Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auszugehen.

⁴⁹⁶ *Fink* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II, 116. Es bedarf keiner näheren Erörterung, dass sich ein Normanwender durch das ausschließliche Rekurrieren auf die mangelnde Elastizität eines gesetzlich festgelegten Regimes sehr schnell auf dünnes Eis begibt. Grob gesagt, stellt ein solches Vorgehen, ohne tauglicher Begründung der eigenen Sichtweise eine schlichte Missachtung des Gesetzgebers und damit des parlamentarisch-demokratischen Systems (dazu auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 161) dar.

⁴⁹⁷ 1087 BlgNR 21. GP 20.

⁴⁹⁸ Vgl dazu EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 EuGH, (*Grossmann Air Service*), Rz 37 und Rz 42.

⁴⁹⁹ Wobei es in diesem Zusammenhang irrelevant ist, ob man die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der tatsächlichen gleichheitswidrigen Ausübung erblickt oder vielmehr in der Zuschlagsentscheidung, da es in beiden Fällen um dieselbe Rechtswidrigkeit geht, weil in beiden Konstellationen die Ursache der Rechtswidrigkeit in der bestandsfesten Ausschreibung zu finden ist.

⁵⁰⁰ Vgl das Kap III/5.

Ausschreibungsbestimmungen nachträglich einen anderen Erklärungswert zugesonnen hat -, handelt es sich um das Problem des nachträglichen Abgehens des Auftraggebers von den Ausschreibungserfordernissen.⁵⁰²

Das Problem der Relativierung der Bestandskraft stellt sich erst, wenn die Vergabekontrollbehörde aufgrund der Mehrdeutigkeit der Ausschreibung überhaupt nicht in der Lage ist, dieser einen *eindeutigen* Sinn⁵⁰³ beizumessen, sodass sowohl das vom Auftraggeber gefundene Ergebnis als auch das vom Nachprüfungswerber vertretene, plausibel und logisch nachvollziehbar ist.

Das BVA⁵⁰⁴ hat in seinem dargestellten Bescheid, wie anhand der Ausführungen zur Präklusion ersichtlich ist, den beurteilten Sachverhalt - auch - unter diese zweite Gruppe subsumiert.⁵⁰⁵

Insbesondere durch den Verweis auf seine bisherige Spruchpraxis⁵⁰⁶ wird ersichtlich, dass das BVA einerseits der Möglichkeit zur objektiven Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung und andererseits der Verletzung der Vergabegrundsätze⁵⁰⁷ eine besondere Bedeutung beimisst.

Zu beachten ist dabei aber, dass der Ursprung der Spruchpraxis zur Frage, wann Ausschreibungsbestimmungen rechtswidrig sind, in einem Regime zu sehen ist, das die Unterscheidung von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen nicht kannte. Die Übertragung dieser Spruchpraxis auf das heutige System erscheint daher grundsätzlich fragwürdig.

Der zuvor genannte durchschnittlich fachkundige Bieter wäre im Ausgangsfall in der Lage gewesen, die von ihm als rechtswidrig erkennbare Ausschreibung anzufechten, was er

⁵⁰¹ Zu dieser Systematik vgl zB UVS Steiermark, 17.06.2008, 443.20-1/2008-31 = ZVB 2008, 241 (241ff). In diesem Verfahren war unklar, welche EN-Norm der Auftraggeber in der Ausschreibung gemeint hat.

⁵⁰² In diesem Sinne ist der erste Teil des in Rede stehenden Bescheides des BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22, zu verstehen, wobei sich in diesem Fall das Problem der Umgehung der Bestandskraft nicht stellt.

⁵⁰³ Gemeint sind hier vor allem klare Anforderungen an das Angebot.

⁵⁰⁴ BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22.

⁵⁰⁵ Es sprach von in nicht objektiv transparenter Weise festgelegten Eignungskriterien, die dem Auftraggeber einen willkürlichen Interpretationsspielraum eröffneten und eine gerichtliche Überprüfbarkeit verunmöglichten.

⁵⁰⁶ BVA, 23.06.2003, 6N-41/03-15.

⁵⁰⁷ Ohne allerdings den Umfang und genauen Inhalt näher anzuführen.

aber, aus welchem Grund auch immer, nicht getan hat. Eine Ausschreibungsklausel, die für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht als "problematisch" erkennbar war, beispielsweise weil sie vom Auftraggeber entsprechend verschleiert wurde, vermag unter dem Blickwinkel der EuGH Judikatur⁵⁰⁸ keine Bezugnahme auf ihre Bestandskraft zu rechtfertigen. Vielmehr ist in einem solchen Fall die nationale Präklusionsvorschrift in diesem Punkt aufgrund des wechselhaften Auftraggeberverhaltens nicht anwendbar, mit der Konsequenz, dass der Bieter diese Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auch noch gegen die Zuschlagsentscheidung ins Treffen führen kann.

3.4. Fallbeispiel

Im Falle von mehrdeutigen Zuschlagskriterien⁵⁰⁹ in der bestandsfesten Ausschreibung stellt der für den Zuschlag nicht in Betracht gezogene Bieter einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung, indem er anführt, im Recht auf Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen verletzt zu sein. Es liege demnach eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, da nach seiner Auslegung der Ausschreibung er das beste Angebot gelegt hätte, sodass die Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten zu lauten gehabt hätte. Will die Vergabekontrollbehörde nun im Rahmen dieses Beschwerdepunktes prüfen, stößt sie auf das Problem einer, in Folge unterlassener Anfechtung bestandsfesten mehrdeutigen Ausschreibungsklausel.⁵¹⁰

Sie hat nun die Möglichkeit dem Nachprüfungswerber die Bestandskraft der Ausschreibung und die damit verbundene Unmöglichkeit, Rechtswidrigkeiten dieser Ausschreibung geltend zu machen, als Antwort zu geben, sofern die angefochtene Auftraggeberentscheidung in der Ausschreibung ihre Deckung findet.⁵¹¹

⁵⁰⁸ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA); EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC).

⁵⁰⁹ Beispielsweise sei - wie im Eingangsskizzierten EuGH-Urteil - von der Sachverhaltskonstellation auszugehen, dass Streit darüber besteht, ob sich "Preis" und "Kosten" auf den Gesamtpreis des Angebots oder die Endkosten des Auftrags beziehen.

⁵¹⁰ Im hier angenommenen Sachverhalt geht es um Ausschreibungen, die mehr als eine objektiv nachvollziehbare, plausible Auftraggeberentscheidung ermöglichen.

⁵¹¹ Inwieweit dies gemeinschaftsrechtskonform ist, hängt von der Frage ab, ob den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen bereits durch die Möglichkeit der Ausschreibungsanfechtung - natürlich nur sofern diese auch entsprechend transparent gestaltet war - gegeben ist, oder ob diese Verpflichtungen darüber hinaus gehen. Vgl dazu Kap IV/4.

Die zweite Möglichkeit wäre, dass die Vergabekontrolleinrichtung unter Verweis auf die mangelnde ordnungsgemäße objektive Nachprüfbarkeit der Auftraggeberentscheidungen⁵¹² die angefochtene Entscheidung mit der Begründung für nichtig erklärt, dass sie aufgrund einer, in der bestandsfesten Ausschreibung enthaltenen mehrdeutigen Klausel nicht in der Lage ist, diese behauptete Rechtsverletzung zu prüfen. Ein Argumentationsmuster wäre, davon auszugehen, dass die Behörde aufgrund der Mehrdeutigkeit außer Stande ist, ihrer gesetzlich auferlegten Verpflichtung nachzukommen und zu prüfen, ob das vom Antragsteller geltend gemachte Recht, das dann irgendein dem Antragsteller zustehendes subjektives Recht sein kann,⁵¹³ tatsächlich verletzt wurde.

3.4.1. Besitzt die (fehlende) objektive Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung durch die Vergabekontrollbehörde eine das System der Präklusion relativierende Bedeutung?

Das BVA⁵¹⁴ geht mit Zustimmung in der Literatur⁵¹⁵ davon aus, dass die Unmöglichkeit der Überprüfbarkeit der Auftraggeberentscheidung, diese mit Rechtswidrigkeit belaste, auch wenn die Ursache dieser Unmöglichkeit in der Mehrdeutigkeit einer bestandsfesten Ausschreibung zu finden ist.⁵¹⁶

Es gilt daher zunächst zu überprüfen, was konkret unter objektiv nachvollziehbarer plausibler Bestbieterermittlung zu verstehen ist. Diese vorderhand die Sachlage unnötig verkomplizierende Frage besitzt durchaus Berechtigung, da die einleitend angeführten Meinungen von einer objektiv nachvollziehbaren und daher rechtmäßigen Auftraggeberentscheidung ausgehen bzw diese verlangen. Ist daher dieses Prinzip bereits dann verletzt, wenn die Ausschreibung dem Auftraggeber mehrere Handlungsoptionen eröffnet?

⁵¹² Vgl dazu Kap VI.

⁵¹³ Im Regelfall wohl das Recht auf Zuschlagsentscheidung.

⁵¹⁴ BVA, 23.06.2003, 6N-41/03-15 = RPA 2003, 292 (292ff); BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22, N/0063-BVA/12/2006-19.

⁵¹⁵ ZB RPA 2003, 292 (292ff); mit Glosse *Hofer* und ZVB 2008, 207 (209); mit Glosse *Hackl*.

⁵¹⁶ Dabei ist das Verhältnis zum Gleichbehandlungsgrundsatz nicht ersichtlich. Wird dieser Grundsatz, wie das BVA meint, bereits durch die fehlende objektive Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung verletzt? Als Gegenthese dazu lässt sich vertreten, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz durch die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung gewahrt wird und der Bieter (genauer: alle Bieter) im Falle der Nichtanfechtung einer mehrdeutigen Ausschreibung sich mit einer eingeschränkt transparenten Auftraggeberentscheidung zufrieden gibt.

3.4.2. Besteht ein Recht auf objektive Nachvollziehbarkeit bzw eine Berechtigung/Verpflichtung der Nachprüfungsbehörden, eine Auftraggeberentscheidung wegen mangelnder objektiver Nachvollziehbarkeit aufzuheben?

Im Zusammenhang mit den §§ 123 und 128 BVergG 2006 wird beispielsweise argumentiert, dass die Entscheidungsfindung des Auftraggebers hinsichtlich der angefochtenen Zuschlagsentscheidung "noch nicht nachprüfbar" sei.⁵¹⁷ Konkret nahm das BVA Anstoß daran, dass ungeachtet des Vorliegens von Indizien, der Auftraggeber es zu prüfen unterlassen habe, ob das Angebot der Mitbeteiligten gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen wäre, wobei das BVA betonte, keine Kompetenz zur Substituierung von Auftraggeberhandlungen zu besitzen.⁵¹⁸

Die Vergabekontrollbehörde nimmt in manchen Konstellationen sinngemäß eine Verletzung von Verfahrensvorschriften im Sinne des § 42 Abs 2 Z 3 lit b oder c VwGG - jedenfalls gedanklich - zum Anlass ihrer Nichtigerklärung.

Daran verwundert zum einen, dass der Auftraggeber kein Verwaltungsverfahren durchführt, indem er, wie eine Behörde, Verfahrensvorschriften verletzen kann.

Zum anderen existiert im BVergG 2006 keine § 42 Abs 2 Z 3 lit b oder c VwGG korrespondierende Norm, die dem BVA eine derartige Befugnis zur Nichtigerklärung einräumen würde.⁵¹⁹

Die Vergabekontrollbehörden kommen aufgrund der gesetzlichen (Nicht-)Regelung in die psychologisch - bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar - schwierige Situation, eine Auftraggeberentscheidung nicht bis in jedes Detail überprüfen zu können. Gleichwohl rechtfertigt dies nicht die Annahme eines gesetzlich nicht festgelegten Nichtigerklärungstatbestandes.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass jedenfalls nicht jede Rechtswidrigkeit, die gegen die Ausschreibung erfolgreich geltend gemacht werden könnte, auch die Rechtswidrigkeit einer späteren Auftraggeberentscheidung nach sich zu ziehen vermag. Andernfalls wäre die vom Gesetzgeber offenbar intendierte Unterteilung in Verfahrensabschnitte in denen - aber

⁵¹⁷ BVA, 16.04.2008, N/0028-BVA/08/2008-81.

⁵¹⁸ BVA, 16.04.2008, N/0028-BVA/08/2008-81.

⁵¹⁹ Wie das Fehlen einer solchen Kompetenz aus rechtspolitischen Gründen zu beurteilen ist, wird an dieser Stelle nicht untersucht.

gleichzeitig auch nur in denen - der Bieter die Möglichkeit besitzt, wahrgenommene Rechtswidrigkeiten anzufechten, ad absurdum geführt, da dies wieder zu einer Verdoppelung des Rechtsschutzes führen würde.⁵²⁰ Darüber hinaus würde es der gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung nach rascher Durchführung des Vergabeverfahrens widersprechen.⁵²¹ Der Gesetzgeber räumt den Vergabekontrollbehörden daher nicht das Recht ein, eine Auftraggeberentscheidung darauf zu prüfen, ob diese die einzig nachvollziehbare und daher zulässige ist.

3.4.3. § 130 Abs 2 BVergG 2006 oder die Bedeutung der objektiven Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung

Aus § 130 Abs 2 BVergG 2006 folgt die Verpflichtung des Auftraggebers, die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Bei dieser Verpflichtung zur eingehenden verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um einen Ausfluss des Gebotes der objektiven Nachvollziehbarkeit der Bewertung, wobei eine unzureichende Begründung die gerichtliche Kontrolle der Zuschlagsentscheidung verhindert.⁵²² Eine solche Zuschlagsentscheidung sei bereits deshalb rechtswidrig und für nichtig zu erklären, da eine nicht objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung insofern von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei einer neuerlichen Bestbieterermittlung ein anderer Bieter für die Möglichkeit des Zuschlages in Betracht kommen würde.⁵²³

Basierend auf diesem Gedanken könnte argumentiert werden, dass die in § 130 Abs 2 BVergG 2006 getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten der Überprüfbarkeit von Zuschlagsentscheidungen als allgemeiner Grundsatz des Vergabeverfahrens anzusehen ist. Im Rahmen einer systematischen Interpretation wäre dieser Umstand als mögliches Argument für eine Reduktion zu beachten. Dagegen kann allerdings erfolgreich geltend gemacht werden, dass die in Rede stehende Norm lediglich als Befehl an den Auftraggeber zu verstehen ist, die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Daraus kann aber jedenfalls

⁵²⁰ Vgl zum Gedanken der Verdoppelung des Rechtsschutzes BVA, 10.08.2007, 17F-4/05-26; sowie die Ausführungen in Kap IV/2.4.

⁵²¹ So auch EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service).

⁵²² Aicher in Schramm et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 99, Rz 15.

⁵²³ Vgl zum Abstellen auf die logische Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung VKS 09.10.2000, S 454/00 = ZVB 2002, 109 (109).

nicht abgeleitet werden, dass es nach der Vorstellung des Gesetzgebers immer nur eine mögliche richtige Entscheidung geben darf.

Generalanwalt *Alber* verlangte in seinem Schlussantrag⁵²⁴ die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers. Aus Art 8 Abs 3 der Richtlinie 93/37/EWG⁵²⁵ folge demnach die Verpflichtung des Auftraggebers, einen Vergabevermerk zu verfassen, der die Gründe einerseits für die Auswahl eines Bieters und andererseits jene für die Ablehnung der anderen Bieter enthalte, da auf diese Weise die gerichtliche Überprüfbarkeit der Auftraggeberentscheidung und damit auch der zuvor nicht bekannt gegebenen Bewertungskriterien gewährleistet sei.⁵²⁶

Fraglich ist, ob aus diesen Ausführungen etwas hinsichtlich der hier interessierenden Frage des Vorliegens mehrdeutiger Ausschreibungen und darauf beruhend der objektiven Nachvollziehbarkeit von Auftraggeberentscheidungen zu gewinnen ist. Besteht schon deshalb ein subjektives Recht des Bieters auf Nachprüfung und damit auf eine objektive Nachvollziehbarkeit? Besteht eine besondere gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung für die Vergabekontrollbehörde die Auftraggeberentscheidungen vollumfänglich nachzuprüfen?

Es wäre überschüssend, eine solche Schlussfolgerung aus dem genannten Schlussantrag abzuleiten, da aus diesem nur die Verpflichtung des Auftraggebers ableitbar ist, eine begründete Entscheidung zu treffen. Als Beurteilungsmaßstab kann dafür jedenfalls auch eine mehrdeutige Ausschreibung dienen.

Exkurs

Es wird in der Folge versucht, anhand von ausgewählten Bescheiden der Vergabekontrollbehörden zu prüfen, ob die mangelnde (auch Nicht-)Begründung von Auftraggeberentscheidungen den Fällen gleichzuhalten ist, in denen *eine*⁵²⁷ Begründung aufgrund der Mehrdeutigkeit der Ausschreibung gar nicht zu erwarten bzw möglich war, wobei insbesondere der Grund für eine eventuelle Nichtigklärung der Auftraggeberentscheidung untersucht werden soll.

⁵²⁴ Schlussantrag vom 08.11.2001 von GA *Alber* in der Rs C-470/99.

⁵²⁵ Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

⁵²⁶ Schlussantrag vom 08.11.2001 von GA *Alber* in der Rs C-470/99.

In einem Verfahren argumentierte das BVA, dass es die von der Auftraggeberin vergebenen Punkte weder hinsichtlich des Kriteriums "Qualität" noch hinsichtlich des Kriteriums "Preis" nachvollziehen könne.⁵²⁸ Unter Bezugnahme auf die §§ 95 Abs 1 und 99 Abs 2 BVergG 2002 führte das BVA aus, dass aus den Akten keine Niederschrift im Sinne der vorzitierten Bestimmungen zu ersehen sei, sodass die Beweggründe der Auftraggeberin für die punktemäßige Bewertung der Angebote für das BVA nicht nachvollziehbar seien, sodass die getroffene Zuschlagsentscheidung keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung darstelle.⁵²⁹ Diese Rechtswidrigkeit sei gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, "da in einer neuerlichen Bestbieterermittlung nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Angebot eines anderen Bieters (und damit auch das Angebot der Antragstellerin) für den Zuschlag in Betracht kommt."⁵³⁰

In weiteren Bescheiden⁵³¹ sprach das BVA unter Bezugnahme auf den EuGH⁵³² aus, dass das Gleichbehandlungsgebot eine Verpflichtung zur Transparenz voraussetze, da andernfalls nicht geprüft werden könne, ob es beachtet worden sei. Im Vergabeverfahren komme dem Transparenzgebot insbesondere in der Wahl des Angebotes für den Zuschlag eine elementare Bedeutung zu, da die Entscheidung der Auftraggeberin aus welchen Gründen sie einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein müsse.⁵³³ Für das BVA sei nicht ersichtlich gewesen und durch den Auftraggeber nicht dokumentiert, weshalb die gewählten Subkriterien auf- bzw abgewertet worden seien, was zur Folge habe, dass die Bestbieterermittlung nicht objektiv nachvollziehbar sei.⁵³⁴ Das BVA lässt es bei dem dargestellten Ergebnis auch dahinstehen, ob aufgrund der bestandsfesten Ausschreibung überhaupt eine rechtmäßige Bewertung insbesondere unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze möglich gewesen sei.

⁵²⁷ Gemeint ist hier, dass es aufgrund der Ausschreibung tatsächlich eine und nur eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung gibt.

⁵²⁸ BVA, 16.02.2004, 05N-150/03-26.

⁵²⁹ ZB BVA, 16.02.2004, 05N-150/03-26; BVA, 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038.

⁵³⁰ BVA, 16.02.2004, 05N-150/03-26.

⁵³¹ ZB BVA, 18.08.2003, 10N-60/03-26.

⁵³² EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC), Rz 41.

⁵³³ BVA, 18.08.2003, 10N-60/03-26 und auch BVA, 15.02.2002, N-134/01.

⁵³⁴ BVA, 18.08.2003, 10N-60/03-26.

Ganz auf dieser Linie argumentierte das BVA auch im Verfahren N-134/01-37⁵³⁵ als es eine Zuschlagsentscheidung schon deshalb für nichtig erklärte, weil die vom Auftraggeber durchgeführte Bewertung der Angebote und damit auch die darauf beruhende Zuschlagsentscheidung, keine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung gewährleisteten, was auch - bereits - für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei,⁵³⁶ da - schon aus diesem Grund - in einer neuerlichen Bestbieterermittlung nicht ausgeschlossen werden könne, dass ein anderer Bieter für die Möglichkeit des Zuschlags in Betracht kommen würde.⁵³⁷ In diesem Verfahren hat der Auftraggeber zwar die für die Bestbieterermittlung herangezogenen Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen klar benannt, er hat aber in weiterer Folge zumindest bei dem entscheidungsrelevanten Zuschlagskriterium "Qualität",⁵³⁸ ausschließlich durch punktemäßige Gewichtung, ohne dass die Gründe dafür und der daraus resultierenden Bestbieterermittlung verbal dargestellt worden wären, bewertet.⁵³⁹

Das BVA argumentiert, dass § 50 Abs 2 [wohl: Abs 1] iVm § 53 2. Satz BVergG 1997 eine objektiv nachvollziehbare Beurteilung der Angebote bzw der Gründe für die Vergabeentscheidung des Auftraggebers verlangen.⁵⁴⁰

Würdigung

An diesem Bescheid überrascht die Annahme des BVA, dass offenbar bereits die mangelnde objektive Nachvollziehbarkeit der Bestbieterermittlung als solche zur Rechtswidrigkeit des Verfahrens führt, ohne dass dabei die Relevanz des Verfahrensfehlers ausdrücklich geprüft würde.⁵⁴¹ Nach den Materialien⁵⁴² soll es nur dann zu dem vom BVA gefundenen Ergebnis kommen, wenn bei rechtmäßigem Vorgehen ein anderer Bieter den Auftrag erhalten würde, was von der Vergabekontrollbehörde nicht näher geprüft wurde.

⁵³⁵ BVA, 15.02.2002, N-134/01-37 = RPA 2002, 96 (96ff) und ZVB 2002, 135 (135f).

⁵³⁶ Unter Bezugnahme auf § 117 Abs 2 Z 1 BVergG 1997.

⁵³⁷ BVA, 15.02.2002, N-134/01-37 = RPA 2002, 96 (96ff) und ZVB 2002, 135 (135f).

⁵³⁸ Vgl dazu RPA 2002, 96 (96ff).

⁵³⁹ BVA, 15.02.2002, N-134/01-37 = RPA 2002, 96 (96ff) und ZVB 2002, 135 (135f).

⁵⁴⁰ BVA, 15.02.2002, N-134/01-37 = RPA 2002, 96 (96ff) und ZVB 2002, 135 (135f).

⁵⁴¹ Das BVA verwies zwar auch auf Auffassungsunterschiede der Juristen, ging aber auf die Frage der Relevanz nicht näher ein.

⁵⁴² 972 BlgNR 18. GP 69.

*Latzenhofer*⁵⁴³ argumentiert, dass diese Sichtweise mit dem System der Einrichtung der Kontrollbehörde als Nachprüfungsinstanz und nicht als Instanz, die an Stelle des Auftraggebers entscheide, im Falle eines "rechtlich" noch unvollständigen Vergabeverfahrens, bei dem zum Beispiel die Vornahme einer nachvollziehbaren Bewertung fehle, in Widerspruch stehe. Unter Bezugnahme auf den Gesichtspunkt der Raschheit des Vergaberechtsschutzes verweist er auf die - unorthodoxe - Möglichkeit, dass der Auftraggeber als Teil des Ermittlungsverfahrens die fehlenden Handlungen nachhole.

3.4.4. Schlussfolgerung

Auch die besprochenen Bescheide vermögen keine Berechtigung der Vergabekontrollbehörden zur Nichtigklärung von Auftraggeberentscheidungen, die auf mehrdeutigen bestandsfesten Ausschreibungen beruhen, zu begründen. In den hier in Rede stehenden Konstellationen ist die vom Auftraggeber getroffene Entscheidung basierend auf der Ausschreibung objektiv nachvollziehbar. Der dafür alleine maßgebende Beurteilungsmaßstab ist die, mehr als eine richtige Festlegung zulassende, Ausschreibung, in der die gefundenen Entscheidungen Deckung zu finden haben. Davon unterscheiden sich die soeben besprochenen Bescheide insofern, als die verfahrensgegenständlichen Auftraggeberentscheidungen nicht begründet waren.

Der Reiz der Vorgehensweise, Auftraggeberentscheidungen wegen mangelnder objektiver Nachvollziehbarkeit für nichtig zu erklären, liegt meines Erachtens auf der Hand:

Den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen wäre - auf den ersten Blick jedenfalls - Genüge getan, ohne dass es dazu einer Aufbrechung oder Relativierung der Bestandskraft bedürfte, deren mögliches Ausmaß bzw Ausdehnung nicht ersichtlich ist. An dieser Sicht erscheint - ebenfalls auf den ersten Blick - sympathisch, dass diese vor allem auch gravierende Rechtsverstöße in der Ausschreibung aufzufangen vermöchte, sodass die Wahrscheinlichkeit am Ende des Vergabeverfahrens eine rechtsrichtige den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen verpflichtete Entscheidung vorzufinden, wesentlich erhöht würde. Im übrigen fügt sich dieses Ergebnis in die Nachprüfungskompetenz der Vergabekontrollbehörden, die dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachgebildet ist, entsprechend systemwährend ein.

Die soeben skizzierte Lösung weist, neben ihrer mangelnden gesetzlichen Deckung nicht unwesentliche Mängel auf: Die zuvor wiedergegebene Spruchpraxis vermag keinen

⁵⁴³ *Latzenhofer*, ZVB 2002, 135 (136).

Anhaltspunkt dafür zu liefern, dass den Vergabekontrollbehörden in den hier interessierenden Fällen gesetzlich die Kompetenz zur Nichtigerklärung wegen mangelnder Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung zukäme. Zu beachten ist dabei, dass weder versucht wurde, durch geeignete Annahmen zu einer Reduktion der Präklusion zu gelangen, noch die Ursache für diese Spruchpraxis in gesetzlichen Verpflichtungen der Vergabekontrollbehörden gefunden werden konnte.

Letztlich würde diese Sichtweise der Vergabekontrolle ein Instrument in die Hand geben, um die offenbar wenig geschätzte Bestandskraft beinahe beliebig zu beseitigen, da ein großer Bereich von Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung im Ergebnis auch eine Verletzung der Vergabegrundsätze im weiteren Verfahren zur Folge haben werden. Dies hätte die Ausschaltung eines vom Gesetzgeber intendierten Systems begründungslos durch die Vergabekontrollbehörden zur Folge. Dasselbe gilt auch für die Annahme, die Rechtswidrigkeit in der gemeinschaftsrechtswidrigen (gegen die Vergabegrundsätze verstoßenden) Ausübung durch den Auftraggeber zu erblicken,⁵⁴⁴ da es sich dabei nur um die Ausübung der in der Ausschreibung - vielleicht auch rechtswidrigerweise - eingeräumten Kompetenz handelt.

In ihrer Allgemeinheit kann daher den von den Vergabekontrollbehörden gefundenen Wegen zur Umgehung der Bestandskraft⁵⁴⁵ nicht zugestimmt werden. Es bleibt bei diesen Lösungen auch fraglich, was als Maßstab für die Vergaberechtskonformität dienen soll, lediglich das Gesetz, wovon diese Sichtweise offenbar ausgeht oder auch die Ausschreibung, so wie das Gesetz nach der hier vertretenen Lesart zu verstehen ist. Es ist anzumerken, dass gerade ein System der Bestandskraft es mit sich bringt, dass am Ende ein Ergebnis stehen kann, das - gleichsam von einem "objektiven Standpunkt"⁵⁴⁶ - nicht den "Buchstaben" des Gesetzes entspricht, das aber trotzdem rechtmäßig zu Stande gekommen ist. Zu Recht wird in der Literatur⁵⁴⁷ zum Entwurf für das BVergG 2006 darauf verwiesen, dass aus der Tatsache der Nichtbeachtung von mit der Bestandskraft einhergehenden Problemen⁵⁴⁸ der Schluss gezogen

⁵⁴⁴ Thienel in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 355f.

⁵⁴⁵ Sowohl im Wege der Annahme einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als auch wegen mangelnder objektiver Nachvollziehbarkeit von Auftraggeberentscheidungen.

⁵⁴⁶ Damit sind die Konstellationen gemeint, in denen eine Zuschlagsentscheidung aufgrund einer Ausschreibung ergeht, die, wäre sie angefochten worden, nicht Bestand gehabt hätte.

⁵⁴⁷ Hoffer/Barbist/Innerhofer in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006, 287.

⁵⁴⁸ ZB Wurzelmangel.

werden kann, dass der Gesetzgeber eine Durchbrechung der Bestandskraft bewusst ausgeschlossen hat.⁵⁴⁹

In Rechtsmitteln⁵⁵⁰ - im Regelfall gegen eine Zuschlagsentscheidung wegen behaupteter Rechtswidrigkeit der Ausschreibung - findet sich häufig als Einwand gegen die Präklusion, dass der Bieter zum Zeitpunkt des Fristenlaufes für die Anfechtung der Ausschreibung noch nicht wissen konnte, dass der Auftraggeber tatsächlich von dieser rechtswidrigen Bestimmung Gebrauch machen werde. Der VwGH⁵⁵¹ begegnet diesem Argument zutreffend damit, dass die Normierung von Fristen für Nachprüfungsanträge hinsichtlich der Ausschreibung sinnlos wäre, wenn sich der Bieter regelmäßig auf das Vertrauen berufen könnte, der Auftraggeber werde die rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung ohnehin nicht anwenden.⁵⁵²

Sofern die Ausschreibung daher für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt als mehrdeutig erkennbar war, er sich aber darauf verlässt, dass sie in seinem Verständnis ausgelegt wird, ist fraglich, weshalb ein solch fahrlässig agierender Bieter auch vor der gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung, rasche Vergabeverfahren durchzuführen, schutzwürdig ist.⁵⁵³ Da die Ausschreibung vom Unternehmer nicht angefochten wurde, hat er auch, im Sinne der VwGH-Judikatur, die entsprechende Konsequenz, nämlich mehr als eine objektiv nachvollziehbare plausible Auftraggeberentscheidung hinzunehmen.

War die Ausschreibung allerdings in einer Weise formuliert, dass ein Bieter mit durchschnittlich erwartbarer Sorgfalt dies nicht erkennen konnte, ist dieses Auftraggeberverhalten angetan, dem Bieter die Wahrnehmung seiner gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte zu verunmöglichen oder wesentlich zu erschweren,⁵⁵⁴ sodass die Präklusionsfrist unangewendet zu bleiben hat.

⁵⁴⁹ Es soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, dass die Autoren die gesetzgeberische Untätigkeit auch dahin deuten, dass der Gesetzgeber die in der Spruchpraxis und Rechtsprechung aufgestellten Prinzipien weiter angewandt sehen möchte.

⁵⁵⁰ VwGH, 15.09.2004, 2004/04/0054. In diesem Verfahren behielt sich der Auftraggeber - nach Sicht des Nachprüfungswerbers gemäß § 59 Abs 3 BVergG 2002 rechtswidriger Weise - in der Ausschreibung die Möglichkeit der Teilvergabe vor.

⁵⁵¹ VwGH, 15.09.2004, 2004/04/0054 und VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135.

⁵⁵² Dieses Ergebnis muss aufgrund der Judikatur des EuGH nur dann hinterfragt werden, wenn der Auftraggeber zusätzlich ein wechselhaftes Verhalten setzt.

⁵⁵³ Vgl dazu bisher Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665/EWG; EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 EuGH, (Grossmann Air Service).

⁵⁵⁴ Vgl dazu EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

4. Résumé

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass auch das Gemeinschaftsrecht - lediglich - die Möglichkeit der Anfechtung einer Ausschreibung verlangt, Ausschlussfristen an sich für zulässig erachtet und bislang keine "Rechtswidrigkeit" einer Ausschreibung als so fundamental eingestuft hat, dass sie nicht bestandskraftfähig wäre. Durch die Nichtanfechtung einer mehrdeutigen Ausschreibung ohne Versuch, Aufklärung über den genauen Aussagewert zu erlangen, unterwirft sich der Bieter, in der Bandbreite möglicher Interpretationen, somit auch der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers.

Ganz in diesem Sinne hat auch der VwGH⁵⁵⁵ auf die bereits bestandskräftige Aufforderung zur Angebotsabgabe verwiesen, in der als Bewertungsmodalität keine verbale Begründung der Kommissionsentscheidung hinsichtlich einzelner Subkriterien verlangt wird.⁵⁵⁶ Durch den Verweis auf die bestandskräftige Ausschreibung hat der VwGH auch klargestellt, dass die Vergabekontrollbehörden die objektive Nachvollziehbarkeit angefochtener Auftraggeberentscheidungen auf der Grundlage der bestandskräftigen Ausschreibung zu prüfen haben.⁵⁵⁷ Agiert der Auftraggeber im Rahmen dieser Ausschreibung, kann also der von den Vergabekontrollbehörden so gerne angezogene Transparenzgrundsatz nicht mehr die Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidung und damit die Relativierung⁵⁵⁸ der Bestandskraft rechtfertigen. Die objektive Nachvollziehbarkeit einer Auftraggeberentscheidung besitzt demnach keine abstrakte selbständige Grundlage zur Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidungen.

Bei diesem Ergebnis handelt es sich auch nicht um Willkür, die der Auftraggeber üben darf, sondern vielmehr um einen ihm von den Bietern zugestandenen Handlungsspielraum. Überschreitet er diesen, stellt dieses Verhalten ein nachträgliches Abweichen von den in der Ausschreibung normierten Bedingungen dar, was die Nichtigerklärung der Entscheidung zur Folge hat.

⁵⁵⁵ VwGH, 19.11.2008, 2007/04/0018 und 0019.

⁵⁵⁶ Das BVA, 19.10.2006, N/0091-BVA/10/2006-038, bekräftigte im zu Grunde liegenden Bescheid die bisherige Spruchpraxis, wonach die bloß auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne eine detaillierte verbale Begründung mit §§ 95 Abs 1 und 99 Abs 2 BVergG 2002 nicht vereinbar sei. Wie auch schon in der bisherigen Spruchpraxis hob das BVA insbesondere die mangelnde Nachvollziehbarkeit der Zuschlagsentscheidung und die Verpflichtung zur Transparenz hervor.

⁵⁵⁷ In diesem Sinne auch BVA, 03.05.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; BVA, 22.06.2005, 03N-35/05-26; BVA, 07.03.2005, 07N-3/05-20.

⁵⁵⁸ Auf die euphemistische Struktur dieses Begriffes wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

Der Vorteil dieses Ergebnisses besteht darin, dass es sich am Gemeinschaftsrecht⁵⁵⁹ orientiert, dabei die vom nationalen Gesetzgeber geschaffene Systematik berücksichtigt und sie nicht willkürlich beseitigt.

Der Nachteil liegt ebenso auf der Hand:

Unternehmer werden verpflichtet, die häufig sehr umfangreich gestalteten Ausschreibungen⁵⁶⁰ sorgfältig auf Ungenauigkeiten hin zu untersuchen und gegebenenfalls Aufklärung beim Auftraggeber zu suchen. Sollte dies fruchtlos bleiben, wären sie gehalten - um dem Auftraggeber nicht einen eventuell weiten Beurteilungsspielraum zu überlassen - den ungeliebten Weg der Anfechtung der Ausschreibung anzutreten.

⁵⁵⁹ Insbesondere EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service); EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG) aber auch EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

⁵⁶⁰ Dabei handelt es aber nicht um eine überschüssende Anforderung an Unternehmer, da sie ohne genaues Studium der Ausschreibung ohnedies nicht in der Lage wären, beurteilen zu können, ob sie überhaupt ein taugliches Angebot legen können und wollen.

VII. WEITERE THEORIEN VON DER DURCHBRECHUNG DER BESTANDSKRAFT

1. Der Wurzelmangel

1.1. Begriff

Unter einem Wurzelmangel⁵⁶¹ werden grundlegende Ausschreibungsmängel verstanden. Dieser Begriff taucht immer dann auf, wenn versucht wird, eine Grundlage für die Annahme der Durchbrechung der Bestandskraft zu finden, sodass reflexartig im Zusammenhang mit dem Wurzelmangel auch regelmäßig Bezug auf die EB zur Regierungsvorlage⁵⁶² genommen wird, wo es heißt: "Der Klarstellung halber ist folgendes auszuführen: in dem soeben dargestellten gesetzlichen System von gesondert anfechtbaren Entscheidungen und Präklusionsfristen tritt eine Sanierung hinsichtlich jener (fundamentalen) Rechtswidrigkeiten nicht ein, die das gesamte Verfahren (dh. alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten. Wird daher in die Ausschreibung etwa eine Lokalpräferenzklausel aufgenommen, so ist nicht nur die Ausschreibung sondern etwa auch die Zuschlagsentscheidung (aus diesem Grund) bekämpfbar."

In der Literatur⁵⁶³ wird zum Teil angeführt, dass eine Sanierung von fundamentalen Gemeinschaftsrechtsverstößen nicht dem Grundsatz der effektiven Durchsetzbarkeit des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts entspricht. Interessant erscheint dabei vor allem die Argumentationsstruktur, bei der nämlich darauf hingewiesen wird, dass weder im BVergG⁵⁶⁴ noch in den Landesvergaberechtsschutzgesetzen eine Regelung enthalten sei, aus der geschlossen werden könne, ob die Anfechtungsfristen Präklusivfristen seien, welche eine endgültige Geltendmachung von eingetretenen Rechtswidrigkeiten verunmöglichen oder ob Wurzelmängel noch in weiterer Folge (nach Bestandskraft) releviert werden könnten.⁵⁶⁵ Diese Argumentation verfängt nicht, da das gesetzliche System der Präklusivfristen - gerade in Ermangelung einer Ausnahmeregelung - grundsätzlich jedenfalls im Zweifel die Vermutung für

⁵⁶¹ R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 583 f.

⁵⁶² 1087 BlgNR 21. GP 20.

⁵⁶³ Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004), 82f.

⁵⁶⁴ Dies bezog sich auf das BVergG 2006.

⁵⁶⁵ Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004), 82f.

sich hat, dass die Anwendung aller von der ausdrücklich getroffenen Regelung umfassten Fälle vom Gesetzgeber auch beabsichtigt war.⁵⁶⁶

Ungeachtet der Tatsache des Fehlens von Ausnahmeregelungen begründungslos den Schluss zu ziehen, dass die Anwendung des gesetzlichen Regimes um die angesprochenen Fälle reduziert werden müsse, ist zum einen aus methodischen Überlegungen abzulehnen. Zum anderen entsteht auf diese Weise die durchaus problematische Situation, dass diesfalls den Vergabenachprüfungsbehörden und letztlich insbesondere den Höchstgerichten die Aufgabe übertragen wird, quasi gesetzgeberisch ein von dem vom Gesetzgeber geschaffenen abweichendes Modell zu begründen. Es bedarf daher methodischer Überlegungen zu dieser Frage und nicht der Kreierung, letztlich, von Stehsätzen, die ohne nähere Begründung vertreten werden. Auch der Hinweis auf die teilweise wiedergegebenen EB zur Regierungsvorlage, nach denen eine Sanierung von fundamentalen Rechtswidrigkeiten, die das gesamte Verfahren mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, nicht eintritt (eintreten soll),⁵⁶⁷ ändert daran nichts. Vor allem vor dem Hintergrund, dass diese Überlegungen, worauf die Autoren⁵⁶⁸ auch selbst hinweisen, im Bericht des Verfassungsausschusses⁵⁶⁹ fehlen und der Gesetzgeber bewusst, in Kenntnis dieses Problems, auch im BVergG 2006 keine Durchbrechung der Bestandskraft angeordnet hat, erscheint diese Argumentation nicht durchschlagend.

1.2. Befremden

In der Literatur⁵⁷⁰ wird es zum Teil als "befremdlich" empfunden, wenn die korrekte Anwendung nicht angefochtener rechtswidriger Zuschlagskriterien zu einer rechtmäßigen Zuschlagsentscheidung führt, was nach dieser Sichtweise jedenfalls nicht im Falle von gemeinschaftsrechtswidrigen, diskriminierenden Zuschlagskriterien gelten soll. Dieser Auffassung ist auch aufgrund der bereits dargestellten Judikatur des EuGH nicht zu folgen, da aus dieser bislang keine Verpflichtung des Gesetzgebers ableitbar ist, fundamentale Rechtswidrigkeiten in der Ausschreibung als nicht sanierbar zu gestalten. Interessant ist in

⁵⁶⁶ VwGH, 23.02.2007, 2006/12/0110.

⁵⁶⁷ 1087 BlgNR 21. GP 20.

⁵⁶⁸ *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004), 82f.

⁵⁶⁹ 1118 BlgNR 21. GP 24.

⁵⁷⁰ *Aicher in Schramm et al* (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 99, Rz 13. Nunmehr finden sich in der Literatur allerdings Aufzählungen von fehlerhaften Bewertungsregeln, die bestandsfest werden können und solchen bei denen wegen einer nicht möglichen nachvollziehbaren, plausiblen Bestbieterermittlung keine Bestandskraft eintreten soll, *Aicher in Schramm et al* (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 130, Rz 18f.

diesem Zusammenhang aber, dass das psychologische Moment, eine offensichtlich nach "objektivem Verständnis" rechtswidrige Auftraggeberentscheidung⁵⁷¹ nicht für nichtig zu erklären, manchen Autoren und der Vergabekontrolle Schwierigkeiten bereitet. Der Umstand, sehenden Auges eine objektiv betrachtete rechtswidrige Entscheidung als rechtmäßig beurteilen zu müssen, ist allerdings im Verwaltungsverfahren kein neuer.

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt (nur) den tragenden Aufhebungsgründen eines aufsichtsbehördlichen Bescheides für das fortgesetzte Verfahren bindende Wirkung zu. Die tragenden Aufhebungsgründe eines aufhebenden Bescheides der Gemeindeaufsichtsbehörde sind für das fortgesetzte Verfahren vor der Gemeindebehörde, vor der Aufsichtsbehörde und vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes bindend. Diese bindende Wirkung besteht selbst bei einem Widerspruch mit der objektiven Rechtslage. Die tragenden Aufhebungsgründe wirken absolut und sind auch vom Verwaltungsgerichtshof zu beachten (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 21. Jänner 2004, Zl. 2003/16/0379, und vom 20. April 2001, Zl. 99/05/0129)." ⁵⁷²

Unterläuft der Vorstellungsbehörde ein gravierender Fehler, geht sie beispielsweise von der Anwendung einer falschen Rechtslage aus und wird dieser Bescheid in weiterer Folge nicht angefochten, so hat dies im Ergebnis zwingend zu einer evident rechtswidrigen Entscheidung zu führen.⁵⁷³

Deshalb kann - jedenfalls mit der selben Berechtigung - argumentiert werden, dass dieser Glaube an eine "absolute Rechtsrichtigkeit" einer Entscheidung im Zusammenhang mit der eindeutigen Rechtslage etwas befremdlich anmutet.⁵⁷⁴ Darüber hinaus wird bei dieser Argumentation übersehen, dass - wie bereits mehrfach betont wurde - gemeinschaftsrechtlich auch eine Verpflichtung zur schnellen Durchführung eines Vergabeverfahrens besteht. Nach dieser Konzeption hat der Unternehmer die Möglichkeit,⁵⁷⁵ den Wurzelmangel einmal - und wie

⁵⁷¹ Vgl zu diesen Begriffen Kap VI.

⁵⁷² Statt vieler VwGH, 21.03.2005, 2004/17/0212.

⁵⁷³ Es wird bei diesem Vergleich nicht übersehen, dass in dieser Konstellation anders als im Vergabeverfahren eine Behörde und nicht der Eigeninteressen verfolgende Auftraggeber tätig wird. Im Kern laufen diese beiden Sachverhaltsvarianten aber gleichwohl parallel. Auf Grund des Verstreichens einer Anfechtungsfrist kann nur mehr eine objektiv rechtswidrige Entscheidung rechtmäßig ergehen.

⁵⁷⁴ *Fink*, RPA 2005, 14 (14), führt beispielsweise aus, dass "eine undifferenzierte Handhabung des Systems der Sanierung zu rechtlich schwer vertretbaren Ergebnissen führen kann."

⁵⁷⁵ Muss der Unternehmer die Möglichkeit haben.

hier vertreten wird, tatsächlich nur einmal - durch Anfechtung der Ausschreibung⁵⁷⁶ geltend zu machen. Würde man einem Unternehmer eine zweite Möglichkeit zur Geltendmachung einräumen, liefe dies auf eine vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung der Raschheit⁵⁷⁷ des Vergabeverfahrens nicht intendierte Verdoppelung des Rechtsschutzes hinaus.

Der Gesetzgeber hat mit dem System von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen eine Unterteilung des Vergabeverfahrens in Abschnitte bezweckt,⁵⁷⁸ wobei von der Vergabekontrollinstanz nur mehr jene Rechtswidrigkeiten aufgegriffen werden können sollen, die in jenem Abschnitt "liegen",⁵⁷⁹ der durch die bekämpfte, gesondert anfechtbare Entscheidung abgeschlossen wurde.⁵⁸⁰

1.3. Grossmann Air Service

Ganz in diesem Sinne hat auch der EuGH in der Rechtssache Grossmann Air Service⁵⁸¹ entschieden, dass es in Widerspruch zu den mit der Richtlinie 89/665/EWG verfolgten Beschleunigungs- und Effizienzzielen stehe, wenn ein Unternehmen keine Nachprüfung der Ausschreibung beantrage, gleichwohl es sich durch darin enthaltene Spezifikationen diskriminiert fühle⁵⁸² und erst die Zuschlagsentscheidung unter Berufung auf die in der Ausschreibung enthaltenen, diskriminierenden Bestimmungen anfechte. Der Gerichtshof legt in diesem Urteil Wert auf eine entsprechende Mitwirkung der am Vergabeverfahren Interessierten und hebt letztlich auch die, vielfach nicht Berücksichtigung findende, Rechtsposition des Auftraggebers, aber auch der anderen Bieter hervor. Für ihn stellt nämlich eine Verhaltensweise, wie sie die Partei des Ausgangsverfahrens gesetzt hat, eine Beeinträchtigung der Durchführung der Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge dar, da auf diese Weise die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, welches die Mitgliedsstaaten

⁵⁷⁶ In dieser Diktion somit an der Wurzel.

⁵⁷⁷ Art 1 Abs 1 der Richtlinie 2007/66/EG.

⁵⁷⁸ 1087 BlgNR 21. GP 20 und 41, sowie zur Kritik an der Umsetzung von *Thienel* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 337f.

⁵⁷⁹ Natürlich kann argumentiert werden, dass sich die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in der Zuschlagsentscheidung verwirklicht, gleichwohl liegt die Ursache in einer Auftraggeberentscheidung, die in einem früheren - jetzt nicht mehr aufgreifbaren - Verfahrensabschnitt gesetzt wurde.

⁵⁸⁰ In diesem Sinne *Thienel* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, § 162, Rz 181.

⁵⁸¹ EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02, Rz 37.

aufgrund der Richtlinie 89/665/EWG einzuführen haben, ohne sachlichen Grund verzögert werden könne.⁵⁸³ Im konkreten Verfahren wurde es als gemeinschaftsrechtskonform beurteilt, das Interesse eines Unternehmens am Auftrag zu verneinen, wenn sich dieses Unternehmen weder am Vergabeverfahren beteiligt noch die Nachprüfung der Ausschreibung beantragt hat.

Es sprechen daher gute Gründe dafür, dieses Ergebnis auch auf die durch die Nichtanfechtung der Ausschreibung eintretende Bestandskraft anzuwenden, mit der Konsequenz, dass generell eine Relativierung der Bestandskraft auch gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist, wenn die Ausschreibung nicht angefochten wurde, gleich welcher Art und Schwere die behauptete präkludierte Rechtswidrigkeit ist. Eine andere Sichtweise würde den Beschleunigungs- und Effizienzzielen der Richtlinie 89/665/EWG zuwiderlaufen.⁵⁸⁴

Schon der Wortlaut des § 99 BVergG 2002 legte nahe, dass der Gesetzgeber auf die in der Ausschreibung genannten Kriterien abstellen wollte und nicht auf die in der Ausschreibung genannten und nachträglich, von wem auch immer, als rechtswidrig empfundenen. Darauf deutet auch die Beibehaltung dieser Formulierung im BVergG 2006, § 130, hin, da der Gesetzgeber bei anderer Sichtweise im Gesetzestext oder zumindest in den Materialien ausdrücken müsste, dass er keine so weitgehende Bestandskraftwirkung normieren wollte und der Zuschlag nur in einem von fundamentalen Rechtswidrigkeiten freiem Verfahren ergehen kann. Das BVA selbst hat die Bestandskraft, abgesehen von den in den vorigen Kapiteln erörterten Fallkonstellationen, allgemein als auch im Speziellen bezogen auf einen "Wurzelmangel" bekräftigt.⁵⁸⁵

*Mecenovic*⁵⁸⁶ argumentiert unter zu Hilfenahme des EuGH⁵⁸⁷, dass im Falle einer Zuschlagsentscheidung, die auf gemeinschaftsrechtswidrigen Zuschlagskriterien beruht oder im Falle eines unter dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts rechtswidrigen Ausscheidens eines Bieters, keine Bestandskraft eintreten würde, sodass ungeachtet des ungenutzten Verstreichens der Anfechtungsfrist dennoch eine Anfechtung der Entscheidungen unter Berufung auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Ausschreibung zulässig sei. Diese Aussage beruht auf einer

⁵⁸² Durch die in Rede stehenden Spezifikationen in der Ausschreibung war der Antragsteller an einer sinnvollen Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert.

⁵⁸³ EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02, Rz 38.

⁵⁸⁴ EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02, Rz 37.

⁵⁸⁵ BVA, 20.03.2003, 12N-10/03-11.

⁵⁸⁶ *Mecenovic*, RPA 2003, 53 (57).

falschen Leseart des genannten EuGH Erkenntnisses, da aus dieser Judikatur an sich die Zulässigkeit des österreichischen Präklusionssystems geschlossen werden kann. Lediglich das Hinzutreten besonderer Umstände, beispielsweise irreführendes Verhalten des Auftraggebers⁵⁸⁸, führt möglicherweise zu einem Durchbrechen der Bestandskraft, nicht aber schon die (Gemeinschafts-)Rechtswidrigkeit von Ausschreibungsbestimmungen.

Das auf Bieterseite vorhandene Interesse eine Zuschlagsentscheidung unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung erfolgreich anfechten zu können, ist verständlich. Ebenso ist einsichtig, dass Unternehmer gewisse Vorbehalte gegenüber der Anfechtung der Ausschreibung aufgrund der damit verbundenen möglichen Strapazierung des Verhältnisses zum Auftraggeber haben. Gleichwohl erwartet der Gesetzgeber genau diese Verhaltensweise vom Bieter, um letztlich seine Interessen wahren zu können. Jede andere Sichtweise mag zwar nachvollziehbar sein, sie entbehrt allerdings einer normativen Grundlage und berücksichtigt vor allem auch nicht jene, aus dem Gemeinschaftsrecht ableitbaren Positionen.⁵⁸⁹

2. Teleologische Reduktion der Präklusion

2.1. Ausgangslage

Einem Bescheid des BVA⁵⁹⁰ lag eine "Teil der präkludierten Ausschreibung"⁵⁹¹ bildende Vergabebekanntmachung zu Grunde, derzufolge die Unterlagen für die Angebotslegung bis 02.11.2005 bei der aus der Bekanntmachung ersichtlichen Stelle angefordert bzw. behoben werden konnten. In diesen Unterlagen war als Bedingung für die Legung eines tauglichen Angebotes die Besichtigung der verfahrensgegenständlichen Baustelle bis zum 21.10.2005 und die Vorlage einer Bestätigung darüber festgeschrieben. Im Verfahren wurde von einer der Auftraggeberin zurechenbaren Person das Ansinnen der Nachprüfungswerberin auf Besichtigung der Baustelle und Ausstellung einer Bestätigung darüber nach dem 21.10.2005 abgelehnt. Das BVA argumentierte, dass der Auftraggeber durch die Formulierung in der Bekanntmachung, wonach die Unterlagen bis 02.11.2005 behoben werden könnten, einen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen habe, dass es für einen

⁵⁸⁷ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

⁵⁸⁸ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA) und EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH).

⁵⁸⁹ Zum Beispiel Rechtssicherheit.

⁵⁹⁰ BVA, 27.03.2006, N/0008-BVA/08/2006-136.

Unternehmer nicht vorhersehbar gewesen sei, dass in diesen Unterlagen eine Verhaltensweise als Bedingung für die Stellung eines tauglichen Angebotes gefordert werde, die zu einem zeitlich vor diesem Endtermin für die Erlangung der Ausschreibungsunterlagen gelegenen Zeitpunkt zu setzen sei. Für das BVA sei es weiters irrelevant, wann diese Unterlagen tatsächlich angefordert worden seien, da aufgrund der genannten Bekanntmachung keine Verpflichtung bestanden habe, sich mit den Unterlagen vor dem 02.11.2005 genauer zu beschäftigen, da die Normierung dieses Endtermins als Erzeugung eines diesbezüglichen Vertrauenstatbestandes zu qualifizieren sei.

Unter Verweis auf die Judikatur des OGH⁵⁹² hielt das BVA einem möglichen Einwand, wonach der Unternehmer die Ausschreibung fristgerecht hätte anfechten müssen, die allgemeine Wertung des § 878 1. Satz ABGB (arg. "impossibilium nulla obligatio") entgegen, da es für einen Bieter, der sich die Unterlagen nach dem 21.10.2005 beschafft habe "geradezu unmöglich" wäre, trotz - aufgrund - des durch die Bekanntmachung geschaffenen Vertrauenstatbestandes, ein taugliches Angebot zu legen. Durch diesen Vertrauenstatbestand wäre es unsachlich und gleichheitswidrig, einen rechtmäßigen Ausscheidensgrund anzunehmen.

Bei dem gefundenen Ergebnis ist nicht ersichtlich, weshalb ein Bieter nach Kenntnis dieser dargestellten Unmöglichkeit der Stellung eines gültigen Angebotes nicht in der Lage sein sollte, von seinem Recht auf Anfechtung der Ausschreibung Gebrauch zu machen, um durch Beseitigung dieser Rechtswidrigkeit wieder in das Verfahren zu gelangen.

Das BVA stellte sich in der Folge die Frage, ob im Falle einer fristgerechten Anfechtung der Ausschreibung die in Rede stehende Klausel gemäß § 174 Abs 2 BVergG 2002 gestrichen worden wäre, oder ob sie die Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung gemäß § 174 Abs 1 BVergG 2002 zur Folge gehabt hätte.⁵⁹³ Von diesem Gedanken ausgehend folgerte das BVA, dass die in Streit stehende Klausel von der Baustellenbesichtigung im Falle der rechtzeitigen Anfechtung gestrichen worden wäre, was zur Folge habe, dass "die sich aus § 169 BVergG 2002 ergebenden Rechtsfolgen bei Unterlassung der fristgerechten Anfechtung der fraglichen Passagen einer derartigen Ausschreibungsunterlage (§ 20 Z 6 BVergG 2002) in einem Fall wie dem vorliegenden dahingehend teleologisch zu reduzieren [...]" sind "[...], dass die Unterlassung der Baustellenbesichtigung bis 21.10.2005 nach Terminbekanntgabe durch den Architekten und

⁵⁹¹ BVA, 27.03.2006, N/0008-BVA/08/2006-136.

⁵⁹² OGH, 27.09.2005, 1 Ob 170/05i.

⁵⁹³ Unter Verweis auf BVA, 01.07.2005, 16N-36/05-36 = ZVB 2005, 276 (276ff).

mit einer Person aus der Sphäre des damit von der Auftraggeberin betrauten Architekten und die Unterlassung der Beibringung einer Bestätigung darüber 'gemäß Anhang 1', auch wenn diese Passagen Inhalt einer präkludierten Ausschreibungsunterlage sind, gegenständlich nicht zum Ausscheiden der Nachprüfungswerberin führen konnten."

Das BVA führte weiter aus, dass aufgrund der - rechtswidrigen - Verweigerung der Baustellenbesichtigung durch den für die Auftraggeberin tätigen Architekten, im Lichte der Judikatur zur Bedingungsverweigerung durch den Bedingenden davon auszugehen sei, dass die Baustelle als durch die Nachprüfungswerberin im Sinne der Ausschreibung besichtigt zu bewerten und die Besichtigung als bestätigt anzusehen sei.⁵⁹⁴ Zur Verneinung eines zwingenden Widerrufssachverhaltes und damit der Verneinung einer Ausschreibung, mit der keine Bestbieterermittlung möglich wäre, hielt das BVA fest, dass "im Rahmen einer teleologischen Rechtsanwendung (§§ 6f ABGB) die Ausschreibung eben nicht zwingend zu widerrufen, sondern teleologisch und geltungserhaltend zu reduzieren ist."

2.2. Würdigung

Diese Aussage verblüfft nun insofern, als bislang vor allem auch vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH eine teleologische Reduktion der Ausschlussfristen im Raum stand oder zumindest als im Raum stehend angenommen wurde, nicht aber eine solche der Ausschreibung als solche bzw einzelner Teile davon. Sofern in einer solchen Konstellation tatsächlich keine Möglichkeit zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlage bestehen sollte,⁵⁹⁵ wäre der Unternehmer aber jedenfalls in der Lage gewesen, trotz Bestandskraft der Ausschreibung, diese Rechtswidrigkeit der Ausschreibung gegen eine nachfolgende Entscheidung ins Treffen zu führen, da der Auftraggeber durch sein wechselhaftes Verhalten, nämlich der Schaffung des letztlich frustrierten Vertrauens auf die Teilnahmemöglichkeit durch Anforderung der Ausschreibungsunterlagen innerhalb der in der Bekanntmachung festgelegten Frist, dem Unternehmer die Ausübung seiner gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte praktisch unmöglich gemacht, jedenfalls aber erschwert hat.⁵⁹⁶ Auch in diesem Fall könnte der Nachprüfungswerber die Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung⁵⁹⁷ trotz an sich

⁵⁹⁴ Unter Verweis auf *Antoniolli/Koja* in Schwimann, ABGB³ IV § 897, Rz 19.

⁵⁹⁵ Was aus dem Bescheid nicht ableitbar ist.

⁵⁹⁶ Vgl dazu EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (*Santex SpA*).

⁵⁹⁷ Im Sinne der Judikatur des EuGH in der Rs C-327/00 (*Santex SpA*) darf es in einer solchen Konstellation eben zu keiner Anwendung der Präklusionsfristen kommen.

eingetretener Bestandskraft der Ausschreibung geltend machen, ohne dass dabei die Figur der geltungserhaltenden Reduktion erhalten müsste. Nach der zuletzt wiedergegebenen Sicht des BVA ist dies aber gar nicht notwendig, da die Ausschreibung ohnehin um diesen Teil zu reduzieren ist, weshalb die Beurteilungsgrundlage für das weitere Verfahren eine um diesen Teil reduzierte Ausschreibung wäre.

In einer Glosse⁵⁹⁸ zu diesem Bescheid erklärte der Senatsvorsitzende des den angefochtenen Bescheid erlassenden Senates, dass ein Wurzelmangel⁵⁹⁹, welcher dem Tatbestand des § 878 1. Satz ABGB gleichgehalten worden sei, zum Anlass herangezogen wurde, die Rechtsfolgen des § 169 BVergG teleologisch und damit die Ausschreibung geltungserhaltend zu reduzieren.

Es ist nicht ersichtlich, aus welcher Motivation heraus in diesem Zusammenhang eine weitere "Annäherung"⁶⁰⁰ erforderlich ist, deren Tragweite nicht erkennbar ist und die vor allem weitgehend ohne normative Grundlage getroffen wird.

Fuchs⁶⁰¹ weist daher meines Erachtens zu Recht daraufhin, dass durch eine solche Spruchpraxis eine nicht notwendige Schneise in die Präklusionswirkungen geschlagen wird, die vor allem - auch vor dem Hintergrund des nicht klaren Umfangs - Rechtsunsicherheit hervorzurufen geeignet ist. Vor dem Hintergrund der EuGH Judikatur⁶⁰² ist insbesondere von Interesse, dass das BVA zu diesem Ergebnis offensichtlich gelangt ist, ohne sich eingehend mit der Frage auseinander zu setzen, ob der Auftraggeber Handlungen gesetzt hat, oder ihm zurechenbare Personen Handlungen gesetzt haben (außer der Vergabebekanntmachung), die dazu geeignet waren, beim Bieter einen darüber hinausgehenden Vertrauenstatbestand hervorzurufen, der ihm die Ausübung seiner Rechte verunmöglicht oder praktisch erschwert hat. Gerade der vorliegende Fall verdeutlicht, in welche Unsicherheit sich ein Bieter begibt, wenn er trotz des eindeutigen Wortlautes der Ausschreibungsunterlagen die Ausschreibung nicht anfecht und auf ein entsprechend - dann wohl rechtswidriges - entgegenkommendes Verhalten des Auftraggebers vertraut.

⁵⁹⁸ ZVB 2006, 174 (177).

⁵⁹⁹ Der Autor stellt dabei aber nicht auf die Schwere des Verstoßes sondern auf den Zeitpunkt ab, in dem der Unrechtstatbestand vollendet wird.

⁶⁰⁰ ZVB 2006, 174 (177).

⁶⁰¹ Fuchs in Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 334.

⁶⁰² EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (Santex SpA).

3. Zivilrechtliche (Teil)Nichtigkeit der Ausschreibung?

3.1. Allgemeine Überlegungen

Den bisherigen Höhepunkt in der bunten Geschichte der Versuche, eine Grundlage für die Beseitigung der Bestandskraft zu finden, lieferte das BVA in seinem Bescheid vom 11.06.2008.⁶⁰³ Diesem Bescheid lag ein Vergabeverfahren zu Grunde, in dessen bestandsfester Ausschreibung festgelegt wurde, dass die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässigen Bieter ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994 BGBl Nr 194/1994 durchzuführen und den Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw den Ausspruch der Gleichhaltung vorzulegen haben. Der Nachprüfungswerber hat im Verfahren keine derartigen Nachweise vorgelegt, was aber aus Sicht der Vergabekontrollbehörde nichts an dessen Antragslegitimation änderte. Begründend wurde auf die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 07. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁶⁰⁴ verwiesen. Diese Richtlinie enthält in Art 5 von den in der Ausschreibung zitierten Bestimmungen der GewO abweichende unternehmerfreundlichere Regelungen. Das BVA führt unter Bezugnahme auf Judikatur des EuGH sowie des OGH aus, dass "EG-Grundfreiheiten unmittelbare Wirkung auf private Rechtsverhältnisse haben können, sodass die Verbote des Art 12 (Diskriminierungsverbot) und des Art 49 (freier Dienstleistungsverkehr) EG-V die zivilrechtliche Nichtigkeit entgegenstehender Regelungen privatrechtlicher Natur nach sich ziehen können [...]" In weiterer Folge untersuchte die Vergabekontrollbehörde, ob Verstöße gegen das Primärrecht der EG einen zur Nichtigkeit führenden Gesetzesverstoß im Sinne von § 879 Abs 1 ABGB bewirken können, um als Schlussfolgerung festzustellen, dass sich der Antragsteller auf die unmittelbare Wirksamkeit der Richtlinienbestimmung berufen könne. Aus Sicht des BVA war die in Rede stehende Ausschreibungsbestimmung hinsichtlich des Anerkennungs- und Gleichhaltungsverfahrens gemeinschaftsrechtswidrig, weshalb diese Klausel offenbar als gesetzwidrig im Sinne von § 879 Abs 1 ABGB beurteilt wurde. In der Literatur⁶⁰⁵ wird von der Annahme einer zivilrechtlichen (Teil)Nichtigkeit der Ausschreibung in diesem Punkt gesprochen.

⁶⁰³ BVA, 11.06.2008, N/0051-BVA/14/2008-35.

⁶⁰⁴ Österreich war hinsichtlich der Umsetzung dieser Richtlinie in dem hier interessierenden Zeitraum säumig.

⁶⁰⁵ RPA 2008, 217 (220); mit Glosse *Hofer*.

Im Ergebnis muss jedenfalls festgestellt werden, dass bei einer Fortsetzung dieser Spruchpraxis die gänzliche Aushöhlung des Systems "Bestandskraft" droht, was in letzter Konsequenz auf deren de facto- Beseitigung hinausläufe.⁶⁰⁶ Bedauerlicherweise wird in diesem Bescheid nicht der Versuch unternommen, die vorgenommene Durchbrechung der Bestandskraft methodisch zu begründen. Sollte das BVA mit seiner Grundthese, wonach sich der Bieter auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinie berufen könne im Recht sein, was an dieser Stelle mangels Relevanz für diese Arbeit dahinstehen kann, hätte dies "nur" die möglicherweise aussichtsreiche Anfechtung der Ausschreibung zur Folge, nicht aber die Zulässigkeit der Anfechtung einer Folgeentscheidung des Auftraggebers. Für die These von einer (Teil)Nichtigkeit der Ausschreibung findet sich weder im Gemeinschaftsrecht noch im nationalen Recht eine Grundlage.

Auch in diesem Verfahren wurden aus dem Gemeinschaftsrecht strengere Anforderungen an das nationale Recht herausgelesen, als sie tatsächlich bestehen. Die Ausschreibung war im Ausgangsverfahren so transparent gefasst, dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit erkennen konnte. Darüber hinaus bestand für diesen Bieter die Möglichkeit, innerhalb der Präklusionsfrist die Ausschreibung anzufechten. Da diese Voraussetzungen gegeben waren, kann auch keine weitergehende schützenswerte Rechtsposition des Bieters erblickt werden,⁶⁰⁷ die eine Umgehung der Bestandskraft erfordern würde. Für potentielle Auftraggeber und Bieter wurde mit diesem Bescheid jedenfalls neuerlich Unsicherheit geschaffen, da neben den bereits dargestellten Bedenken, vor allem die Tatsache, dass keine wirklich klare Begründung für die Missachtung der Bestandskraft angeführt wird, geeignet ist, auf diesem Bescheid aufbauend, eine Spruchpraxis herauszubilden, der es an der - für die Auftraggeberentscheidung intensiv geforderten - objektiven Nachvollziehbarkeit mangelt.

Exkurs: Sittenwidrige Ausschreibungsbestimmungen

Der VwGH⁶⁰⁸ begegnete dem Einwand eines ausgeschiedenen Bieters, wonach es sittenwidrig sei, wenn der Auftraggeber neben einer Verfügbarkeitsgarantie auch einen Instandhaltungsvertrag fordere und beides mit einer Pönale verknüpfe, mit einem Verweis auf

⁶⁰⁶ Zutreffend dazu auch *Hofer*, RPA 2008, 217 (220).

⁶⁰⁷ Die gemeinschaftsrechtlich geforderte Effektivität war also gewahrt, sodass nunmehr der Blick auf den zweiten wesentlichen gemeinschaftsrechtlichen Pol, die Raschheit des Vergabeverfahrens, zu werfen gewesen wäre.

die Bestandskraft der Ausschreibung. Auch mit einem Verweis auf die Sittenwidrigkeit von Ausschreibungsbestimmungen vermag daher nichts für den Versuch zur Umgehung der Bestandskraft gewonnen werden.

4. Zwingendes Recht

4.1. Zwingender Charakter?

*Hahnl*⁶⁰⁹ stellt fest, dass sich die Maßstäbe für die Ermittlung des Zuschlags zum einen aus den im BVergG festgelegten Grundsätzen (vgl § 67 Abs 3 BVergG 2002) und zum anderen aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, wobei das in den Ausschreibungsunterlagen geschaffene Regime nicht zwingenden vergaberechtlichen Bestimmungen widersprechen dürfe. An anderer Stelle führt sie aus, dass „insbesondere“ dem vergabespezifischen Rechtsschutz zwingender Charakter zukomme, sodass dieser keiner Parteienvereinbarung zugänglich sei.⁶¹⁰ Folgt man dieser Sichtweise, würde eine massive Kerbe in das System der Bestandskraft geschlagen. In der Literatur findet sich weder eine Begründung dafür, woraus sich ein besonderer, von den übrigen vergaberechtlichen Bestimmungen abhebender, zwingender Charakter einzelner vergaberechtlicher Bestimmungen ergeben soll, noch welchen Normen diese privilegierte Position konkret zukommt.

Exkurs: Begriff

Unter zwingendem Recht (*ius cogens*), wird Recht verstanden, das keiner Parteienvereinbarung zugänglich ist, das also von den Parteien nicht abgeändert werden kann.⁶¹¹ Die Zielrichtung von zwingendem Recht ist es, übergeordnete Allgemeininteressen (zB die öffentliche Ordnung) oder bestimmte als besonders unterstützenswert erkannte Personengruppen (zB Konsumenten und Arbeitnehmer) zu schützen.⁶¹² Die Bestimmungen des öffentlichen Rechts sind anders als jene des Privatrechts zum überwiegenden Teil zwingender

⁶⁰⁸ VwGH, 28.05.2008, 2007/04/0232 und 0233; diesem Verfahren lag ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zu Grunde.

⁶⁰⁹ *Hahnl*, BVergG 2002, K2 zu § 99, wobei § 99 BVergG 2002 § 130 BVergG 2006 entspricht.

⁶¹⁰ *Hahnl*, RPA 2006, 118 (119).

⁶¹¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 43.

⁶¹² *Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts, 11.

Natur, da im erstgenannten Bereich vor allem das Interesse der Allgemeinheit im Blickpunkt steht.⁶¹³

4.2. Gesetzliche Ausgangslage

Das BVergG 2006 enthält keine Norm, die festlegen würde, dass bzw welche Teile dieses Gesetzes als zwingend anzusehen sind. Diese vor dem Hintergrund des zuvor Festgestellten, vielleicht eigenartig anmutende Aussage, besitzt deshalb grundsätzliche Bedeutung, da der Gesetzgeber mit dem System der Bestandskraft ein Regime eingeführt hat, das gleichsam als Effekt die Aushebelung von gesetzlichen Regelungen zur Folge haben kann. Sollte der Gesetzgeber daher gewisse Teile des Gesetzes als unangreifbar, im Sinne einer möglichen Abänderung als Folge der Wirkung einer bestandsfesten Ausschreibung beabsichtigt haben, hätte er dies aber - jedenfalls in irgendeiner nachvollziehbaren Weise, wünschenswerter Weise im gesetzten Recht - zum Ausdruck bringen müssen.

Gestützt auf die Zielsetzung des BVergG 2006, welche durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben sei (nämlich einem Auftraggeber, der dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG unterworfen ist, die Dispositionsmöglichkeit über die Anwendung des Vergaberechtes und über die Nachprüfbarkeit seiner Entscheidungen zu nehmen), wird in der Literatur⁶¹⁴ argumentiert, dass auch die materiell- rechtlichen Bestimmungen in den ersten drei Teilen des BVergG bezüglich des Geltungs- und Anwendungsbereiches nicht abbedungen werden könnten.

Diese These übersieht, dass bei einem Beschaffungsvorgang zwischen verschiedenen Ebenen zu differenzieren ist:

Auf der ersten Ebene kann der Auftraggeber in einem Vergabeverfahren in der Ausschreibung nicht rechtmäßig die Bestimmungen des BVergG 2006 außer Acht lassen. Tut er es trotzdem, hat dies - bei Vorliegen der Voraussetzungen - im Falle der Anfechtung der Ausschreibung die Nichtigkeitklärung der entsprechenden Klauseln zur Folge. Insofern, aber nur insofern, ist die generelle Aussage, dass der Auftraggeber Bestimmungen des BVergG nicht abbedingen kann, zutreffend. Unterlassen aber sämtliche Bieter die Anfechtung einer solchen Ausschreibung, hat dies als logische Konsequenz eines Systems von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen in Verbindung mit Präklusivfristen die Wirkung, dass

⁶¹³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 43.

dieses festgelegte Regime die Grundlage für das weitere Vergabeverfahren bildet; dabei handelt es sich um die zweite Ebene. Die Anhänger dieser Theorie lassen aber im Unklaren, auf Grund welcher Überlegungen sie nachvollziehbar den Schluss ziehen können, es gebe Normen, denen eine gesteigerte zwingende Natur zukomme, die es auch rechtfertigen würde, im Vergabeverfahren das gesetzlich vorgegebene System aufzubrechen. Aus diesen Gründen verfängt auch die Argumentation *Hahnl's* nicht, wonach sich ein Auftraggeber die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht aussuchen kann. Dieser auf Ebene der Rechtspolitik angesiedelte Einwand wird an anderer Stelle unter der Perspektive des rechtsstaatlichen Prinzips einer näheren Betrachtung unterzogen. An dieser Stelle genügt es vorerst darauf hinzuweisen, dass durch die Möglichkeit zur Anfechtung einer transparent gestalteten Ausschreibung gerade die korrekte Anwendung des Vergaberechts sichergestellt werden soll. Auf diesem Wege ist jedenfalls gewährleistet, dass sich ein Auftraggeber die Anwendung des Vergaberechts rechtlich nicht aussuchen kann. Ob er es faktisch auf Grund bestimmter Umstände tun kann, ist noch näher zu überprüfen. Soweit überblickbar berufen sich aber gerade Bietervertreter nicht auf diese externen faktischen Umstände, wenn sie die Präklusionsbestimmungen einschränkend ausgelegt wissen wollen. Letztlich erfordert aber gerade dieses gedankliche Rekurren auf der Rechtsordnung zu Grunde liegende Werte, das Aufzeigen von Gefährdungen dieser Werte.

Wie bereits aufgezeigt wurde, liefern die Materialien vereinzelt Anhaltspunkte, dass in einzelnen Fällen keine Bestandskraft eintreten soll.

Davon zu unterscheiden ist die dritte Ebene, nämlich jene ab Vertragsabschluss. Dass in diesem Verfahrensabschnitt von den Zivilgerichten Klauseln für nichtig erklärt werden, vermag die hier zu entkräftende These aber keineswegs zu stützen.

Wie in einem eigenen Kapitel⁶¹⁵ erläutert wurde, verlangt das Gemeinschaftsrecht die transparente Nachprüfbarkeit der Ausschreibung. Es sieht in der Beziehung von Auftraggeber zu Bieter aber offenbar gerade kein derartiges Missverhältnis, das Regelungen wie beispielsweise § 2 Abs 2 KSchG⁶¹⁶ erfordern würde.⁶¹⁷

⁶¹⁴ *Hahnl*, RPA 2006, 118 (119).

⁶¹⁵ Vgl Kap IV/4.

⁶¹⁶ In der Fassung BGBl 140/1979.

⁶¹⁷ Es soll nicht übersehen werden, dass auch dieser Vergleich hinkt, da beim Konsumentenschutz der Gedanke im Vordergrund steht, dass der Konsument benachteiligende Bedingungen auf Druck des Unternehmers hinnimmt, ohne dann eine Rechtsschutzmöglichkeit zu haben. Der Bieter muss aber die Möglichkeit besitzen, die

Zusammengefasst kann also gesagt werden, dass weder der behauptete spezifische Charakter einerseits (zwingende Bestimmung) noch andererseits gemeinschaftsrechtliche Vorgaben allgemein, die durch die Nichtanfechtung der Ausschreibung faktisch gegebene Dispositionsmöglichkeit eines Auftraggebers einschränken/ausschließen sollen.

4.3. UVS Niederösterreich

Der UVS Niederösterreich⁶¹⁸ hat die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen,⁶¹⁹ da aufgrund der Ausschreibung eine Prüfung der eingelangten Angebote auf ihre Gleichwertigkeit nicht möglich sei; im Falle, dass das "Billigstbieterprinzip" festgelegt worden sei, dürfe überhaupt kein Alternativangebot zugelassen werden.⁶²⁰ Von besonderem Interesse sind die Ausführungen des UVS zur Präklusion. Demnach sei es zu keiner Sanierung der Rechtswidrigkeit gekommen, "da die in der Ausschreibung enthaltenen Festlegungen nicht zwingenden vergaberechtlichen Bestimmungen zuwiderlaufen dürfen und eine Sanierung fundamentaler Vergaberechtsverstöße wohl nicht im Sinne des Grundsatzes der effektiven Durchsetzbarkeit des Vergaberechts liegen kann."⁶²¹ Darüber hinaus sei die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung und nicht jene der Ausschreibung begehrt worden. Gerade diese Aussage deutet auf ein Missverstehen des Modells der Bestandskraft hin, da es dabei vor allem um Rechtswidrigkeiten geht, die in der Ausschreibung liegen und in der Folge gegen eine andere Auftraggeberentscheidung ins Treffen geführt werden bzw eben gerade nicht mehr geltend gemacht werden können. *Fuchs*⁶²² hält diesem Bescheid sowie der Lehre, die von einem Ausschluss der Bestandskraft bei gravierenden Vergabeverstößen ausgeht, wie ich meine zu Recht, entgegen, dass es für diese Durchbrechungsannahme keine gesetzliche Grundlage gibt

verfahrenseinleitende und ihn gegebenenfalls rechtswidrigerweise benachteiligende Ausschreibung anzufechten. Erst als Konsequenz der Nichtanfechtung der Ausschreibung - wenn man so will, könnte man die Möglichkeit zur Anfechtung der Ausschreibung als "zwingend" bezeichnen - können faktisch abweichende Klauseln Wirksamkeit erlangen.

⁶¹⁸ UVS Niederösterreich, 23.08.2004, Sen-AB-04-3037 = RdW 2004, 600 (600).

⁶¹⁹ Er nahm dabei einen Verstoß gegen die Abs 1 und 2 des § 69 BVergG 2002 an.

⁶²⁰ Der UVS ging in diesem Verfahren davon aus, dass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Alternativangebotes getroffen worden sei, wiewohl einerseits aus der Ausschreibung keine Mindestanforderungen an Alternativangebote ersichtlich seien und andererseits auch das Zuschlagsprinzip nicht klar sei. Interessant ist dabei die Annahme des UVS, dass sowohl die Antragstellerin als auch die teilnehmende Partei vom "Billigstbieterprinzip" ausgegangen seien.

⁶²¹ UVS Niederösterreich, 23.08.2004, Sen-AB-04-3037.

⁶²² *Fuchs* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 332 ff.

und es offensichtlich der Wille des Gesetzgebers war (arg. "endgültige" Präklusion⁶²³), eine undifferenzierte Präklusionswirkung zu normieren, sodass die Annahme einer (amtswegigen) Wahrnehmung solcher Mängel nicht zulässig sein dürfte.

Die Vergabenachprüfungsbehörde hatte aufgrund der nicht angefochtenen, daher bestandkräftigen Ausschreibung zu prüfen, insbesondere welches Zuschlagsprinzip in der Ausschreibung festgelegt wurde. Aus dem Bescheid kann diese Frage nicht abschließend beurteilt werden.

In diesem Verfahren gingen die Parteien offenbar vom "Billigstbieterprinzip" mit Zulässigkeit eines Alternativangebotes aus. In dieser Konstellation geht es aber nicht um die Frage, ob zwingende vergaberechtliche Bestimmungen verletzt wurden, sondern um den bereits behandelten Themenkomplex, ob für die Vergabekontrollbehörde die Auftraggeberentscheidung objektiv nachvollziehbar⁶²⁴ war und wie mit einer mangelnden objektiv nachvollziehbaren Auftraggeberentscheidung umzugehen ist.⁶²⁵

Aus der Tatsache, dass das Billigstbieterprinzip - eventuell rechtswidrig - festgelegt wurde, den Schluss abzuleiten, dass der Zuschlag auf ein Alternativangebot, das in der Ausschreibung gegebenenfalls rechtswidrig festgelegt wurde, jedenfalls rechtswidrig sei, misst der Bestandskraft keine Bedeutung bei bzw ignoriert dieses System.

Da der UVS den genannten Bescheid offenbar insbesondere auch unter Bezugnahme auf ein Urteil des EuGH begründet hat, ist in diesem Zusammenhang auf diese Judikatur des EuGH⁶²⁶ zu verweisen.

⁶²³ 1171 BlgNR 22. GP 138.

⁶²⁴ In diesem Sinne auch *Öhler*, RdW 2004, 600 (600), der - auf der Linie der wiedergegebenen Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden - aus der mangelnden objektiven Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung den Nicht-Eintritt der Bestandskraft von Vergabeverstößen abgeleitet sehen möchte.

⁶²⁵ Vgl dazu Kap VII/4.3. und folgende.

⁶²⁶ EuGH, 16.10.2003, Rs C-421/01.

4.4. EuGH, 16.10.2003, Rs C-421/01

Der Gerichtshof⁶²⁷ gelangte dabei zu dem Ergebnis, dass nur eine Darlegung in den Verdingungsunterlagen⁶²⁸ den Bietern die Kenntnis der Mindestanforderungen ermögliche, wobei es dabei insbesondere um die Verpflichtung zur Transparenz, welche die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung⁶²⁹ der Bieter gewährleisten soll, gehe.⁶³⁰ Würden Mindestanforderungen entgegen Art 19 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge⁶³¹ fehlen, könne ein Änderungsvorschlag nicht berücksichtigt werden, auch wenn er in der Bekanntmachung nicht für unzulässig erklärt worden sei.⁶³²

4.5. Würdigung

Es stellt sich die Frage, welcher Schluss aus diesem Erkenntnis vor dem Hintergrund der geänderten Rechtslage⁶³³ gezogen werden kann. Für den EuGH bedeutete insbesondere die Verletzung des Grundsatzes der Transparenz⁶³⁴ ein Problem. Basierend auf der Rechtslage des BVergG 1997 verwundert dieses Ergebnis nicht, noch bereitet seine dogmatische Einordnung Schwierigkeiten, da diesfalls die Rechtswidrigkeit der nicht bestandsfest werden könnenden Ausschreibung auch die Rechtswidrigkeit einer allfälligen Zuschlagsentscheidung bedingt. Anderes gilt aber gerade für das mit dem BVergG 2002 eingeführte System der Bestandskraft. Eine Rechtswidrigkeit der bestandsfesten Ausschreibung infiziert demgemäß die folgenden Auftraggeberentscheidungen gerade nicht mit Rechtswidrigkeit, sodass eindeutige Erwägungen gegen eine Übertragung dieses Urteils auf die neue Rechtslage sprechen.

⁶²⁷ Als Sachverhalt lag diesem Erkenntnis eine Ausschreibung zu Grunde, in der Alternativangebote, ohne ausdrückliche Festlegung von technischen Mindestanforderungen für diese, zugelassen wurden. Darüber hinaus wurden in dieser Ausschreibung weder für ausschreibungskonforme Angebote noch für Alternativangebote Zuschlagskriterien zur Beurteilung der wirtschaftlichen und technischen Qualität der Angebote festgelegt.

⁶²⁸ Die Ausschreibung verwies auf eine nationale Vorschrift - § 42 Abs 4 BVergG 1997 -, die als Erfordernis für das Alternativangebot, eine qualitativ gleichwertige Leistung wie der ausgeschriebenen, vorsah.

⁶²⁹ Unter Verweis auf EuGH, 18.10.2001, Rs C-19/00 (SIAC).

⁶³⁰ EuGH, 16.10.2003, Rs C-421/01, Rz 29.

⁶³¹ ABI L 199, S.54.

⁶³² EuGH, 16.10.2003, Rs C-421/01, Rz 33.

⁶³³ Dieser Fall fiel unter den Anwendungsbereich des noch keine gesondert bzw verbunden anfechtbaren Entscheidungen normierenden BVergG 1997.

⁶³⁴ EuGH, 16.10.2003, Rs C-421/01, Rz 29.

5. Bestandskraft der Ausscheidensentscheidung

5.1. Allgemeine Überlegungen

In einem Bescheid des BVA⁶³⁵ ging es um die Frage, ob der Auftraggeber bei Inanspruchnahme des Widerrufsgrundes gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 rechtmäßig sein Ermessen ausgeübt hat. Aus der Korrespondenz des Auftraggebers war ersichtlich, dass offensichtlich die zu "eng gesteckten" Mindestkriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit den Hintergrund der Widerrufsentscheidung gebildet haben. Im Zusammenhang mit dieser Arbeit ist zum einen der Ausspruch des BVA von Interesse, wonach die Höhe des geschätzten Auftragswertes jedenfalls dann Bestandteil der (präkludierten) Ausschreibung wird, wenn diese dem Bieter in transparenter Weise⁶³⁶ zur Kenntnis gebracht wurde.⁶³⁷

Zum anderen erscheint aber insbesondere bemerkenswert, dass es das BVA nicht ausgeschlossen hat, dass ein Bieter eine auf § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2002 gestützte Widerrufsentscheidung aus dem Grund anfecht, dass ein anderer Bieter zu Unrecht ausgeschieden wurde, wobei dieser Bieter selbst die Ausscheidung nicht angefochten hat, die Ausscheidung ihm gegenüber also bestandsfest geworden ist. Die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung dieses Angebotes sei nämlich Voraussetzung für den rechtmäßigen Widerruf des Vergabeverfahrens. Die Antragsteller haben unter anderem geltend gemacht, dass ein anderer Bieter, der hinter dem Antragsteller an fünfter Stelle gereiht war, zu Unrecht ausgeschieden worden sei, da der Auftraggeber ihn vor der Ausscheidung zur Verbesserung hätte auffordern müssen. Das BVA untersuchte, ob vor dem Hintergrund der bestandsfesten Ausschreibung dieses Vorbringen aussichtsreich sei und gelangte zu dem Ergebnis, dass die Ausscheidung rechtmäßig erfolgt sei. Mit der inhaltlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit des Ausscheiden eines anderen Bieters als des Antragstellers, hat das BVA aber implizit die Zulässigkeit eines solchen Vorbringens bejaht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die, jedenfalls gegenüber dem ausgeschiedenen Bieter, an sich bestandsfest gewordene Ausscheidung von einem anderen Bieter im Verfahren zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs nach § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2002 geltend gemacht werden kann. Kann er dies vorbringen, gilt die Bestandskraft

⁶³⁵ BVA, 04.03.2008, N/0013-BVA/12/2008-20.

⁶³⁶ Die Bekanntmachung erfolgte hier durch EU-weite Bekanntmachung.

⁶³⁷ Unter Bezugnahme auf BVA, 10.05.2007, N/0007-BVA/15/2007-67 und BVA, 06.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74).

ihm und dem BVA gegenüber offensichtlich nicht.⁶³⁸ Problematisch erscheint dieses Ergebnis nicht nur aus dogmatischer Sicht sondern vielmehr auch aus praktischen Überlegungen. Im Falle der erfolgreichen Anfechtung der Widerrufsentscheidung aus dem Grund des unzulässigen - aber bestandsfesten - Ausscheidens eines anderen Bieters, wäre dieser an sich ausgeschiedene Bieter nunmehr neuerlich an sein Angebot gebunden. Diesfalls könnte ihm der Zuschlag erteilt werden, was gegebenenfalls - beispielsweise aufgrund anderweitigen Einsatzes der Mittel - eine Schadenersatzpflicht dem Auftraggeber gegenüber aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit zur Folge haben könnte.⁶³⁹ Als weiteres Argument gegen ein "(umfassendes) Recht auf Nichtausscheiden eines Konkurrenzbieters" wird in der Literatur⁶⁴⁰ das diesfalls erforderliche Ermittlungsverfahren ins Treffen geführt. Ein Antragsteller wäre dieser Auffassung folgend wohl nur dann in der Lage zielführende Einwände gegen das Ausscheiden eines anderen Bieters zu erheben, wenn ihm Einsicht auch in Unterlagen gewährt würde, die ausschließlich dem ausgeschiedenen Bieter zur Kenntnis gebracht werden dürften.⁶⁴¹

In der Literatur vertritt *Etlinger*⁶⁴² die These, dass das BVA eine behauptete Verletzung des Rechts auf Nicht-Ausscheiden eines Konkurrenzangebotes nur insoweit überprüfen kann, ob die formalen Voraussetzungen iSd § 129 BVergG 2006 hinsichtlich sämtlicher auszuscheidenden Angeboten eingehalten wurden; § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, welcher auf § 129 BVergG 2006 verweise, müsse demnach teleologisch auf die Einhaltung der Formalerfordernisse reduziert werden.

Anhand dieser Fallkonstruktion sollte gezeigt werden, dass auch die Bestandskraft anderer Auftraggeberentscheidungen als der Ausschreibung die Vergabekontrollbehörden vor erhebliche Schwierigkeiten zu stellen vermag. Letztlich gilt aber auch hier, dass kein sachlicher Grund für die Annahme ihrer Durchbrechung besteht.

⁶³⁸ Vgl auch *Keisler*, RPA 2008, 90 (94).

⁶³⁹ *Etlinger*, RPA 2008, 77 (78).

⁶⁴⁰ *Etlinger*, RPA 2008, 77 (78).

⁶⁴¹ *Etlinger*, RPA 2008, 77 (77ff).

⁶⁴² *Etlinger*, RPA 2008, 77 (78).

VIII. WIDERRUF ALS MÖGLICHER GRUND FÜR EINE DURCHBRECHUNG DER BESTANDSKRAFT?

1. Widerruf allgemein

1.1. Einleitung

Das Gesetz gibt einem Auftraggeber zwei Möglichkeiten ein Vergabeverfahren zu beenden: Zum einen durch Zustandekommen des Leistungsvertrages, zum anderen durch Widerruf des Vergabeverfahrens.⁶⁴³

Gemäß § 139 Abs 1 BVergG 2006 ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten (Z 1) oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten (Z 2). Da Auftraggeber und Bieter gemäß § 140 Abs 9 BVergG 2006 mit der Erklärung des Widerrufs ihre Handlungsfreiheit wieder erlangen, erhellt, dass mit dem Widerruf das Vergabeverfahren beendet ist. Für den Auftraggeber besteht auch nicht die Möglichkeit, die durch Widerruf bewirkte Beendigung des Vergabeverfahrens wieder zu beseitigen.⁶⁴⁴

1.2. Gesetzesmaterialien zum Widerruf

In der Regierungsvorlage zum BVergG 2006 heißt es zu den §§ 138 und 139:⁶⁴⁵

"§ 138 Abs 1 regelt jenen Fall, in dem widerrufen werden muss. Abs 2 enthält jene Fälle, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen kann. Abs 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlage. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig

⁶⁴³ §§ 135 Abs 1 und 276 Abs 1 BVergG 2006. Die abweichend von der Nachprüfungscompetenz des BVA geschaffenen Bestimmungen der §§ 140 Abs 9 und 331 Abs 2 BVergG 2006, wonach die dort genannte Feststellung des BVA als Erklärung des Widerrufs gilt, besitzt für die vorliegende Arbeit keine Relevanz, sodass nicht näher auf sie eingegangen wird.

⁶⁴⁴ VwGH, 26.04.2007, 2005/04/0222.

⁶⁴⁵ 1171 BlgNR 22. GP 89.

anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Abs 1 fallen, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte. Ein Widerruf des Vergabeverfahrens ist nunmehr in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Abs 2 erstreckt sich auf jene Konstellationen, in denen nachträglich (dh nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen.

Im Hinblick auf die einschlägige ständige Judikatur des EuGH (Rs C-27/98, C-92/00 und C-244/02) ist darauf hinzuweisen, dass an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen ist, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. (Der EuGH hat in der Rs C-244/02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien 'nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden.' Weiters hat der EuGH ausgeführt, ... 'dass ein Auftraggeber, der beschließt, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bietern zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen.') Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert (Extremfall: alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (zB unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem Auftraggeber möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen.

In jenen Fällen in denen die Mitteilung über die Widerrufsentscheidung (uU kurz) vor Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist erfolgte und im darauf folgenden

Nachprüfungsverfahren die Widerrufsentscheidung für nichtig erklärt wurde, kann ein (nochmaliger) Widerruf sachlich gerechtfertigt sein, wenn aufgrund der Widerrufsentscheidung Unternehmer es unterlassen haben, Angebote zu legen bzw auszuarbeiten oder Unternehmer keine Teilnahmeanträge eingereicht haben (zur Vermeidung von aus ihrer Sicht frustrierten Aufwendungen) und der Auftraggeber deshalb einen zu geringen bzw eingeschränkten wirtschaftlichen Wettbewerb befürchtet.

Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens ist geeignet, beim Bieter „vergebliche“ Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte – wenn auch nicht allzu strenge – Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Gründe gemäß Abs 1 und 2 auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) verursacht wurden (vgl dazu auch die Fallkonstellation im Verfahren C-244/02). In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig. Zu den Widerrufstatbeständen des § 139 Abs 1 Z 1 und 2 sowie des Abs 2 Z 3 siehe die Erläuterungen zu § 138.

Der ex-lege-Widerruf („gilt als widerrufen“) des bisherigen § 105 Abs 3 BVergG 2002 wird nicht übernommen; wenn kein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden verbleibt, ist das Verfahren zu widerrufen (diese Neuerung ermöglicht es, dass bei der Nachprüfung des Widerrufs jedenfalls an eine Entscheidung des Auftraggebers angeknüpft werden kann.) Zu § 140 (Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung): Die Regelung des § 140 beinhaltet aber durch die Einführung eines zweistufigen Systems (Widerrufsentscheidung/Widerrufserklärung) eine wesentliche Neugestaltung der Bekämpfung des Widerrufs. Der EuGH hat in der Rs C-15/04, Koppensteiner (unter Verweis auf seine Entscheidung in der Rs C-92/00, Hospital Ingenieure) klar zum Ausdruck gebracht, dass die Entscheidung über den Widerruf der Ausschreibung zu den Entscheidungen gehört, für die ein Nachprüfungsverfahren eingeführt werden muss und die – im Fall der Rechtswidrigkeit – aufhebbar sein müssen. Es ist daher davon auszugehen, dass die im System des BVergG 2002 vorgesehene Einschränkung der Bekämpfung des Widerrufs auf ein Feststellverfahren mit der anschließenden Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen, den gemeinschaftsrechtlichen

Anforderungen nicht mehr entspricht. Aus diesem Grund wird die Bekämpfbarkeit des Widerrufs in Anlehnung an das Regelungskonzept beim Zuschlag neu gestaltet."

In den Materialien⁶⁴⁶ zu den §§ 26 und 27⁶⁴⁷ heißt es:

"Diese beiden - im wesentlichen der ÖNORM A 2050 entsprechenden - Bestimmungen dienen vor allem dem Schutz der Bieter. Jede Veränderung der Ausschreibungsbedingungen ohne Benachrichtigung der Bieter sowie jeder Widerruf der Ausschreibung ist geeignet, einerseits beim Bieter "vergebliche" Aufwendungen zu erzeugen, andererseits zu einer Mangelhaftigkeit der Angebote mit den sich daran knüpfenden Folgen zu führen. Auch die Benachrichtigung der Bieter von Berichtigungen und die Bindung des Widerrufs einer Ausschreibung an bestimmte Voraussetzungen sollen dazu beitragen, allfällige Kosten - und damit verbunden: allfällige Schadenersatzansprüche - zu vermeiden.

[...]"

In den Materialien⁶⁴⁸ zu den §§ 104 und 105 BVergG 2002 heißt es:

"Diese beiden Bestimmungen dienen unter anderem dem Schutz der Bieter. Jeder Widerruf der Ausschreibung ist geeignet, beim Bieter „vergebliche“ Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs einer Ausschreibung an bestimmte Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. Ein Widerruf der Ausschreibung ist nunmehr jedenfalls zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Abs 1 regelt jenen Fall in dem widerrufen werden muss, Abs 2 enthält jene Fälle in denen widerrufen werden kann. Abs 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits bei Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte Budgetkürzung, mangelnde budgetäre Bedeckung, weil Angebotspreise trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz liegen, eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Abs 2 umschreibt jeweils die Konstellationen, in denen nachträglich (dh nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umstände, vorliegen (zB Veränderung in Bezug auf Ausschreibungsgrundlagen –

⁶⁴⁶ 972 BlgNR 18. GP 60.

⁶⁴⁷ § 27 regelte den Widerruf der Ausschreibung, § 26 normierte die Berichtigung der Bekanntmachung und der Ausschreibung.

⁶⁴⁸ 1087 BlgNR 21. GP 42.

wie neue Technologien, keine angemessenen Preise angeboten usw.). 'Bestehen' ist im Sinne von vorliegen und nicht im Sinne von 'hervortreten' zu verstehen. Gründe gemäß Abs 1 und 2 können auch dann vorliegen, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) verursacht wurden. In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig. Ein Widerruf der Ausschreibung zum alleinigen Zweck der Reduktion des (angemessenen) Preises in einem neuerlichen Verfahren ist unzulässig. Es ist allerdings festzuhalten, dass bei festgestellten generell überhöhten Preisen ein Widerruf jedenfalls zulässig ist, da dies unzweifelhaft einen 'zwingenden Grund' im Sinne des Abs 1 darstellt. Damit ist es dem Auftraggeber aber auch möglich, bei festgestellten generell überhöhten Preisen im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen."

1.3. Ausgangssituation

In der Literatur⁶⁴⁹ und in der Spruchpraxis⁶⁵⁰ der Vergabekontrollbehörden wird häufig⁶⁵¹ als möglicher Grund für eine Durchbrechung der Bestandskraft argumentiert, dass die zu Grunde liegende Ausschreibung zwingend zu widerrufen sei.⁶⁵² Es ist davon auszugehen, dass diese Meinungen § 139 Abs 1 BVergG 2006 als verwirklicht ansehen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich - wie soeben gezeigt -, dass nur solche Umstände den Widerruf rechtfertigen, die im Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber zum damaligen Zeitpunkt nicht kannte.⁶⁵³ Im Falle einer rechtswidrigen Ausschreibung besteht natürlich die Möglichkeit, dass der Auftraggeber fahrlässig eine Rechtswidrigkeit produziert oder aber, dass er diese bewusst gestaltet. Es ist daher zu fragen, ob die Widerrufsgründe des § 139 Abs 1 Z 1 und Z 2 BVergG 2006 auch dann verwirklicht sind, wenn der Auftraggeber die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im Ausschreibungszeitpunkt - und damit jene Umstände, die zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung führen hätten müssen - kannte oder kennen musste. In der Literatur wird die Lösung dieser Frage anhand eines Größenschlusses

⁶⁴⁹ *Estermann* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht, 418; *Fink* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II, 119.

⁶⁵⁰ BVA, 31.08.2006, N/0062-BVA/12/2006-22; UVS Burgenland, 11.03.2008, E VNP/11/2008.002/006 (1.) und E EV/11/2008.002/006 (2.) = RPA 2008, 165 (165ff).

⁶⁵¹ In manchen Fällen deutlich, in anderen implizit.

⁶⁵² Seit der Rechtssache *Hospital Ingenieure*, EuGH, 18.06.2002, Rs C-92/00, ist klargestellt, dass die Widerrufsentscheidung [zur Verdeutlichung: die Entscheidung von der Möglichkeit des Widerrufs Gebrauch zu machen] eine nachprüfbare Entscheidung ist bzw sein muss.

⁶⁵³ 1171 BlgNR 22. GP 89; aber auch schon in AB 1118 BlgNR 21. GP 54 (zu §§ 104 und 105 BVergG 2002).

nach dem Gesetzeszweck vertreten, demzufolge die Widerrufsbestimmungen die Sicherstellung einer rechtmäßigen Leistungsvergabe bezwecken.⁶⁵⁴ Daraus sei abzuleiten, dass die ursprüngliche Kenntnis und das - eventuell bewusste - in Kauf nehmen des Fehlens der wesentlichen Grundlage für das Vergabeverfahren gleich zu behandeln seien, wie der Fall, wo dem Auftraggeber der Umstand des Fehlens erst nach der Ausschreibung bekannt werde.⁶⁵⁵ Nach dieser Sicht hängt die Frage der Zulässigkeit des Widerrufs ausschließlich von objektiven Gründen ab.⁶⁵⁶

Für den VwGH⁶⁵⁷ verpflichten rechtliche Gründe die auf einem Fehler des Auftraggebers beruhen, die dem Auftraggeber erst nachträglich - zum Beispiel in einem Nachprüfungsverfahren - bekannt werden, zum Widerruf.⁶⁵⁸ Auf die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung hat nach Sichtweise des VwGH⁶⁵⁹ fahrlässiges Auftraggeberverhalten keinen Einfluss, dies wirke sich allenfalls auf Schadenersatzpflichten aus.⁶⁶⁰

1.4. § 341 Abs 3 BVergG 2006

In diesem Zusammenhang ist auf § 341 Abs 3 BVergG 2006 zu verweisen. Gemäß dieser Bestimmung kann ein Bieter im Falle, dass der Auftraggeber eine von ihm verschuldete mangelhafte Ausschreibung widerruft, ohne vorherige Befassung der Vergabekontrollbehörden Schadenersatz direkt bei den ordentlichen Gerichten geltend machen. Durch die BVergG Novelle⁶⁶¹ wurde § 341 Abs 3 der Satz hinzugefügt, wonach dieses Sonderregime für Schadenersatz dann nicht zum Tragen kommt, wenn die schuldhafte Verursachung der Erklärung des Widerrufs im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können.

⁶⁵⁴ Schramm/Öhler/Stickler in Schramm et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, §§ 104 und 105, Rz 16.

⁶⁵⁵ Schramm/Öhler/Stickler in Schramm et al (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, §§ 104 und 105, Rz 16.

⁶⁵⁶ So auch OGH, 17.12.2001, 1 Ob 284/01y; Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 191f mwN.

⁶⁵⁷ VwGH, 01.10.2008, 2004/04/0237 und 0238. Der VwGH lässt dabei offen, wem gegenüber diese Verpflichtung besteht. In diesem Verfahren ging es um die Beurteilung, ob die Nichtigerklärung eines vom Auftraggeber vorgenommenen Widerrufs durch die belange Behörde rechtmäßig war, was vom VwGH verneint wurde.

⁶⁵⁸ Ausdrücklich genannt werden in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene rechtswidrige Bedingungen oder ein fehlendes, ungeeignetes oder rechtswidriges Bestbieterermittlungsschema.

⁶⁵⁹ VwGH, 28.01.2008, 2008/04/0001.

⁶⁶⁰ Für den VwGH war es daher irrelevant, ob der Auftraggeber gegebenenfalls schon im Zeitpunkt der Ausschreibung hätte wissen müssen, dass die - nun zum Widerruf führenden - Umstände erforderlich sein werden.

⁶⁶¹ BGBl I Nr 86/2007.

1.5. *Widerrufsgründe*

Aus der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden ergibt sich eine große Zahl an insbesondere auch rechtlichen Umständen, die einen zwingenden Widerrufsgrund darstellen. Zu nennen sind hier beispielsweise, dass eine Ausschreibungsbestimmung rechtswidrig ist (worunter auch ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags zu subsumieren ist),⁶⁶² dass die Ausschreibung den wesentlichen Grundsätzen des Vergaberechts widerspricht,⁶⁶³ dass die Ausschreibung mehrdeutig ist, was zur Folge hat, dass die Angebote nicht vergleichbar sind,⁶⁶⁴ dass in der Ausschreibung ein unzulässiges Vergabeverfahren⁶⁶⁵ festgelegt wurde.⁶⁶⁶ Im zuletzt genannten Bescheid erklärte das BVA die Auftraggeberentscheidung mit der Begründung für nichtig, dass der Fall des zwingenden Widerrufs der Ausschreibung gleich zu sehen sei wie jener Fall, wo der Zuschlag bei rechtmäßiger Vorgehensweise an einen anderen Bieter gehen würde, sodass eine durch die Rechtswidrigkeit der Wahl des falschen Vergabeverfahrens mit der Notwendigkeit des Widerrufs der Ausschreibung belastete Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig und auch "ausgangsrelevant" anzusehen sei.⁶⁶⁷

Auch das sachlich nicht gerechtfertigte Unterlassen der Reihung oder Gewichtung von Zuschlagskriterien und die daraus resultierende Unmöglichkeit einer objektiv nachvollziehbaren Bestbieterermittlung stellen für das BVA⁶⁶⁸ einen zwingenden Widerrufsgrund gemäß § 55 Abs 1 BVergG 1997 dar.⁶⁶⁹

⁶⁶² BVA, 01.08.2002, N-18/02-39. Hervorzuheben ist, dass in diesem - nach dem BVergG 1997 geführten - Verfahren, die Nichtigklärung einer Zuschlagsentscheidung begehrt wurde, weil eine Ausschreibungsbestimmung gemeinschaftsrechtswidrig war. Das BVA erklärte die angefochtene Entscheidung für nichtig, weil der Fall, dass die Ausschreibung zu widerrufen sei, dem Fall gleichzuhalten sei, dass der Zuschlag bei rechtmäßiger Vorgangsweise an einen anderen Bieter gehen würde.

⁶⁶³ BVA, 07.11.2003, 14N-91/03-29.

⁶⁶⁴ BVA, 29.06.1999, F-29/98-13. Das BVA folgerte, dass unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber sowie des freien und lautereren Wettbewerbs ein zwingender Widerrufsgrund auch dann anzunehmen sei, wenn durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wesentliche Grundsätze des Vergaberechts verletzt würden. Dieser Bescheid fiel in den Anwendungsbereich des BVergG 1997.

⁶⁶⁵ BVA, 20.04.2002, N-136/01-41. Auf diesen Bescheid fand das BVergG 1997 Anwendung.

⁶⁶⁶ Es wurde hier bewusst versucht, solche Widerrufsgründe zu nennen, deren Ursache in der Ausschreibung liegt, die also bereits vom Bieter durch Anfechtung der Ausschreibung hätten geltend gemacht werden können.

⁶⁶⁷ BVA, 20.04.2002, N-136/01-41.

⁶⁶⁸ BVA, 12.02.2001, F-13/00-16.

⁶⁶⁹ In diesem Sinne auch UVS Burgenland, 11.03.2008, E VNP/11/2008.002/006 (1.) und E VEV/11/2008.002/006 (2.) = RPA 2008, 165 (165ff).

Nach der Spruchpraxis des BVA⁶⁷⁰ bedeutet aber nicht jede Rechtswidrigkeit in der Ausschreibung einen zwingenden Widerrufsgrund, sondern nur eine von entsprechendem Gewicht. Zu § 40 Abs 1 BVergG 1997⁶⁷¹ wurde ausgeführt, dass Umstände, die zu einer anderen Ausschreibung geführt hätten, - bereits - dann vorlägen, wenn eine Ausschreibungsbestimmung als rechtswidrig erkannt werde, "da die Ausschreibung ja dann rechtens ohne diese rechtswidrige Bestimmung zu erstellen wäre."⁶⁷²

In der Literatur⁶⁷³ wird eine solch qualifizierte und zum zwingenden Widerruf führende Rechtswidrigkeit für Fallkonstellationen angenommen, in denen die Ausschreibung gegen ein gesetzliches Verbot, die guten Sitten oder "derart gegen die Grundsätze des Vergaberechts verstößt, dass dies einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens befürchten lässt."

Unter Zugrundelegung dieser Literaturmeinung und Spruchpraxis zur Frage, wann ein zwingender Widerrufsgrund verwirklicht wurde sowie jener Meinungen, denen zufolge die Bestandskraft der Ausschreibung dann nicht greifen soll, wenn die Ausschreibung zwingend zu widerrufen ist, wird fraglich, wieviel vom System "Bestandskraft der Ausschreibung" übrig bliebe. Es ist zu vermuten, dass der Anwendungsbereich dieses Systems überschaubar wäre. Gleichzeitig führt diese Sichtweise und Spruchpraxis zu einer Verdoppelung⁶⁷⁴ des Rechtsschutzes der Bieter, da Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung einerseits durch Anfechtung der Ausschreibung und andererseits durch Bekämpfung der Auftraggeberfolgeentscheidung mit der Begründung, dass diese aufgrund des Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes überhaupt nicht hätte ergehen dürfen, geltend gemacht werden können. Dieses Ergebnis steht auch in einem Spannungsverhältnis zu dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot nach einem schnellen Vergabeverfahren.

⁶⁷⁰ BVA, 20.04.2001, N-43/01-20 und N-46/01-18.

⁶⁷¹ Dieser entspricht § 139 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG 2006.

⁶⁷² BVA, 20.04.2001, N-43/01-20 und N-46/01-18.

⁶⁷³ *Schramm/Öhler/Stickler* in *Schramm et al* (Hrsg), BVergG 2002, Kommentar, §§ 104 und 105, Rz 22.

⁶⁷⁴ Für das Nachprüfungsverfahren gilt der Grundsatz, dass jede Rechtswidrigkeit bei erster Gelegenheit bei sonstigem Anspruchsverlust geltend gemacht werden muss, was zur Folge hat, dass ein Bieter, der die Nachprüfungsfrist ungenützt verstreichen lässt, nach dem Rechtsschutzsystem des BVergG keine zweite Möglichkeit zur Geltendmachung hat (BVA, 10.08.2007, 17F-4/05-26).

2. Judikatur und Spruchpraxis zu dieser Frage

2.1. Nationale Entscheidungen

Der Bescheid des BVA⁶⁷⁵ vom 07.11.2003 ist als gutes Beispiel dafür anzusehen, wie schwierig sich das Verhältnis zwischen Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes und gleichzeitiger Bestandsfestigkeit der diese problematische Klausel enthaltenden Ausschreibung darstellt. Einleitend verwies das BVA zwar auf die - infolge Ablauf der Anfechtungsfrist für die Ausschreibung eingetretene - Unangreifbarkeit der vom Auftraggeber aufgestellten Ausschreibungsbedingungen, gleichwohl wurde in weiterer Folge erklärt, dass "sich der Senat zu den nachfolgenden Ausführungen veranlasst" sieht. Das BVA argumentierte, dass gemäß § 57 Abs 2 BVergG 2002 die in Z 1 bis 5 aufgezählten Nachweismittel zum Beleg der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden dürften. Diese Liste entspreche im Wesentlichen Art 27 Abs 1 lit a bis e der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Auch aus der Judikatur des EuGH⁶⁷⁶ ergebe sich, dass keine anderen als die in der genannten Richtlinienbestimmung angeführten Nachweismittel verlangt werden dürften. Die Ausschreibung stehe jedenfalls hinsichtlich der in Rede stehenden Bestimmung im Widerspruch zu wesentlichen Grundsätzen des BVergG 2002, da in der Ausschreibung ein nicht in § 57 Abs 2 BVergG 2002 normiertes Nachweismittel gefordert werde.

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung aus anderem Grund für nichtig erklärt wurde, bleibt unklar, welche Bedeutung das BVA diesen Ausführungen beimisst. Die einleitende Formulierung "Ungeachtet der Tatsache [...]", lässt die Annahme zu, das BVA wolle hier ungeachtet der Bestandskraft der Ausschreibung diesen Widerrufsgrund - in welcher konkreten Form auch immer - aufgreifen. Das BVA nimmt in diesem Bescheid auch ausdrücklich Bezug auf den zuvor dargestellten Bescheid des BVA⁶⁷⁷ vom 20.04.2001. Wie ausgeführt, erging dieser Bescheid aber zum - kein System von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen enthaltenden - BVergG 1997. Unter dem damals in Geltung stehenden gesetzlichen Regime mögen derartige Überlegungen zulässig gewesen sein. Ihre Übertragung auf in den Anwendungsbereich des BVergG 2002 und natürlich BVergG 2006 fallende Sachverhalte kann allerdings aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Präklusion nicht

⁶⁷⁵ BVA, 07.11.2003, 14N-91/03-29.

⁶⁷⁶ EuGH, 10.02.1982, Rs C-76/81.

⁶⁷⁷ BVA, 20.04.2001, N-43/01-20, N-46/01-18.

ohne weiteres vorgenommen werden, da sonst das vom Gesetzgeber geschaffene System über die Hintertür des zwingenden Widerrufs wieder ausgehebelt werden könnte. Bei der Bestandskraft (der Ausschreibung) einerseits und dem Widerruf der Ausschreibung andererseits handelt es sich um zwei getrennte Rechtsfiguren, die auch eigenständig zu betrachten sind, wobei das eine Institut nicht als Rechtfertigung für die Einschränkung der Wirkung des anderen herangezogen werden kann.

In einem Bescheid des BVA⁶⁷⁸ wurde die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers wegen unterlassener Reihung oder Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung für nichtig erklärt. Zuvor bejahte das BVA allerdings das Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes, erklärte aber, dass es aufgrund des der Prüfungstätigkeit des BVA innewohnenden Antragsgrundsatzes (§ 115 Abs 1 iVm Abs 5 Z 1 und 6 BVergG) und im Hinblick auf das Begehren der Antragsteller nicht möglich sei, die in Rede stehende Ausschreibung zu widerrufen. Dass dem BVA die Befugnis eine Ausschreibung - an Stelle des Auftraggebers - zu widerrufen, vom Gesetzgeber überhaupt nicht verliehen wurde,⁶⁷⁹ stellte der VfGH⁶⁸⁰ später ausdrücklich fest. Diesen VfGH - Erkenntnissen lag die Annahme zu Grunde, dass es sich beim Unterlassen des Widerrufs nach der Systematik des BVergG 1997 um keine für nichtig erklärbare Entscheidung handelt.

Der VwGH⁶⁸¹ betont, dass auch ein auszuscheidender Bieter die Möglichkeit haben müsse, die Ausschreibungsbedingungen innerhalb der dafür offenstehenden Frist zu bekämpfen.⁶⁸² Da allerdings im Beschwerdefall die Ausschreibung mangels Anfechtung bestandsfest geworden sei⁶⁸³ und der Beschwerdeführer nicht in der Lage gewesen sei, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, sei er

⁶⁷⁸ BVA, 08.06.1999, N-18/99-13.

⁶⁷⁹ Daran vermag auch die - bereits erwähnte - dem BVA durch die §§ 140 Abs 10 und 331 Abs 2 BVergG 2006 eingeräumte Möglichkeit zur Feststellung nichts zu ändern.

⁶⁸⁰ VfGH, 25.11.2003, B 451/02; VfGH, 02.03.2002, B 691/01.

⁶⁸¹ VwGH, 28.03.2007, 2005/04/0200.

⁶⁸² Unter Verweis auf EuGH, 12.02.2004, Rs C- 230/02,

⁶⁸³ *Keisler*, RPA 2007, 270 (273), kritisiert dieses Ergebnis, da diesem Verfahren ein Ausschreibungsfehler zu Grunde gelegen sei, "der - selbst nach Präklusion - verhindert, dass einem Bieter der Zuschlag rechtmäßig erteilt werden kann."

nicht schutzwürdig und könne daher auch nicht geltend machen, dass andere bzw alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären.⁶⁸⁴

2.2. *EuGH, 04.12.2003, Rs C-448/01*

Der EuGH⁶⁸⁵ hat ausgesprochen, dass eine Ausschreibung zu widerrufen sei, sofern sich eine Entscheidung bezüglich eines vom Auftraggeber festgelegten Zuschlagskriteriums im Nachprüfungsverfahren nach Art 1 der Richtlinie 89/665/EWG als rechtswidrig erweise und aus diesem Grund von der Nachprüfungsinstanz für nichtig erklärt werde. Der EuGH betonte dabei, dass sich die Auftraggeber wegen der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten müssten, sodass die Zuschlagskriterien in diesem Zeitraum insbesondere auch nicht geändert werden dürften. Im Falle der Nichtigklärung einer Auftraggeberentscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums könne der Auftraggeber "das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen,⁶⁸⁶ da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausliefe."⁶⁸⁷

Fraglich ist, ob aus diesem Urteil bereits ein Recht der Bieter auf Widerruf abgeleitet werden kann und für die Annahme der Bejahung eines solchen Rechtes, ob dies für alle Widerrufsgründe oder nur für einzelne gilt. Der EuGH⁶⁸⁸ hat die vorgelegte vierte Frage in der Weise umformuliert, ob der Auftraggeber aufgrund der für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts verpflichtet sei, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nach Art 1 der Richtlinie 89/665/EWG als rechtswidrig erweise und deshalb von der Nachprüfungsinstanz für nichtig erklärt werde.

Wie dargestellt, bejahte der EuGH dies. Der vom Gerichtshof beurteilte Fall fiel unter das Regime des BVergG 1997. Überträgt man diese Sichtweise auf das BVergG 2006 so

⁶⁸⁴ Vgl dazu auch VwGH, 12.09.2007, 2005/04/0181. Diesem Erkenntnis lag der Sachverhalt zu Grunde, dass die Beschwerdeführerin eine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung geltend machte, da diese diskriminierende oder von keinem erfüllbare Bedingungen enthielte. Der VwGH verwies in diesem Zusammenhang auf die bestandsfeste Ausschreibung.

⁶⁸⁵ EuGH, 04.12.2003, Rs C-448/01, Rz 95.

⁶⁸⁶ Vgl zu diesem Gesichtspunkt auch VwGH, 01.03.2005, 2002/04/0125.

⁶⁸⁷ EuGH, 04.12.2003, Rs C-448/01, Rz 94.

bedeutet dies, dass eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung des Auftraggebers zum Widerruf der Ausschreibung - nur dann - besteht, wenn ein Zuschlagskriterium im Wege der Anfechtung der Ausschreibung für nichtig erklärt wird. Dies bedeutet aber noch nicht, dass sich ein Bieter bei der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung auf ein (generelles) subjektives Recht auf Widerruf der Ausschreibung berufen kann.

Anders als *Keisler*⁶⁸⁹ meint, ist aus der Judikatur des VwGH nicht abzuleiten, dass ein zur Nachprüfung berechtigender Schaden im Vorliegen eines Widerrufsgrundes zu sehen ist. In der Literatur⁶⁹⁰ wird teilweise angenommen, dass in einer Sachverhaltskonstellation in der die Durchführung des Zuschlagsverfahrens die Verletzung der Vergabegrundsätze notwendig machen könnte,⁶⁹¹ dies einen zwingenden - nicht der Präklusion unterliegenden - Widerrufsgrund darstelle, wobei die Rechtswidrigkeit der jeweiligen Zuschlagsentscheidung im Unterbleiben der gebotenen vorzeitigen Beendigung des Vergabevorgangs erblickt werden könne.

Die eben genannten Meinungen setzen das Vorhandensein eines subjektiven Rechts des Bieters/Bewerbers auf Vornahme des Widerrufs durch den Auftraggeber im Falle des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen voraus.⁶⁹²

⁶⁸⁸ EuGH, 04.12.2003, Rs C-448/01, Rz 91.

⁶⁸⁹ *Keisler*, RPA 2007, 270 (274ff).

⁶⁹⁰ ZB *Fink* in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II, 118ff.

⁶⁹¹ Es soll an dieser Stelle vorderhand nicht untersucht werden, ob in diesen Konstellationen tatsächlich eine Verfahrensbeendigung nur unter Verletzung der Vergabegrundsätze möglich ist.

⁶⁹² Im gegebenen Zusammenhang ist festzustellen, dass im Rahmen dieser Arbeit ausschließlich auf die Frage eingegangen werden soll, ob ein Bieter ein subjektives Recht auf Widerruf gemäß § 139 Abs 1 Z 1 und Z 2 hat. Nicht behandelt wird - aufgrund der davon unterschiedlichen Thematik - die Sachverhaltskonstellation, dass an sich alle Bieter auszuschneiden wären, der Auftraggeber bis auf einen alle Bieter ausscheidet um in der Folge eine Zuschlagsentscheidung zu dessen Gunsten zu treffen. Ob in diesem Zusammenhang vor allem aufgrund der - auch - aus dem Gemeinschaftsrecht erfließenden Rechte (zB Gleichbehandlungsgrundsatz) ein subjektives Recht der ausgeschiedenen Bieter auf Widerruf besteht, kann daher an dieser Stelle dahinstehen.

3. Subjektives Recht⁶⁹³ auf Widerruf⁶⁹⁴?

3.1. Einleitung

§ 320 BVergG 2006 normiert als Voraussetzung für die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren, dass der Unternehmer ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrags behauptet, und dass ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ergänzend verlangt das BVergG 2006 die Angabe eines "Beschwerdepunktes". Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006⁶⁹⁵ haben den § 28 Abs 1 Z 4 VwGG zum Vorbild.⁶⁹⁶ Das BVA hat lediglich bei Vorhandensein eines Anspruchsrechts des Antragstellers, dessen Verletzung denkmöglich ist, Rechtsschutz zu gewähren.⁶⁹⁷ An dieser Stelle ist daher zu untersuchen, ob es sich bei der Verpflichtung zum Widerruf des Auftraggebers gemäß § 139 Abs 1 Z 1 und Z 2 um eine für die Bieter durchsetzbare Rechtsposition, also um ein subjektives Recht im herkömmlichen Sinn handelt,⁶⁹⁸ da nur in einem solchen Fall die Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidung wegen Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes möglich ist.

⁶⁹³ Begrifflich exakt, muss in diesem Zusammenhang jedenfalls zwischen einem Rechtsschutzanspruch des Bieters und einem zu Grunde liegenden Anspruchsrecht unterschieden werden, wobei ersteres der "Bewehrung" des Anspruchsrechts dient. Nach dieser Sicht kann ein subjektives Recht, dann als "unbewehrtes", unabhängig von der Möglichkeit seiner Geltendmachung im Rechtsweg bestehen (vgl dazu *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 36ff sowie 276.).

⁶⁹⁴ Vgl zu diesem Themenkomplex allgemein VfGH, 03.10.1991, B4/91.

⁶⁹⁵ Vgl die §§ 322 Abs 1 Z 5 und 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006.

⁶⁹⁶ Vgl dazu *G. Gruber in Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 441.

⁶⁹⁷ Vgl zur korrespondierenden Regelung des § 28 Abs 1 Z 4 VwGG *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 294.

⁶⁹⁸ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 283 bezeichnen das subjektive Recht als ein "durchsetzbares Recht, also die einem Subjekt von der Rechtsordnung zuerkannte Befugnis, zur Verfolgung eigener Interessen von einem anderen ein bestimmtes Tun, Unterlassen oder Dulden zu fordern."; kritisch zu diesem Verständnis *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, beispielsweise 11 und 63, die insbesondere auf die Gefahr des mit der Kombinationstheorie drohenden Zirkelschlusses hinweist. Es wird in weiterer Folge versucht, sowohl nach herkömmlichen Verständnis als auch nach neuer Sicht darzulegen, dass kein Anspruchsrecht, kein subjektives Recht im klassischen Sinn, eines Bieters auf Widerruf in den in Rede stehenden Fällen besteht.

3.2. Auslegung des Gesetzes; Schutznormtheorie⁶⁹⁹

In einem ersten Schritt ist aufgrund des Wortlautes des Gesetzes im Zusammenhang mit historischer und systematischer Interpretation die Art des Rechtsverhältnisses⁷⁰⁰ zu prüfen, das der Gesetzgeber in den hier interessierenden Fällen erzeugen wollte.⁷⁰¹

Gemäß der Schutznormtheorie⁷⁰² ist hinsichtlich der Frage des Bestehens eines subjektiven Rechtes im Verwaltungsrecht⁷⁰³ allgemein zu fragen, ob eine Norm des objektiven Rechts der Behörde eine Pflicht aus dem Grund auferlegt, "weil diese (auch) im Interesse bestimmter, im Besonderen Betroffener und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit liegt, dann spricht im Rechtsstaat die Vermutung dafür, dass diesen betroffenen Personen eine Berechtigung eingeräumt wird, dass sie also Parteistellung haben (VwSlg 9151 A/1976; VfSlg 12.838/1991)."⁷⁰⁴ Für diese Theorie ist vor allem entscheidend, dass "eine öffentlich rechtliche Norm zumindest auch die Berücksichtigung der Interessen eines individualisierbaren und von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreis vorschreibt."⁷⁰⁵ Nach dieser Sichtweise

⁶⁹⁹ Es besteht kein Grund, die Theorie vom Schutzzweck der Norm nicht auch auf das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge anzuwenden. So ist zwar im klassischen Sinn zu fragen, weshalb eine Behörde zu etwas verpflichtet wird, gleichwohl kann dieser Gedanke auch auf den Auftraggeber übertragen und daher geprüft werden, aus welcher Intention heraus der Gesetzgeber ihn zu einer bestimmten Handlung verpflichtet hat. Dieses Ergebnis wird auch durch die Tatsache gestützt, dass es im Kern um die Frage der Durchsetzbarkeit von subjektiven Rechten gegenüber einer - grundsätzlich das AVG anzuwendenden - Behörde geht. Die Überlegungen von *Holoubek* in *Rill/Griller*, Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 247ff, ob Bieter oder Bewerber in einem Nachprüfungsverfahren ein subjektives Recht in einem strikt verwaltungsverfahrenrechtlichen Sinn durchsetzen oder ob es sich beim Nachprüfungsverfahren eher um die "verfahrensförmig institutionalisierte Geltendmachung von Schadensvermeidungspflichten durch verfahrensförmig gebundene Warnhinweise des potentiellen Vertragspartners im vorvertraglichen Schuldverhältnis" handelt, braucht an dieser Stelle nicht weiter vertieft zu werden, da sich beispielsweise aus der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden und den Gesetzesmaterialien ergibt, dass das Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters und nicht einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle des Vergabeverfahrens dient (vgl dazu BVA, 02.08.2005, 17N-64/05-24; BVA, 15.07.2005, 17N-56/05-33; 1171 BlgNR 22. GP 136). Auch aus der Gesetzssystematik ergibt sich, dass es im Nachprüfungsverfahren um die Durchsetzung von subjektiven Rechten des Antragstellers geht. Insofern spricht beispielsweise § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 von den vom Antragsteller geltend zu machenden Beschwerdepunkten.

⁷⁰⁰ Vereinfacht gesagt ist zu beurteilen, ob eine Amtspflicht oder ein subjektives Recht, dessen Rechtsinhaber diesfalls der einzelne Bürger wäre, dem Rechtsverhältnis zu Grunde liegt.

⁷⁰¹ *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 75.

⁷⁰² Für *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 75, darf auf die Schutznormtheorie erst zurückgegriffen werden, wenn die oben dargestellte Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt.

⁷⁰³ *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 391f, betont, dass sich Rechte an der Verwaltungssache nur aus den von der Behörde anzuwendenden Rechtsvorschriften, ergeben können.

⁷⁰⁴ *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 2002, 54; vgl dazu auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 305.

⁷⁰⁵ *Thienel*, Der Mehrstufige Verwaltungsakt, 50 mwN.

muss also der Schutzzweck der Norm ermittelt werden.⁷⁰⁶ Nicht jede Verpflichtung einer Behörde begründet im Umkehrschluss bereits eine subjektive Berechtigung,⁷⁰⁷ wobei Prüfungsmaßstab insbesondere die Frage ist, ob die in Rede stehende Norm dem Schutz individualisierbarer Interessen dient und nicht ausschließlich dem öffentlichen Interesse.⁷⁰⁸

Im Falle einer aus dem objektiven Recht resultierenden Verpflichtung einer Behörde muss allgemein der Rechtsanwender prüfen, wem gegenüber diese Pflicht besteht, was sich explizit oder implizit aus dem objektiven Recht ergibt, bzw zu ergeben hat.⁷⁰⁹

3.3. Bescheid des UVS Burgenland⁷¹⁰ zur Annahme eines subjektiven Rechts des Bieters auf Widerruf

In der Folge wird anhand eines Bescheides des UVS Burgenland die Bedeutung der Frage, ob die Nichtvornahme des Widerrufs als Begründung für die Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung geltend gemacht werden kann, veranschaulicht.

Aus Sicht des UVS⁷¹¹ waren die Zuschlagskriterien der - bestandsfesten - Ausschreibung "in keinem Fall geeignet" eine objektive Nachvollziehbarkeit der Bestbieterermittlung zu gewährleisten.⁷¹² Begründend führte die Vergabekontrollbehörde aus, dass aufgrund der mangelnden Gewichtung des Qualitätskriteriums im Verhältnis zum Preiskriterium die in der Ausschreibung so gestalteten Zuschlagskriterien der Auftraggeberin einen uneingeschränkten Ermessensspielraum einräumen würden. Die Auftraggeberin könnte

⁷⁰⁶ Vgl zur Frage des Schutzzweckes einer Norm allgemein VwGH, 11.07.2007, 2007/04/0043; VwGH, 08.11.1995, 95/12/0205.

⁷⁰⁷ *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 63f, spricht von einer der normierten Verpflichtung stets korrespondierenden "günstigeren" Position, die von ihr als Recht, jedenfalls in einem rechtsstrukturellen Sinn, bezeichnet wird.

⁷⁰⁸ *Thienel*, Der Mehrstufige Verwaltungsakt, 49f.

⁷⁰⁹ *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 57. Dort heißt es dazu: "Wenn die Rechtsordnung vorsieht, dass die rechtliche Position einer Person Rechtsgestaltungsbefugnissen unterworfen ist, muss zugleich auch klargestellt sein, wem diese Befugnisse zustehen, das heißt also, wem gegenüber die rechtliche Position der 'Subjektion' besteht."

⁷¹⁰ UVS Burgenland, 11.03.2008, E VNP/11/2008.002/006 (1.) und E VEV/11/2008.002/006 (2.) = RPA 2008, 165 (165ff).

⁷¹¹ Der UVS erblickte einleitend auch noch andere Rechtswidrigkeiten, um aber in weiterer Folge, die hier zu behandelnde Problematik als eine noch schwerwiegendere, wesentliche Rechtswidrigkeit zu bezeichnen.

⁷¹² Auf die Problematik, dass der Antragsteller auszuschneiden gewesen wäre, was ihm vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des VwGH (dazu grundlegend VwGH, 28.03.2007, 2005/04/0200) die Antragslegitimation mangels Schaden genommen hat, ist an dieser Stelle nicht einzugehen, da hier die andere -

sich aufgrund dieser und anderer Unklarheiten der Ausschreibung völlig frei entscheiden, welche Bieterangaben sie heranziehe und anhand welcher Zielsetzungen sie diese beurteile. Jede Zuschlagsentscheidung, die auf dieser Basis getroffen würde, müsste aufgrund der mangelnden Nachvollziehbarkeit für nichtig erklärt werden. "Demnach liegen zwingende Gründe vor, aus denen die Ausschreibung zu widerrufen ist, weil jede andere Entscheidung als der Widerruf rechtswidrig wäre und durch Anfechtung aus dem Rechtsbestand beseitigt werden könnte." Da keine Transparenz der Zuschlagskriterien und daraus resultierend keine Nachvollziehbarkeit der Zuschlagsentscheidung gegeben sei, sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Gleichbehandlung⁷¹³ verletzt. Der UVS bejaht den gemäß § 7 Abs 1 Z 2 Bgld VergRSG erforderlichen Einfluss der nach Abs 1 Z 1 leg cit geltend zu machenden Rechtswidrigkeit auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, da das konkrete Vergabeverfahren "bei Einhaltung des Gesetzes (nämlich bei Widerruf) anders als durch die vorliegende Zuschlagsentscheidung zu beenden wäre." Der UVS erblickt also offensichtlich die Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung (Zuschlagsentscheidung) in der Nichtvornahme des Widerrufs⁷¹⁴ durch den Auftraggeber, trotz Vorliegens zwingender Widerrufsgründe.

Exkurs: Zweck des Nachprüfungsverfahrens

Die Prüfbefugnis der Vergabekontrollinstanz beschränkt sich auf die Frage, ob die im Beschwerdepunkt geltend gemachte Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers vorliegt.⁷¹⁵

Daraus, aus den Gesetzesmaterialien⁷¹⁶, sowie aus der gesamten Konzeption des BVergG erhellt, dass das Nachprüfungsverfahren nicht die Wahrung der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens bezweckt,⁷¹⁷ sondern Unternehmen die Geltendmachung ihrer subjektiven Rechte ermöglichen soll. Das Nachprüfungsverfahren dient also der Durchsetzung subjektiver Rechte von Bietern/Bewerbern, die durch Handlungen des

kumulativ - erforderliche Voraussetzung für die Antragslegitimation, das subjektive Recht, behandelt wird (vgl dazu die im konkreten Verfahren maßgebende Bestimmung § 3 Abs 1 Bgld VergRSG).

⁷¹³ § 19 BVergG 2006.

⁷¹⁴ Vergleiche dazu auch Punkt 3.3. des in Rede stehenden Bescheides.

⁷¹⁵ Zur "Problematik" Beschwerdepunkt und BVergG vgl *G. Gruber* in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 445ff.

⁷¹⁶ 1171 BlgNR 22. GP 136.

⁷¹⁷ Dies entspricht auch der allgemeinen Annahme, dass sich aus Art 18 B-VG kein subjektives Recht auf gesetzeskonforme Verwaltungsführung ergibt (vgl dazu für viele *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 284).

Auftraggebers in Form von Entscheidungen verletzt wurden.⁷¹⁸ *Thienel*⁷¹⁹ vertritt die Auffassung, dass das Vergabeverfahren auch die öffentlichen Interessen an der Effizienzsicherung⁷²⁰ im Auge hat, wobei diese Zielsetzung nicht durch amtswegige Aufsichtsverfahren erreicht wird, sondern durch Instrumentalisierung der interessierten Bieter dazu.⁷²¹ Demnach soll es zu einer Beförderung der öffentlichen Interessen im Wege der Durchsetzung von subjektiven Rechten durch die Bieter kommen.⁷²² *Holoubek* argumentiert, dass das Gemeinschaftsrecht die Bedeutung des Einzelnen bei seiner Durchsetzung erkannt habe, sodass es dem Individuum Ansprüche verleiht, um auf diese Weise für seine Durchsetzung zu sorgen.⁷²³

3.4. Untersuchung zum subjektiven Recht

In der Lehre⁷²⁴ wird die Auffassung vertreten, dass Recht die Beziehungen zwischen Personen in der Weise gestaltet, dass es Rechtsverhältnisse schafft, wobei die dieses Rechtsverhältnis begründende Norm als an beiden Enden subjektiviert angesehen werden kann. Bezogen auf den hier interessierenden Fall des möglichen Anspruchsrechtes bedeutet dies, dass sowohl die in Rede stehende Verpflichtung als auch die daraus resultierende Berechtigung einem konkreten oder jedenfalls konkretisierbaren Rechtssubjekt zukommt.⁷²⁵

Es liegt in der Aufgabe des Gesetzgebers durch - mehr oder weniger - geschickte Formulierung oder ausdrückliche Bezeichnung als subjektives Recht⁷²⁶ die Unternehmer in die Lage zu versetzen, Interessen der Allgemeinheit als subjektive Rechte geltend zu machen.⁷²⁷ Unbestritten verfolgt das Vergaberecht vor allem auch den Zweck der Effizienzsteigerung beim

⁷¹⁸ Unter anderem VfGH, 25.11.2003, B 451/02.

⁷¹⁹ *Thienel*, RPA 2003, 7 (8).

⁷²⁰ So auch *Holoubek* in *Rill/Griller*, Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 249.

⁷²¹ Vgl dazu auch *Holoubek*, ZfV 1998, 592 (599).

⁷²² Vgl zu dieser Frage auch die bei *Hahnl*, BVergG 2002, 663, widergegebenen unterschiedlichen Auffassungen.

⁷²³ *Holoubek*, ZfV 1998, 592 (598f).

⁷²⁴ *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 57.

⁷²⁵ *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 57f.

⁷²⁶ Vgl dazu *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 290ff.

⁷²⁷ Für *Holoubek*, ZfV 1998, 592 (599), ist diese Instrumentalisierung der Bieter zu einer objektiven Zielsetzung des Vergaberechtsschutzes verallgemeinerbar; es gehe dabei um die Funktionssicherung des Vergabewettbewerbs aus öffentlichen Interessen.

Einsatz öffentlicher Mittel.⁷²⁸ Gleichwohl ist auch im Vergabeverfahren aufgrund der gesetzlichen Vorgaben⁷²⁹ strikt danach zu differenzieren, wer - insbesondere, ob es der Antragsteller ist - konkret Adressat der fraglichen Norm und damit Träger des normierten subjektiven Rechtes ist.⁷³⁰ Daran vermag auch das gemeinschaftsrechtliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes dem Grunde nach nichts zu ändern; dieses Gebot ist bei der konkreten Auslegung einer Norm schlicht mit zu berücksichtigen.⁷³¹

Entsprechend der oben wiedergegebenen Sichtweise ist zu prüfen, welches Rechtsverhältnis vom Gesetzgeber mit der in Frage stehenden Regelung intendiert war. Geht es im konkreten Fall um ein Rechtsverhältnis zwischen dem verpflichteten Auftraggeber und dem durch die Gesamtheit der Bürger repräsentierten Staat oder handelt es sich um ein dem subjektiven Anspruchsrecht eines einzelnen Bieters entsprechendes Rechtsverhältnis.

Mit anderen Worten: Im konkreten Fall besteht unstrittig eine Verpflichtung des Auftraggebers zum Widerruf, fraglich ist lediglich, wer am anderen Ende des Rechtsverhältnisses steht. Nach herkömmlicher Sichtweise ist zu fragen, wem gegenüber diese Verpflichtung besteht. Besteht die Verpflichtung des Auftraggebers anderen konkreten oder individualisierbaren Privaten oder der Gesamtheit der Bürger als Staat gegenüber? Kann aus der dem Auftraggeber gesetzlich unstrittig auferlegten Verpflichtung zum Widerruf bei Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes⁷³² e contrario ein subjektives Recht des Bieter auf Vornahme des Widerrufs abgeleitet werden? Bejaht man dieses Recht, ist zu prüfen, ob der Bieter dieses Recht in weiterer Folge gegen die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers geltend machen kann und damit, neuerlich, Rechtswidrigkeiten des Verfahrens thematisieren kann, die frühere bereits bestandsfeste Abschnitte des Vergabeverfahrens betreffen.⁷³³ Solche in Rede stehenden subjektiven Rechte werden nach einer Lehrmeinung⁷³⁴ zum Vergaberecht durch alle Rechtsvorschriften begründet, die zumindest auch dem Schutz der interessierten Unternehmer vor dem Schadenseintritt dienen.

⁷²⁸ Vgl zu diesem Gedanken auch *Latzenhofer*, ZVB 2002, 7 (8).

⁷²⁹ Vgl zB § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006.

⁷³⁰ Dies missverstehend UVS Burgenland, 11.03.2008, E VNP/11/2008.002/006 (1.) und E VEV/11/2008.002/006 (2.) = RPA 2008, 165 (165ff).

⁷³¹ Aus diesem Grund für ein weites Verständnis des subjektiven Rechtes *Thienel*, WBl 1993, 373 (382f); *Holoubek*, Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 252.

⁷³² §§ 138 Abs 1 und 139 Abs 1 BVergG 2006.

⁷³³ Insbesondere Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung.

⁷³⁴ *Thienel*, RPA 2003, 7 (8); *Thienel*, WBl 1993, 373 (382).

In den Materialien⁷³⁵ wird, wie gezeigt, immer nur von der Befugnis des Auftraggebers gesprochen, das Vergabeverfahren widerrufen zu können, nicht aber auch von einer Berechtigung des Bieters, dies zu verlangen.

Das BVA⁷³⁶ nimmt - ohne Begründung und zur Rechtslage vor dem BVergG 2002 - an, dass Bieter ein subjektives Recht auf Widerruf und Unterbleiben der Zuschlagsentscheidung haben. Bei den Überlegungen zur Zielsetzung der zwingenden Widerrufsgründe ist auch sowohl die Spruchpraxis des BVA⁷³⁷, wonach auch die Haushaltsgrundsätze nach Art 126b Abs 5 B-VG eine sachliche Rechtfertigung für den Widerruf darstellen können, als auch die Judikatur des OGH⁷³⁸, der den Widerruf auch in Fällen in denen die mangelnde Korrektur von Ausschreibungsfehlern dem Grundsatz der sparsamsten Verwendung öffentlicher Mittel zuwiderlaufen könnte zuließ, zu beachten.

3.5. Kann das Unterlassen des Widerrufs der Ausschreibung durch den Auftraggeber trotz Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes als solch eine Entscheidung qualifiziert werden, die nach der Judikatur des EuGH⁷³⁹ überprüfbar sein muss?

Der VfGH⁷⁴⁰ hat wiederholt ausgesprochen, dass nach der Systematik des BVergG nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers seien, die als tauglicher Anfechtungsgegenstand auch vom BVA für nichtig erklärt werden könnten. "Rechtswidriges Unterlassen des Auftraggebers wird daher vielfach mangels eigenständigen Erklärungswertes nach außen erst im Zuge entsprechender, darauf beruhender nachfolgender Teilakte als 'Entscheidungen' in Erscheinung treten und im Zuge der Anfechtung dieser Teilakte einen zureichenden Rechtsgrund für deren Nichtigkeit bilden.

[...]

Selbstverständlich können dieser Entscheidung [Anmerkung: die einer nicht anfechtbaren Unterlassung folgt] dann auch etwaige, in Unterlassungen begründete rechtliche

⁷³⁵ Und es werden die konkreten Konstellationen erörtert, in denen der Auftraggeber dies darf. Vgl dazu 1171 BlgNR 22. GP 39, 42, 69, 89, 90.

⁷³⁶ BVA, 23.05.2001, N-32/01-29, N-39/01-14, N-40/01-16.

⁷³⁷ BVA, 20.12.2002, N-20/01-31; BVA, 10.07.2002, N-19/02-19.

⁷³⁸ OGH, 17.12.2001, 1 Ob 284/01y.

⁷³⁹ EuGH, 02.06.2005, Rs C-15/04 (Koppensteiner), Rz 36 und 37.

⁷⁴⁰ ZB VfGH, 02.03.2002, B 691/01.

Mängel des Vergabeverfahrens (wie der behauptete Verstoß gegen § 55 Abs 1 BVergG 1997⁷⁴¹) im Wege eines Nichtigerklärungsantrag zur Last gelegt werden."⁷⁴²

Zu beachten ist, dass diese Rechtsprechung zum BVergG 1997 ergangen ist, sodass die Frage nach der Bestandskraft und deren Durchbrechung durch Annahme eines doppelten Rechtsschutzes⁷⁴³ gegen Ausschreibungsbestimmungen hier nicht schlagend wurde. Gleichwohl hat der VfGH hier implizit ein subjektives Recht⁷⁴⁴ des Bieters auf Widerruf der Ausschreibung bei Vorliegen der zwingenden gesetzlichen Voraussetzungen bejaht, wenngleich auch die Möglichkeit zur Geltendmachung dieses Rechtes erst im Verlaufe des Vergabeverfahrens bestehen soll.

In der Literatur⁷⁴⁵ wird, gestützt auf die Schlussanträge von GA *Leger*⁷⁴⁶ festgestellt, dass auch das Unterlassen einer vergaberelevanten Entscheidung einer Nachprüfung zugänglich sein müsse, sodass das Unterlassen eines vergaberechtlich gebotenen Widerrufs gleich zu bewerten sei wie der rechtswidrig erfolgte. Auch *Egger*⁷⁴⁷ dürfte von einem Erfordernis der Anfechtbarkeit der Unterlassung des Widerrufs oder jedenfalls von der Möglichkeit zur Geltendmachung dieser Unterlassung im Wege der Anfechtung der folgenden Zuschlagsentscheidung ausgehen, da seines Erachtens andernfalls der Effektivitätsgrundsatz verletzt würde. Diese Befürchtung kann - bezogen auf die hier interessierenden Widerrufstatbestände - aufgrund der Möglichkeit zur Anfechtung der Ausschreibung nicht geteilt werden.

Zusammenfassend ist anzumerken, dass die in der Literatur und Rechtsprechung sowie Spruchpraxis geäußerten Überlegungen zum Recht auf Widerruf nicht nach der Ursache für den unterlassenen Widerruf differenzieren, sondern vielmehr schlechthin von einer allgemeinen Möglichkeit zur Geltendmachung des Unterlassens des Auftraggebers, das Vergabeverfahren durch Widerruf zu beenden, ausgehen.

⁷⁴¹ Diese Bestimmung regelte den zwingenden Widerruf.

⁷⁴² VfGH, 02.03.2002, B 691/01.

⁷⁴³ Zum einen kann der Bieter die Ausschreibung anfechten, zum anderen soll er nach dieser Sicht aber auch einen Mangel der Ausschreibung - der gleichzeitig auch einen zwingenden Widerrufsgrund darstellt - im Wege der Rüge, dass aufgrund eines zwingenden Widerrufsgrundes keine Zuschlagsentscheidung ergehen hätte dürfen, geltend machen.

⁷⁴⁴ Allerdings ohne nähere Begründung.

⁷⁴⁵ *Hoffer/Schmölz*, *ecolex* 2002, 629 (629f).

⁷⁴⁶ Schlussantrag vom 13.06.2002 von GA *Leger* in der Rs C-214/00.

3.6. Gemeinschaftsrechtliche Überlegungen

Die Richtlinie 2007/66/EG normiert in Art 1 Abs 1 die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass - für die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallenden Aufträge - Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch⁷⁴⁸ nach Maßgabe der Art 2 bis 2f der in Rede stehenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können. Das Erfordernis der Raschheit dient dabei zum einen dem am Zuschlag interessierten Unternehmer, zum anderen aber auch dem Auftraggeber, der auf diese Weise zügig, ohne ein langwieriges Verfahren befürchten zu müssen, die benötigte Leistung erhalten kann.⁷⁴⁹

Der EuGH⁷⁵⁰ spricht lediglich von der dem Auftraggeber "stillschweigend verliehenen Befugnis, auf die Vergabe eines Auftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten oder das Vergabeverfahren von neuem einzuleiten [...]",⁷⁵¹ nicht aber von einem Recht des Bieters diesen Widerruf zu verlangen bzw diesen Umstand als Grund für die Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung geltend zu machen. Aus dem genannten Urteil ergibt sich aber auch, dass die Richtlinie 93/37/EWG⁷⁵² bezweckte, den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und anhand objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen.⁷⁵³ Auf Grundlage dieser Überlegungen gelangte der EuGH zu der Schlussfolgerung, dass ein Auftraggeber nicht verpflichtet sei, dem einzig verbliebenen Bieter den Auftrag zu erteilen.

Auch aus diesem Urteil wird die Zielsetzung der Widerrufsregelungen ersichtlich; der Auftraggeber soll in der Lage sein, das günstigste Angebot auszuwählen. Ganz auf dieser Linie

⁷⁴⁷ Egger, Europäisches Vergaberecht, 338 sowie 345.

⁷⁴⁸ Vgl dazu auch Art 1 Abs 1 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.

⁷⁴⁹ So auch Egger, Europäisches Vergaberecht, 330f.

⁷⁵⁰ EuGH, 16.09.1999, Rs C-27/98, Rz 25; dies bestätigend EuGH, 18.06.2002, Rs C-92/00 (Hospital Ingenieure).

⁷⁵¹ Es ist anzumerken, dass der EuGH in dem zitierten Erkenntnis den Widerruf nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder außergewöhnlicher Umstände abhängig gemacht hat.

⁷⁵² Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

⁷⁵³ EuGH, 16.09.1999, Rs C-27/98, Rz 32.

argumentiert auch GA *Saggio*⁷⁵⁴ in seinem Schlussantrag in dieser Rechtssache, der ebenfalls von der die Befugnis zum Widerruf spricht und diese wörtlich als "Ausdruck einer den öffentlichen Auftraggebern in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten eingeräumten Befugnis" qualifiziert, um in weiterer Folge darzulegen, dass der Auftraggeber bis zur endgültigen Zuschlagserteilung im Wesentlichen frei sei, den Auftrag aus einem mittlerweile eingetretenen, im Allgemeininteresse liegenden Grund oder aufgrund einer Neubewertung der Durchführbarkeit des Projekts⁷⁵⁵ nicht zu vergeben.

Weiters nahm der EuGH⁷⁵⁶ umgekehrt zu der hier interessierenden Fragestellung an, dass eine nationale Regelung derzufolge eine Überprüfung der Entscheidung mit der eine Ausschreibung nach Angebotsöffnung widerrufen werde ausgeschlossen sei, im Widerspruch zu Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 lit b der Richtlinie 89/665/EWG stehe.⁷⁵⁷

Aus dem Gemeinschaftsrecht - insbesondere aus den einschlägigen Richtlinien - ergeben sich keine näheren Vorgaben für einzelstaatliche Regelungen zur Erzwingung des Widerrufs. Der EuGH⁷⁵⁸ bestätigt dies und betont, dass die Widerrufsentscheidung dennoch den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts unterworfen bleibt. Der Gerichtshof argumentiert, dass es nach ständiger Rechtsprechung⁷⁵⁹ Zielsetzung der Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene sei, die Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr zu beseitigen, um auf diese Weise die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer zu schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten.⁷⁶⁰

In der Literatur⁷⁶¹ wird in diesem Zusammenhang auf die sich aus dem Primärrecht und aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz erfließenden Verpflichtungen hingewiesen, wobei Egger von der den Mitgliedsstaaten eingeräumten Möglichkeit Gründe für

⁷⁵⁴ Schlussantrag vom 25.03.1999 von GA *Saggio* in der Rs C-27/98, Rz 13.

⁷⁵⁵ Der Generalanwalt nennt dafür beispielhaft einige Gründe.

⁷⁵⁶ EuGH, 02.06.2005, Rs C-15/04 (Koppensteiner), Rz 36 und 37.

⁷⁵⁷ Daher wurde auch in § 2 Z 16 BVergG 2006 die Widerrufsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung normiert.

⁷⁵⁸ EuGH, 18.06.2002, Rs C-92/00, Rz 42.

⁷⁵⁹ Unter Verweis unter anderem auf EuGH, 03.10.2000, Rs C- 380/98, Rz 16.

⁷⁶⁰ EuGH, 18.06.2002, Rs C-92/00, Rz 43.

⁷⁶¹ *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 316f.

eine Verpflichtung zur vorzeitigen Beendigung zu normieren spricht, ohne allerdings aus dem Gemeinschaftsrecht unmittelbar ein subjektives Recht der anderen Bieter auf vorzeitige Beendigung nachvollziehbar abzuleiten.

3.7. Schlussfolgerung

Die Widerrufsbestimmungen und die Bindung des Auftraggebers an Widerrufsgründe bezwecken nach den Vorstellungen des Gesetzgebers⁷⁶² den Schutz der Bieter insoweit, als diesen keine, aufgrund eines Widerrufs vergebliche Aufwendungen entstehen sollen.⁷⁶³ Ziel der Bindung des Widerrufs an Voraussetzungen ist es, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche - gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber - hinten zu halten.⁷⁶⁴

Vor diesem Hintergrund bedarf es jedenfalls einer Begründung, weshalb aus einer Norm, die Verhaltensweisen, genauer Verpflichtungen des Auftraggebers regelt, Rechte des Bieters ableitbar sein sollen. Adressat der Bestimmungen, wann widerrufen werden darf und muss, ist der Auftraggeber, nicht aber der Bieter.⁷⁶⁵ Der Gesetzgeber bezweckt damit also dem Auftraggeber ein Werkzeug in die Hand zu geben, mit dem er das Vergabeverfahren - sofern er die Voraussetzungen einhält auch rechtmäßig - ohne Zuschlag beenden kann. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll es der Bieter nur in der Hand haben, die rechtswidrige Beendigung des Vergabeverfahrens zu verhindern⁷⁶⁶ oder Schadenersatz⁷⁶⁷ geltend machen zu können⁷⁶⁸; es soll aber nicht in seinem Handlungsspielraum liegen, die Durchsetzung einer dem Auftraggeber eingeräumten Befugnis, nämlich das Vergabeverfahren zu beenden, zu erreichen. An diesem Ergebnis vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass der Gesetzgeber *zwingende* Widerrufsgründe⁷⁶⁹ normiert, da die Verpflichtung des Auftraggebers in diesen Fällen nicht

⁷⁶² 1171 BlgNR 22. GP 89.

⁷⁶³ Das Gemeinschaftsrecht fordert die Möglichkeit der Geltendmachung meines Erachtens auch nicht; vgl dazu auch Schlussantrag vom 25.03.1999 von GA *Saggio* in der Rs C-27/98.

⁷⁶⁴ 1171 BlgNR 22. GP 89.

⁷⁶⁵ Es sei an dieser Stelle nochmals betont, dass im Zusammenhang mit dieser Arbeit nur die Tatbestände des § 139 Abs 1 Z 1 und 2 untersucht werden, nicht aber die übrigen.

⁷⁶⁶ Wenn der Widerruf nicht gesetzmäßig erfolgte.

⁷⁶⁷ Vgl dazu § 341 Abs 2 und Abs 3 BVergG 2006.

⁷⁶⁸ In diesem Sinne spricht auch *Elsner*, Bundesvergabegesetz 2006, 21f, nur vom Recht auf Unterbleiben des Widerrufs.

⁷⁶⁹ Vgl die Formulierung "ist [...] zu widerrufen [...]" in § 139 Abs 1 BVergG 2006.

gegenüber dem Bieter, sondern gegenüber der Öffentlichkeit besteht. Die zwingenden Widerrufsgründe sind allesamt Umstände die es abstrakt betrachtet unwahrscheinlich erscheinen lassen, dass der Auftrag auf der Grundlage von wirtschaftlich sinnvollen Bedingungen erteilt werden kann, da das Vergabeverfahren mit einem Mangel⁷⁷⁰ belastet ist, sodass ein ökonomischer Einsatz öffentlicher Gelder nicht gesichert erscheint. Dass bei einem solchen Verständnis der in Rede stehenden Normen nicht die Bieter als Adressaten und daher Berechtigte in Frage kommen, ist unzweifelhaft. So wird der Widerruf in der Literatur beispielweise als "Notbremse" des Auftraggebers bezeichnet, um ein Vergabeverfahren zu beenden.⁷⁷¹

Abschließend kann also gesagt werden, dass sich insbesondere auch aus den - teilweise wiedergegebenen - Gesetzesmaterialien nicht ergibt, dass der Gesetzgeber mit den §§ 138 und 139 BVergG 2006⁷⁷² bezweckt hat, ein dieser Pflicht korrespondierendes subjektives Recht einzelner Bieter auf Vornahme des Widerrufs zu schaffen. Es kann daher im herkömmlichen Sinn nicht davon ausgegangen werden, dass für die in Rede stehenden Bestimmungen des BVergG 2006 das Interesse einer im Besonderen betroffenen und damit von der Allgemeinheit abgrenzbaren Person maßgebend war. Vielmehr ist der Grund für diese Bestimmung im - skizzierten - Interesse der Allgemeinheit zu sehen. Dieses Ergebnis wird insbesondere auch durch die angestellten Überlegungen zum Gemeinschaftsrecht gestützt. Anders als beispielweise im Umweltrecht⁷⁷³ verlangt das Gemeinschaftsrecht im vorliegenden Fall gerade keine Revision des nationalen Verständnisses vom Subjektiven Recht im Sinne eines weiteren Verständnisses, sondern ist vor allem auch aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, zum Beispiel der Raschheit des Vergabeverfahrens⁷⁷⁴ das hier gefundene Ergebnis indiziert.

Aufgrund der Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik⁷⁷⁵ ist daher das Ergebnis erzielbar, dass der Gesetzgeber mit den hier besprochenen Widerrufstatbeständen ein Rechtsverhältnis zwischen dem verpflichteten Auftraggeber und der zum Staat zusammengefassten Gesamtheit der Bürger schaffen wollte.

⁷⁷⁰ Rechtlicher oder wirtschaftlicher Art.

⁷⁷¹ *Reisner in Gruber/Gruber/Sachs*, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 291.

⁷⁷² Sowie auch aus den ebenfalls wiedergegebenen Materialien zu den Vorgängerbestimmungen.

⁷⁷³ Vgl dazu beispielsweise RdU 2005, 177 (179); mit Glosse *Schulev-Steindl*.

⁷⁷⁴ Vgl EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service).

⁷⁷⁵ Der Gesetzgeber kann nicht beabsichtigt haben, den Bietern eine weitere Möglichkeit zur de- facto-Anfechtung der Ausschreibung nach Ablauf der diesbezüglichen Frist, einzuräumen.

Die Konsequenz daraus ist, dass Bieter nicht die Möglichkeit haben, das Vorliegen eines Widerrufsgrundes gegen die Zuschlagsentscheidung ins Treffen zu führen und auf diese Weise im Ergebnis eine Durchbrechung der Bestandskraft der Ausschreibung herbeizuführen.

3.8. Durchbrechung der Bestandskraft durch den Auftraggeber?

Im Zusammenhang mit dem Widerruf muss untersucht werden, ob der Auftraggeber durch die Ausübung dieser ihm verliehenen Berechtigung bzw Verpflichtung die auch für ihn geltende Bestandskraft durchbrechen kann. Hat er beispielsweise ein rechtswidriges Zuschlagskriterium in der Ausschreibung festgelegt und widerruft daher in der Folge, so kann er auf diesem Weg die Wirkung der bestandsfesten Ausschreibung beseitigen. Für *Reisner*⁷⁷⁶ begründet das öffentliche Interesse an einer objektiv rechtmäßigen Führung von Vergabeverfahren eine Rechtfertigung für die von ihm angenommene Durchbrechung der Präklusion. Es stellt sich die Frage, ob es sich bei diesem Widerruf durch den Auftraggeber tatsächlich um eine Durchbrechung der Bestandskraft handelt. Frei formuliert, besteht die Wirkung der bestandsfesten Ausschreibung dem Auftraggeber gegenüber darin, aufbauend auf - und gemessen an - diesen Kriterien, weitere Entscheidungen in diesem Vergabeverfahren zu treffen. Der Gesetzgeber⁷⁷⁷ verpflichtet - wie dargestellt - den Auftraggeber aber nicht, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen. Vielmehr berechtigt er ihn aus bestimmten - nicht allzu schwerwiegenden - Gründen das Verfahren auch ohne Zuschlag zu beenden. Damit wird aber auch die eingangs vertretene These, wonach es sich beim Widerruf um ein selbständiges Rechtsinstitut handelt, das autonom zu beurteilen ist, bestätigt. Auf den skizzierten Fall bezogen bedeutet dies, dass der Auftraggeber innerhalb des Vergabeverfahrens selbstverständlich an seine Ausschreibung und die dort normierten Kriterien gebunden ist, gleichzeitig können diese von ihm aufgestellten Bedingungen aber auch die Beendigung des Vergabeverfahrens ohne Zuschlag rechtfertigen, ohne dass es dabei der Annahme von der Durchbrechung der Bestandskraft bedürfe.⁷⁷⁸ Der Auftraggeber hält sich vielmehr genau an die von ihm aufgestellte Ausschreibung.

⁷⁷⁶ *Reisner* in *Gruber/Gruber/Sachs*, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 303.

⁷⁷⁷ Sowohl der nationale als auch der Gemeinschaftsgesetzgeber.

⁷⁷⁸ Auf die in der Praxis vermutlich selten vorkommende Situation, dass der Auftraggeber auf den Widerruf in der Ausschreibung verzichtet, braucht mangels vermuteter Praxisrelevanz hier nicht näher eingegangen werden.

IX ALTERNATIVE LÖSUNG

1. Auslegung

1.1. Allgemein

Nach der bisherigen Untersuchung ist die Ausgangslage für den Rechtsanwender eindeutig:

Das Gesetz (BVergG) ordnet Präklusion an, ohne Ausnahmen ausdrücklich vorzusehen. Davon ausgehend bereits den endgültigen Schluss abzuleiten, dass die - hier interessierende - Bestandskraft der Ausschreibung unumstößlich bzw in jedem Fall angeordnet wäre, greift allerdings zu kurz.

Andererseits kann und darf aber auch im Rechtsstaat alleine das Bedürfnis nach einer Durchbrechung der Bestandskraft nicht als Rechtfertigung für das gewünschte Ergebnis herangezogen werden.⁷⁷⁹ Es erfordert daher einiger kurzer Überlegungen zur Auslegung allgemein und zum "System Bestandskraft" im BVergG im Besonderen.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ So verständlich das Bestreben nach einer durchbrechenden Regelung aus dem Blickwinkel des rechtsstaatlichen Prinzips erscheinen mag, so problematisch könnte sich eine weitgehend begründungslose Annahme vom Nichteintritt der Präklusion gerade aus der Perspektive der Grundprinzipien darstellen.

⁷⁸⁰ Es wird an dieser Stelle nicht übersehen, dass gerade auch dieser Bereich der juristischen Methodenlehre besonders stark von der Zugehörigkeit der einzelnen Autoren zu rechtswissenschaftlichen Schulen geprägt ist. Für die vorliegende Arbeit interessieren diese Auseinandersetzungen nur am Rande. Es wird daher untersucht, zu welchen Auslegungsergebnissen man bei Berücksichtigung der dazu ergangenen Judikatur im Besonderen des VwGH - wiewohl auch dabei die nicht immer bestehende Stringenz nicht übersehen werden darf - gelangt. Es liegt in der Folge am Leser - eine unterschiedliche methodische Auffassung unterstellt - zu entscheiden, welche Abzweigung er für sich wählt. Bei alledem sollte allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass es vorliegend um die Vergabe öffentlicher Aufträge geht. Es stehen einander am Wirtschaftsleben teilnehmende Rechtssubjekte gegenüber, die ein Interesse an einer schnellen und vor allem rechtssicheren Durchführung des Vergabevorganges haben. Insbesondere gilt es auch den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen, der für eine allenfalls bestehende unbefriedigende Situation verantwortlich ist. Das Problem der Bestandskraft ist kein neues. Bereits die ersten Publikationen zum BVergG 2002 setzten sich kritisch mit diesem Rechtsinstitut auseinander. Sowohl die Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden als auch die höchstgerichtliche Judikatur verdeutlichten, welche Fallstricke und Unsicherheiten in diesem Bereich für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bestehen. Gleichwohl gelang es dem Gesetzgeber bis heute nicht, eine klare Regelung zu schaffen. Sollte allerdings die gegenwärtig vorzufindende Rechtslage auch die tatsächlich intendierte sein - zur Verdeutlichung: dies könnte den Eintritt der Präklusion in allen Fällen bedeuten -, muss sich der Rechtserzeuger den Vorwurf der mangelnden Praktikabilität gefallen lassen, es bestünde dann allerdings keine Legitimation der Normanwender, in Einzelfällen von der gesetzlichen Regelung abweichende Strukturen zu schaffen.

*Raschauer*⁷⁸¹ hat im Zusammenhang mit der teleologischen Interpretation eine an sich für die Auslegung allgemein wesentliche Aussage getätigt:

"In einem parlamentarisch-demokratischen System sind die verfassungsrechtlich legitimierten Rechtssetzungsorgane und nicht die Interpreten zur 'Schaffung' (Ergänzung, Berichtigung) und Aufhebung von Recht berufen; der Interpret soll demgegenüber das 'Gesetz als Befehl' am Einzelfall 'zu Ende denken'."

Der Ausgangspunkt jeder Auslegung ist die Rechtsnorm. Geht man nun davon aus, dass als Sinngehalt einer rechtlichen Regelung nur das angenommen werden darf, was der authentische Text nach den maßgeblichen Regeln sprachlicher Konvention transportieren kann,⁷⁸² stellt sich reflexartig die Frage, was unter diesen Regeln zu verstehen ist.

*Potacs*⁷⁸³ spricht in diesem Zusammenhang vom maßgeblichen Sprachgebrauch und gliedert diesen in Semantik und Pragmatik.

Semantik bedeutet demnach "sprachliche Verständigung unter Bedachtnahme auf den im Sprachgebrauch üblichen Wort- oder Satz Sinn (Wort- oder Satzsemantik) einer Äußerung".⁷⁸⁴ Die Pragmatik umfasst "alle sonstigen im Sprachgebrauch vorfindbaren Konventionen der Verständigung."⁷⁸⁵ Darunter fallen als Interpretationskriterien die Bedachtnahme auf den Textzusammenhang, den Zweck der Regelung sowie ihr historischer Kontext.⁷⁸⁶

Geht man davon aus, dass es Konstellationen geben kann, in denen die Interpretation nicht beim weitesten nach dem Sprachgebrauch noch möglichen Wortsinn endet bzw zu enden hat,⁷⁸⁷ dann kann es Arten der Sinnermittlung geben, deren Ergebnis vom semantischen Sinngehalt der zu deutenden Äußerung nicht mehr getragen wird (hiez zu zählt beispielsweise die

⁷⁸¹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 161.

⁷⁸² *Rill*, ZfV 1985, 461 (466).

⁷⁸³ *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 32.

⁷⁸⁴ *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 32f.

⁷⁸⁵ *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 33f.

⁷⁸⁶ *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 34. Damit sind die klassischen Interpretationsmethoden umschrieben.

⁷⁸⁷ *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 34f. AA beispielweise F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 467f.

Analogie, die Bedachtnahme auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder sonstige "Ergänzungen" oder "Berichtigungen" der semantischen Bedeutung von rechtlichen Anordnungen).⁷⁸⁸

Eine Einschränkung dieser Sichtweise wird wohl in der Vertrauensschutzfunktion des semantischen Sinngehaltes von Rechtsvorschriften zu erblicken sein.

Wie bereits ausgeführt bestehen sowohl auf Grund von rechtsstaatlichen als auch "pragmatischen" Überlegungen (mangelnde Praktikabilität) Bedenken gegen eine in sämtlichen Konstellationen eintretende Bestandskraft der Ausschreibung. Fraglich bleibt dabei aber, welche methodische Überlegung dem Eintritt der Präklusion in derartigen Fällen entgegensteht. Anders ausgedrückt, gilt es zu untersuchen, weshalb man entgegen dem semantischen Sinngehalt zu einer Einschränkung in der Anwendung der in Rede stehenden Normen gelangen sollte.

Zu Beginn dieser Untersuchung einer Interpretation der in Rede stehenden Regelungen erscheint es sinnvoll, auf jene Überlegungen zu verweisen, die *Antoniolli/Koja*⁷⁸⁹ ihren Ausführungen zur Auslegung vorangestellt haben, weil darin der Zusammenhang zwischen Auslegung und Rechtsstaat bzw Demokratie veranschaulicht wird:

Die genannten Autoren bezeichnen die Gewaltenteilung und damit zusammenhängend die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als begriffsnotwendige Voraussetzungen des Verfassungsstaates. Demnach dient das Legalitätsprinzip zum einen auf Grund der Vorherbestimmtheit des staatlichen Handelns der Sicherung der Freiheit des Einzelnen gegenüber staatlicher Macht(ausübung). Zum anderen ist das Gesetz als Ausdruck des Volkswillens Mittel der demokratischen Staatsform. Diese Überlegungen sollen auch verdeutlichen, dass die Hemmung, den Wortlaut einer Norm hinter sich zu lassen, ihren Ursprung nicht zwangsläufig in der Bequemlichkeit des Interpreten hat.

2. Reduktion?

"Bei einer Reduktion wird auf Grund pragmatischer Kriterien ein engerer Sinngehalt angenommen, als er der semantischen Bedeutung der betreffenden Rechtsvorschrift nach zum Ausdruck kommt. In diesem Sinn kann man sagen, daß durch Reduktionen der semantische

⁷⁸⁸ *Potacs*, *Auslegung im öffentlichen Recht*, 34. Er bezeichnet diese Fallgruppe als Formen der reinen Pragmatik, wobei auch die auf reiner Pragmatik beruhende Sinnermittlung eine zulässige Auslegung darstellt.

⁷⁸⁹ *Antoniolli/Koja*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 101.

Sinngehalt einer Bestimmung nach Maßgabe pragmatischer Kriterien 'korrigiert' bzw 'berichtigt' wird."⁷⁹⁰

In Frage steht daher, ob eine Reduktion der Präklusionsvorschriften Platz zu greifen hat.

Zur berichtigenden Auslegung hat der VwGH⁷⁹¹ ausgesprochen, dass für diese im Beschwerdefall schon deshalb kein Raum bestanden hat, "weil keinerlei Grund für die Annahme vorhanden ist, der Wille des Verordnungsgebers sei in eine andere Richtung gegangen, als sie im § 81 Abs 5 AAV zum Ausdruck gekommen ist." Der Gerichtshof verweist in dem zitierten Erkenntnis auf ein Lehrbuch, in dem wiederum die VwGH-Judikatur zu dieser Frage wiedergegeben wird. Dort heißt es, dass "eine berichtigende Auslegung nur dann zulässig wäre, wenn den Gesetzesmaterialien mit eindeutiger Sicherheit entnommen werden könnte, daß der Wille des Gesetzgebers tatsächlich in eine andere Richtung gegangen ist, als sie in der getroffenen Regelung zum Ausdruck kommt."⁷⁹²

Vor dem Hintergrund dieser "strengen" Judikatur erhellt, dass die argumentative Anforderung um eine Reduktion vornehmen zu können, sehr hoch ist. Genau hier setzt auch die Kritik an den in der vorliegenden Arbeit angeführten Thesen von einer Durchbrechung der Bestandskraft an, da übersehen wird, dass die "Beweislast" im gegebenen Zusammenhang bei eben Jenen zu finden ist, die der Reduktion das Wort reden.

Sollen nun Möglichkeiten für eine Reduktion untersucht werden, bedarf es der Beachtung systematischer, teleologischer und historischer Aspekte.

2.1. Historische Überlegungen

Historische Erwägungen vermögen, wie bereits im Hinblick auf die Gesetzesmaterialien mehrfach angedeutet wurde, kein eindeutiges Bild zu ergeben. Ob eine planwidrig überschießende Regelung generell vorliegt, kann daher auf Grund der Gesetzesmaterialien nicht eindeutig beantwortet werden. *Raschauer*⁷⁹³ argumentiert beispielsweise, dass die Erläuternden Bemerkungen zu einer - im weiteren parlamentarischen Verfahren unverändert gebliebenen - Regierungsvorlage als Anhaltspunkt für das Verständnis der in Rede stehenden Rechtsvorschrift

⁷⁹⁰ *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 158.

⁷⁹¹ VwGH, 03.11.1994, 92/18/0042.

⁷⁹² VwGH, 23.02.1966, 1161/65, VwSlg 6872 A/1966.

⁷⁹³ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 160.

zu berücksichtigen sind. Dasselbe gilt nach dieser Sichtweise⁷⁹⁴ für einen im Plenum unveränderten Ausschussbericht. Für die vorliegende Untersuchung mögen diese Überlegungen zu keinem Ergebnis verhelfen, da lediglich die Erläuternden Bemerkungen einerseits zur Regierungsvorlage und andererseits zum Ausschussbericht Unterschiedliches aussagen, nicht aber der Text selbst.

Im Rahmen der historischen Interpretation ist auch zu berücksichtigen, dass sich eine Rechtsvorschrift häufig als Antwort auf die vergangene, als rechtspolitisch unzureichend empfundene Rechtslage darstellt.⁷⁹⁵ Wird dieser Gedanke vom Reaktionscharakter einer Norm im vorliegenden Fall radikal zu Ende gedacht, könnte argumentiert werden, dass der Gesetzgeber auf Grund der Einsicht in die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens drohenden Probleme, eine generell eintretende Bestandskraft normieren wollte. Mit derselben Berechtigung könnte allerdings auch vertreten werden, dass der Gesetzgeber nur jene Fälle erfasst sehen wollte, in denen sich die frühere Rechtslage als besonders den Rechtsschutz beeinträchtigend dargestellt hat.

Für die letzte These spricht, dass die Materialien vereinzelt den Schluss zulassen, dass der Gesetzgeber nicht uneingeschränkt von einem Eintritt der Bestandskraft ausgeht.⁷⁹⁶ In diesen Fällen wird man also im Bereich der historischen Interpretation von einem entsprechenden gesetzgeberischen Willen auszugehen haben. Vor dem Hintergrund der zuvor genannten Judikatur⁷⁹⁷ kann also gesagt werden, dass im Falle der Nennung der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung sowie im Anwendungsbereich des § 80 Abs 3 letzter Satz BVergG 2006 von nicht bestandskraftfähigen Angaben in der Ausschreibung auszugehen ist. Darüber hinaus lässt sich aus diesen Äußerungen aber kein allgemein gültiger Schluss zur Reduktion der Bestandskraft ableiten, außer, dass der Rechtsetzer offenbar keine absolute Bestandskraft einrichten wollte.

Auf der anderen Seite sollte aber auch der zuvor angesprochene Reaktionsgedanke nicht übersehen werden: Ganz klar zum Ausdruck gebracht hat der Gesetzgeber seine Ablehnung gegenüber der bisherigen, durch das Gesetz ermöglichten Verzögerung des Verfahrens durch die Bieter. Gelangt der Interpret mit Hilfe der anderen Auslegungsmethoden zu

⁷⁹⁴ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 160.

⁷⁹⁵ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 160.

⁷⁹⁶ 1171 BlgNR 22. GP 69.

⁷⁹⁷ VwGH, 23.02.1966, 1161/65, VwSlg 6872 A/1966.

Reduktionsergebnissen, die eine Bestandskraft faktisch aushebeln, so kann auf Grundlage der Überlegungen zum Antwortcharakter einer Rechtsvorschrift mit einer großen Wahrscheinlichkeit dies als nicht vom historischen Willen des Gesetzgebers gedeckt bezeichnet werden.⁷⁹⁸ Verfechter einer weitgreifenden Bestandskraft könnten pragmatisch hier einhaken und fragen, warum sich in diesen - angenommenen - Fällen in den Materialien, anders als in den beiden vorgenannten Konstellationen, keine entsprechenden Ausführungen finden lassen, die ein Auslegungsergebnis zu Gunsten einer Reduktion, stützen würden.

Grundsätzlich steht es daher weiter beinahe im Belieben eines jeden Normanwenders zu entscheiden, welchem Pol er sich im Einzelfall anschließen möchte.

Gerade aus dem Bestandskraftsregime kann aber der gesicherte Schluss abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber dem Auftraggeber, den übrigen Bietern und auch der Allgemeinheit, rechtlich abgesicherte schützenswerte Interessen (beispielsweise Rechtssicherheit und ein rasches Verfahren) einräumen wollte.⁷⁹⁹

2.2. Systematische Auslegung oder Auslegung nach dem Rechtstextzusammenhang

2.2.1 Stellenwert der Verfassungskonformen Auslegung:

*Jabloner*⁸⁰⁰ bezeichnet die verfassungskonforme Auslegung als einen Unterfall der systematischen Interpretation, der im "zweiten Durchgang" der Auslegung angewandt wird. Methodisch bedeutet dies, dass eine verfassungskonforme Auslegung nicht als Mittel zur Erzielung eines originären Auslegungsergebnisses herangezogen werden kann, sondern lediglich als Filter verwendet werden darf, um unter den bereits mit anderen Methoden erzielten Ergebnissen die verfassungswidrigen auszuscheiden.⁸⁰¹

⁷⁹⁸ AB 1118 BlgNR 21. GP 24.

⁷⁹⁹ *Sachs* in *Schramm* et al (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 16, Rz 53.

⁸⁰⁰ *Jabloner*, ÖJZ, 1998, 161 (166).

⁸⁰¹ Abweichend von diesem Gedanken wird die verfassungskonforme Interpretation in dieser Untersuchung "vorgezogen". Zum einen soll damit dem möglichen Einwand einer einseitigen Interpretation begegnet werden. Zum anderen empfiehlt sich diese Vorgangsweise zur besseren Lesbarkeit, da die Übergänge zwischen einer systematischen und einer systematisch-teleologischen Auslegung - wie von *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 161, angedeutet - zumindest fließend sind.

In diesem Sinne kommt auch für den VwGH⁸⁰² eine verfassungskonforme Interpretation eines Gesetzes nur dann in Betracht, wenn der Wortlaut des Gesetzes mehrere Auslegungen ermöglicht.

Immanenter Bestandteil, oder präziser formuliert, immanente Voraussetzung für das Bestehen eines Rechtsstaates⁸⁰³ ist das (gesetzliche) Vorsehen von Rechtsschutzeinrichtungen, die die Einhaltung der Rechtsvorschriften sicherstellen.⁸⁰⁴ Es leuchtet auch ohne tiefergehende methodische Überlegungen ein, dass diese Anforderung nicht durch die bloße Existenz derartiger Einrichtungen erfüllt wird. Vielmehr müssen beispielsweise die Zugangsvoraussetzungen (Prozessvoraussetzungen) für diese Institutionen transparent gestaltet sein und eine sinnvolle Rechtsverteidigung gewährleisten. In diesem Sinne fordert auch der VfGH⁸⁰⁵ ein Mindestmaß an faktischer Effizienz von Rechtsschutzeinrichtungen. So leitet der Gerichtshof daraus beispielsweise ab, dass jede Art von rechtswidrigem Vorgehen einer Verwaltungsbehörde gegenüber dem Einzelnen von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts zumindest aber von einer Kollegialbehörde nach Art 133 Z 4 B-VG überprüfbar sein muss.

Für die vorliegende Untersuchung stellt sich vor dem Hintergrund dieser Judikatur naturgemäß sofort die Frage, ob - unter der Annahme, dass die Begriffe Auftraggeber des Vergabeverfahrens und Verwaltungsbehörde im Sinne dieser Judikatur synonym zu verstehen sind - durch die Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung diesem Erfordernis Genüge getan ist. Auf dieser Judikaturlinie fußend könnte auch überlegt werden, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, ein Präklusionssystem zu normieren, das im Ergebnis die "Heilung" von fundamentalen Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung nach sich zieht.

Die Relevanz des rechtsstaatlichen Prinzips⁸⁰⁶ auch im Vergabenachprüfungsverfahren wurde vom VfGH⁸⁰⁷ jedenfalls implizit angenommen.

⁸⁰² VwGH, 20.10.1992, 90/04/0266.

⁸⁰³ Zum Begriff des Rechtsstaates und die Probleme diesen und den Begriff "rechtsstaatliches Prinzip" auf seine verfassungsrechtliche Ausgestaltung hin zu untersuchen, Hiesel, ÖJZ 1999, 522ff.

⁸⁰⁴ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 90.

⁸⁰⁵ Statt vieler VfGH, 02.10.2003, G 378/02.

⁸⁰⁶ Der VfGH selbst spricht vom "Rechtsstaatsgebot" sowie vom "effektiven Rechtsschutz".

⁸⁰⁷ VfGH, 03.03.1998, G 450/97.

Zumindest auf den ersten Blick scheint auch die Judikatur des VfGH⁸⁰⁸, wonach das Verfahren so gestaltet sein muss, dass ein rechtlich richtiges Ergebnis gewährleistet ist, bedeutungsvoll. Die Kehrseite der Bestandskraft ist gerade in der Ermöglichung objektiv rechtswidriger Ergebnisse als rechtmäßig zu erblicken. Auf die Bestandskraft der Ausschreibung angewandt ist daher zu prüfen, ob die gegenwärtig vorzufindende Rechtslage, wonach keine Ausnahme von der Präklusion ausdrücklich normiert wird, den rechtsstaatlichen Anforderungen auch im Lichte der VfGH- Judikatur in all den besprochenen Konstellationen entspricht.

In dem zitierten Erkenntnis vom 15. Oktober 2004, G 237/03 ua, hat der VfGH wörtlich ausgesprochen:

"Beschränkungen, die bloß dazu führen, die Parteien zu einer Mitwirkung an der raschen Sachverhaltsermittlung zu verhalten, stehen im Allgemeinen der Effektivität des Rechtsschutzes nicht entgegen. Es liegt schließlich in der Hand der Parteien selbst, effektiv am Verfahren mitzuwirken und ihr Vorbringen ehestens umfangreich und rechtzeitig zu erstatten, um Rechtsnachteile zu vermeiden. Voraussetzung ist aber die Gewähr, dass die Partei im Verfahren tatsächlich eine solche Möglichkeit effektiv wahrnehmen kann."

Für das vom Gerichtshof zu beurteilende "Neuerungsverbot" des § 23 Abs 1 Z 4 AsylG 1997 im Asylverfahren gelangte der VfGH zu dem Ergebnis, dass dieses Besonderheiten aufweise, die gerade keine Gewähr dafür bieten, dass ein Asylwerber, der willig sei, an der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, bereits in erster Instanz alles für ihn Sachdienliche vorbringe.

Als Gründe dafür werden vom Gerichtshof das System des beschleunigten Zulassungsverfahrens angeführt. Asylwerber würden demnach unmittelbar nach ihrer Einreise einvernommen, zu einem Zeitpunkt, in dem sie sich idR in einem physischen und psychischen Ausnahmezustand befänden, wobei zu berücksichtigen sei, dass Asylwerber meist die deutsche Sprache nicht verstünden. Der Gerichtshof sah also mehrere Ursachen, die ein neues Vorbringen in der zweiten Instanz erforderlich machten, als gegeben an, wobei er betonte, dass die Verfassungsmäßigkeit von Beschränkungen im Rechtsmittelverfahren nicht rein abstrakt für alle denkbaren Fälle beurteilt werden könne.

⁸⁰⁸ VfGH, 15.10.2004, G 237/03 ua.

Für den VfGH bestand im Ergebnis eine Vielzahl von faktischen Umständen, auf Grund derer ein effektiver Rechtsschutz wegen des verfahrensgegenständlichen Neuerungsverbot nicht verwirklicht war.

Ohne sich dem berechtigten Vorwurf des Zynismus auszusetzen, kann nicht gefragt werden, ob sich ein Bieter während der Anfechtungsfrist für die Ausschreibung in einem physischen und psychischen Ausnahmezustand befindet, der es ihm verunmöglicht, die Durchsetzung seiner rechtlichen Interessen zu erreichen. Losgelöst von einer solchen Polemik ist aber jedenfalls zu prüfen, ob strukturell die Position des Bieters mit jener eines Asylwerbers im beschriebenen Sinn im Hinblick auf die Gefährdung des Rechtsschutzes vergleichbar ist. Befindet sich ein Bieter (faktisch auf Grund des Machtungleichgewichts im Verhältnis zum Auftraggeber) in einer Position, die es ihm verunmöglicht, seine Rechte in soweit auszuüben, dass am Ende der Verfahrens ein rechtlich richtiges Ergebnis steht?

Vor dem Hintergrund solcher rechtsstaatlicher Überlegungen wird die Rechtslage im Besonderen im Falle von Ausschreibungen, bei denen der Auftraggeber in der Ausschreibung die Folgeentscheidungen als nicht anfechtbar bezeichnet bzw konstruiert, als problematisch anzusehen sein. Wird eine Ausschreibung derart unklar formuliert, dass sich der Auftraggeber im Ergebnis dadurch einen sehr weiten Beurteilungsspielraum einräumt, wird sich die Vergabenachprüfung der Folgeentscheidung, gerade auch aus rechtsstaatlichen Gründen als schwierig darstellen. Ebenso in Widerspruch zum rechtsstaatlichen Grundprinzip könnte die Gesetzeslage bei Ausschreibungen geraten, in denen ein Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben wird, gleichwohl es im Oberschwellenbereich anzusiedeln wäre, da vom Auftraggeber sonst der gesetzlich vorgesehene Rechtsschutz eingeschränkt werden könnte.

Die Besonderheit der letztbeschriebenen Konstellation ist in dem Informationsungleichgewicht zwischen Auftraggeber und Bieter zu sehen. Der Auftraggeber weiß um den Auftragsumfang Bescheid und kann dieses Wissen zu seinem Vorteil und zum Nachteil des Bieters einsetzen.

Im erstbeschriebenen Sachverhalt und im Falle mehrdeutiger Ausschreibungen leuchtet auf den ersten Blick nicht ein, weshalb sich Bieter, die sehenden Auges auf ihre Rechtsschutzmöglichkeiten verzichten, in einer dem Asylwerber vergleichbaren, dem rechtsstaatlichen Prinzip zuwiderlaufenden Position befinden sollten.

Damit ist auch bereits der entscheidende Punkt dieser Konstellation ausgemacht:

Sieht man die Möglichkeit zur Anfechtung einer dem rechtsstaatlichen Gebot entsprechend gestalteten Ausschreibung durch die Bieter als ausreichendes Instrument zur Rechtswahrung an, besteht kein Grund, den Eintritt der Bestandskraft in Einzelfällen als verfassungswidrig zu beurteilen und deshalb zu verneinen.

Dagegen könnte eingewandt werden, dass schon das mehrfach erwähnte Ungleichgewicht zwischen Auftraggeber und Bieter jene das rechtsstaatliche Prinzip beeinträchtigende Ausgangslage begründet, auf Grund derer zumindest⁸⁰⁹ eine verfassungskonforme Interpretation der zur Präklusion führenden Bestimmungen Platz zu greifen hat. Noch radikaler könnte gefragt werden, ob bereits die Verpflichtung des Gesetzgebers ein Verfahren vorzusehen, das am Ende zu einem rechtlich richtigen Ergebnis führt, das Verbot, ein Präklusionssystem zu normieren, indiziert, bei dem auch solche fundamental dem rechtsstaatlichen Prinzip zuwiderlaufende Situationen eintreten können?

Letztlich handelt es sich bei dieser Frage um eine, die mit Hilfe juristischer Methoden nicht befriedigend geklärt werden kann. Die Ursache liegt vor allem in der ihr zu Grunde liegenden staatsrechtlichen und rechtsphilosophischen Dimension.

Die einen werden die Sicherstellung einer objektiven Rechtmäßigkeit im öffentlichen Recht bzw das - zweifelsohne - bestehende, nicht ausgeglichene Kräfteverhältnis für sich ins Treffen führen. Wohingegen die anderen, vielleicht zugespitzt, fragen, wieviel Schutz denn der einzelne vor sich selbst benötigt. Diese an sich berechtigte und wichtige Auseinandersetzung wird vorliegend aber an der falschen Stelle geführt. Es sollte bei der gegenständlichen Frage nicht übersehen werden, dass es um die Auslegung von bereits erzeugtem Recht mithilfe anerkannter, jedenfalls aber von den beiden Gerichten des öffentlichen Rechts angewandten Methoden geht und nicht um Rechtserzeugung. Hier wird naturgemäß die zweite Sollbruchstelle offenbar: Inwieweit ist es Aufgabe der Gerichte bzw Verwaltungsbehörden, bestehende oder angenommene Unzulänglichkeiten im Gesetz zu sanieren? In diesem Sinne wird in der Lehre⁸¹⁰ kritisch als Ursache für eine extensive Anwendung der verfassungskonformen Interpretation das Bedürfnis nach einer Einheit der Rechtsordnung (also Konfliktfreiheit) angeführt. Von der Beantwortung der zuvor aufgeworfenen grundsätzlichen

⁸⁰⁹ Zur Frage, ob eine derartige Verfassungswidrigkeit durch verfassungskonforme Auslegung im Einzelfall beseitigt werden könnte vgl *Handstanger*, ÖJZ 1998, 169 (169ff).

⁸¹⁰ *Jabloner*, ÖJZ, 1998, 161 (166). Jabloner weist auch auf das Spannungsverhältnis der verfassungskonformen Interpretation zum System der Kassation verfassungswidriger Gesetze durch den VfGH hin.

Fragen durch den Normanwender hängt zwangsläufig die Bereitschaft ab, dem hier eingeschlagenen Weg zu folgen.

Ob die Möglichkeit zur Anfechtung einer Ausschreibung rechtspolitisch als ausreichend angesehen wird, ist ein vom Betrachter zu treffendes Werturteil. Gerade der zugegeben nicht unproblematische Vergleich mit Asylwerbern verdeutlicht aber drastisch, dass die skizzierte Ausgangslage als nicht dem Rechtsschutz in der Weise abträglich zu qualifizieren ist, dass eine verfassungskonforme Interpretation überhaupt möglich bzw erforderlich wäre.

Dies soll aber nicht bedeuten, dass es nicht gerade aus dem Blickwinkel rechtsstaatlicher Überlegungen angezeigt wäre, auf rechtspolitischer Ebene Überlegungen zur Verbesserung des Rechtsschutzes der Bieter anzustellen.

2.3. Rechtstextzusammenhang im engeren Sinn

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob aus einer Betrachtung der Zielsetzung des BVergG - also aus dem systematischen Zusammenhang des Präklusionssystems mit der gesamten Regelung des betreffenden Sachbereiches - Anhaltspunkte für die Annahme einer Reduktion der Bestandskraft erblickt werden können. Vorweg kann gesagt werden, dass weder der inhaltliche Zusammenhang des in Rede stehenden Systems mit anderen Rechtsvorschriften des BVergG 2006, noch mit Regelungen anderer Rechtsquellen eindeutige Hinweise für eine im Gesetz enthaltene Wertentscheidung zu Gunsten entweder einer eingeschränkten oder aber absoluten Bestandskraft zu liefern vermögen.

Wie sich bereits aus dem Gemeinschaftsrecht, um dessen Umsetzung es vorliegend geht, ergibt, sind vor allem die entgegengesetzten Pole "Effektivität" und "Rasches Vergabeverfahren" zu berücksichtigen. Rekuriert man auf die Effektivität des Rechtsschutzes, ist eine durchaus beachtliche Zahl an Fallkonstellationen denkbar, in denen eine Reduktion der Bestandskraft Platz zu greifen hätte, da dem Rechtsetzer in diesen Fällen nicht unterstellt werden kann, den Eintritt der Bestandskraft in diesem Umfang normiert haben zu wollen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass nach Ansicht des EuGH⁸¹¹ Ausschlussfristen gerade dem Effektivitätsgebot entsprechen. Stellt man allerdings auf den anderen Pol, das rasche Vergabeverfahren ab, so müsste jedenfalls bei radikaler Sichtweise eine Reduktion generell verneint werden.

⁸¹¹ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 76.

Kann bei diesen Prämissen auf Grund des gesamten Regelungsgehaltes des Vergaberechts beispielsweise gesagt werden, dass der Gesetzgeber dem Auftraggeber mit der Ausschreibung ein Instrument in die Hand geben wollte, das es diesem ermöglicht, das weitere Verfahren als nicht überprüfbar zu gestalten?

Generell könnte gefragt werden, ob der Rechtsetzer den Auftraggeber faktisch zur Disposition (auch) über das Vergabeverfahrensrecht ermächtigen wollte. Dabei gilt es zu untersuchen, was nach der im Besonderen im BVergG zum Ausdruck kommenden Vorstellung des Gesetzgebers (bzw seiner Wertentscheidung) alles möglicher Inhalt einer Ausschreibung sein kann.

Hier ist nochmals auf die Legaldefinition der Ausschreibung in § 2 Z 10 BVergG 2006 hinzuweisen. Nach dieser Definition handelt es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung, in der der Auftraggeber festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte. Aus dieser Norm kann mit gutem Grund der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber einen deutlich reduzierten möglichen Regelungsinhalt einer Ausschreibung vor Augen hatte. Daher lässt sich zutreffend auch argumentieren, dass nur in diesem vom Gesetzgeber intendierten Rahmen überhaupt Bestandskraft eintreten kann. Eine mögliche "Achillesferse" dieser These stellt die in § 80 BVergG 2006 normierte Verpflichtung zur Nennung einzelner Angaben, beispielweise des Auftraggebers, in der Ausschreibung dar. Es kann schwerlich vertreten werden, dass trotz dieser gesetzlichen Verpflichtung die Anführung des Auftraggebers in der Ausschreibung nicht möglicher Inhalt einer Ausschreibung sei. Voraussetzung für die hier angedachte Lösung ist, dass der Nennung der in § 80 leg cit vorgesehenen Angaben in der Ausschreibung lediglich deklarative Wirkung zukommen soll.

Die logische Weiterführung dieser Überlegung wäre dann die Annahme, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers, wie sie eben in § 2 Z 10 BVergG 2006 zum Ausdruck kommen, dem Auftraggeber die faktische Disposition auch über das (behördliche) Verfahrensrecht entzogen ist. Mit diesem Gedanken bekäme man zwar eine Ausschreibung in den "Griff", die ein vom gesetzlichen Regime abweichendes Verfahren normiert, er bietet aber keine Handhabe für Fälle, beispielsweise diskriminierender Ausschreibungsbedingungen. So bestechend dieser Gedanke auf den ersten Blick erscheint, so deutlich werden bei näherer Betrachtung des Wortlautes von § 2 Z 10 BVergG 2006 die drohenden Fallstricke.

Kann vor dem Hintergrund der Legaldefinition des § 2 Z 10 BVergG 2006 argumentiert werden, dass es sich bei dem, dem Auftraggeber entzogenen Verfahrensrecht ausschließlich um

das vor der Nachprüfungsbehörde anzuwendende Verfahren handelt, nicht aber auch um das vom Auftraggeber einzuhaltende. Bejaht man diese Überlegung, könnte entgegen der Spruchpraxis und Judikatur auch eine Ausschreibung in der ein an sich behebbarer Mangel als unbehebbar bezeichnet wird, nicht bestandsfest werden. Dasselbe müsste dann auch für rechtswidrige Zuschlagskriterien gelten. Es liegt auf der Hand, dass ein solch weitgehendes Verständnis die gesetzliche Regelung ad absurdum führen würde.

Das vorgenannte Beispiel soll verdeutlichen, dass es um so schwieriger wird, ein nicht willkürlich anmutendes Auslegungsergebnis zu erreichen, je weiter man den Gesetzeswortlaut hinter sich lässt.

Der Schlüssel wird also im Verständnis der Wortfolge "zu welchen Bestimmungen" in § 2 Z 10 BVergG 2006 zu finden sein.

Ergänzt man die angestellten systematischen Überlegungen auch um die aus § 6 Abs 2 AVG erschließbare Wertentscheidung, so kann weitgehend abgesichert gesagt werden, dass die (rechtsirrig) Nennung einer (unzuständigen) Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung nicht bestandskraftfähig sein soll. Mit einer solchen Argumentation könnte auch dem Auftraggeber die faktische Disposition über die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in der Ausschreibung auf Grund der dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers entzogen werden. Dazu muss aber angenommen werden, dass die taxative Auflistung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen in § 2 Z 16 BVergG 2006 als Wertentscheidung des Gesetzgebers zu verstehen ist, diesen Bereich als nicht möglichen Inhalt einer Ausschreibung und daher als nicht bestandskraftfähig festlegen zu wollen. Nach der dem Gesetzgeber unterstellten Sichtweise handelt sich dabei eben um jene Grundfesten des Vergaberechts, die auch faktisch unangreifbar sein müssen. Legt der Auftraggeber davon Abweichendes in der Ausschreibung fest, ist dies keiner Bestandskraft zugänglich.

Warum aber die Nennung des Auftraggebers in der Ausschreibung nicht bestandskraftfähig sein sollte, sondern von der Behörde beurteilt werden darf bzw muss, kann jedenfalls auf diesem Wege nicht nachvollziehbar dargetan werden. Bei der falschen Einordnung des Auftrags in den Ober- oder Unterschwellenbereich sprechen die beschriebenen Gründe vorderhand für eine Reduktion.⁸¹² Aus dem gesamten BVergG kann aber die Absicht des Gesetzgebers zur raschen Durchführung des Vergabeverfahrens geschlossen werden. Die

⁸¹² Siehe Kap V/5.

Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung ermöglicht es den Bietern schnell,⁸¹³ ohne eigene Recherchen durchzuführen, sämtliche Informationen für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu erlangen. Gerade diese systematische Überlegung mahnt im Besonderen im Zusammenhang mit der Nennung des Auftraggebers und der Auftragsart in der Ausschreibung zu einem vorsichtigen Umgang mit der Reduktion der Bestandskraft auf Grund von aus dem Rechtstextzusammenhang erfließenden Gedanken. Mit diesen Beispielen soll auch veranschaulicht werden, dass eine Grenze zwischen dem behördlichem Vergabeverfahren (Nachprüfungsverfahren) und dem vom Auftraggeber durchzuführenden Vergabeverfahren nicht scharf gezogen werden kann.

Auf Grund der angestellten systematischen Überlegungen könnte auch versucht werden, einen Kernbereich des Vergaberechts auszumachen. Diesen Kernbereich abändernde Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung würden diesfalls nicht bestandsfest werden. Diesen Rahmen könnten jene Bereiche betreffen, die der Gesetzgeber bereits festgelegt hat, ohne dass dazu Auftraggeberverhalten erforderlich wäre. Aus der gesamten Systematik des BVergG kann geschlossen werden, dass es Bereiche gibt, die der Auftraggeber zu "liefern" hat. Dazu zählen abgesehen von klassisch inhaltlichen Fragen jedenfalls die Nennung des Auftraggebers und die Angabe, ob die Vergabe der Leistung in den Ober- oder Unterschwellenbereich fällt. Dies sind Angaben, die originär aus der Sphäre des Auftraggebers resultieren müssen. Darin knüpfen zwangsläufig weitreichende verfahrensrechtliche Fragen (beispielsweise Fristen) an. Dennoch sind dies Bereiche, die bestandsfest werden können.

Bei den Festlegungen von anfechtbaren Entscheidungen sowie von Nachprüfungsfristen handelt es sich hingegen um Angaben, zu denen es keiner Tätigkeit des Auftraggebers bedarf.⁸¹⁴ Nachdem der Auftraggeber das Verfahren in der Ausschreibung festgelegt hat, greift das jeweilige gesetzliche Regime ein. Davon abweichende Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung sind daher nicht bestandskraftfähig. Vereinfacht gesagt könnte argumentiert werden, dass der Gesetzgeber alle "Bestimmungen", die zwangsläufig vom Auftraggeber geliefert werden müssen, bestandskraftfähig gestalten wollte, wohingegen alles, das verfahrensrechtlich vom Gesetzgeber bereits normiert wurde, nicht bestandskraftfähig sein soll. Mit Recht kann sofort eingewandt werden, dass sich der Anwendungsbereich der Bestandskraft

⁸¹³ Aber auch den Vergabekontrolleinrichtungen ist es auf diese Weise möglich, ihr Verfahren rasch auf Grund der Angaben des Auftraggebers zu führen, ohne zeitraubende eigene Untersuchungen anstellen zu müssen.

⁸¹⁴ Zur Einordnung des § 2 Z 16 BVergG 2006 als verfahrensrechtliche Norm, *Sachs in Schramm et al* (Hrsg), BVergG 2006, Kommentar, § 2 Z 16, Rz 17ff.

durch eine solche Sichtweise deutlich reduzieren würde.⁸¹⁵ Auf die Bestandskraft beispielsweise gemeinschaftsrechtswidriger Klauseln hätte diese Sichtweise allerdings keine Auswirkung. Dasselbe würde auch für Ausschreibungen gelten, die nach heutigem Verständnis nicht objektiv nachvollziehbar sind. Aus dem Rechtstextzusammenhang kann daher im Ergebnis wohl nur die mangelnde Bestandskraftfähigkeit der Angabe der Nachprüfungsbehörde sowie der Nennung von selbständig anfechtbaren Entscheidungen in Verbindung mit Fristen in der Ausschreibung abgeleitet werden.

2.4. *Teleologische Reduktion:*

Allgemein judiziert der VwGH zur teleologischen Reduktion in folgender Weise:

"Die Rechtsfigur der 'teleologischen Reduktion' (oder Restriktion) verschafft der ratio legis nicht gegen einen zu engen, sondern gegen einen überschießend weiten Gesetzeswortlaut Durchsetzung. Voraussetzung ist stets der Nachweis, dass eine umschreibbare Fallgruppe von den Grundwertungen oder Zwecken des Gesetzes entgegen seinem Wortlaut gar nicht getroffen wird und dass sie sich von den eigentlich gemeinten Fallgruppen so weit unterscheidet, dass die Gleichbehandlung sachlich ungerechtfertigt und willkürlich wäre. Diese Rechtsfigur setzt jedenfalls das Vorliegen einer planwidrig überschießenden Regelung voraus und hätte dann zur Folge, dass die überschießend geregelten Fallgruppen nicht von der Regelung erfasst würden. Ebenso wie im Zweifel anzunehmen ist, dass das Unterbleiben einer gesetzlichen Regelung beabsichtigt war und insofern keine durch Analogie zu schließende Rechtslücke vorliegt (Hinweis E 9. März 1990, 88/17/0182), ist - jedenfalls im Zweifel - auch nicht davon auszugehen, dass die Anwendung einer ausdrücklich getroffenen Regelung vom Gesetzgeber nicht auf alle davon erfassten Fälle - objektiv (insbesondere durch den systematischen Zusammenhang mit der gesamten Regelung des betreffenden Sachbereiches) erkennbar - beabsichtigt war."⁸¹⁶

Die Betrachtung der Judikatur des VwGH zur Frage der Zulässigkeit der teleologischen Interpretation offenbart zwei unterschiedliche Strömungen:

⁸¹⁵ Eine solche Sichtweise würde auch die bisherige Judikatur und Spruchpraxis zu großen Änderungen zwingen.

⁸¹⁶ VwGH, 23.02.2007, 2006/12/0010.

Zum einen betont der VwGH⁸¹⁷, dass der klare Begriffsinhalt einer gesetzlichen Regelung eine teleologische Einschränkung des gesetzlichen Wortlautes verhindere.

Zum anderen nimmt der Gerichtshof eine teleologische Reduktion - beispielweise ungeachtet eines eindeutigen Wortlautes - dann vor, wenn andernfalls der Zweck eines Rechtsinstitutes vereitelt werden könnte.⁸¹⁸ Ebenso gibt es Fallgruppen, in denen der Gerichtshof⁸¹⁹ nicht bereits durch Verweis auf den eindeutigen Wortlaut die Möglichkeit der teleologischen Reduktion verneint, sondern vielmehr teleologische Überlegungen anstellt.

Wiederum abweichend davon ist die Rechtsprechung zu sehen, wonach es nicht Sache der Vollziehung sei, schwierig oder kaum zu vollziehende Gesetze durch eine nicht dem Gesetz entsprechende Praxis der Rechtsanwendung vollziehbar zu machen.⁸²⁰ Für den Gerichtshof sei dies ausschließlich Sache des Gesetzgebers.

Ein gewisses Unbehagen des VwGH gegenüber der teleologischen Reduktion ist allerdings spürbar. So führt der Gerichtshof beispielsweise aus, dass es im Beschwerdefall dahinstehen könne, "ob das im Verfassungsrang stehende Gebot der Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte - abgabenrechtlich verstanden im Sinne der Wahrung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung - es grundsätzlich rechtfertigen kann, auf dem Wege der von der Zivilrechtslehre entwickelten Methode der 'teleologischen Reduktion' eines Gesetzestextes dem Wortlaut einer Norm partiell die Geltung zu verweigern ...".⁸²¹

Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies im Zusammenhang mit den bisherigen Interpretationsergebnissen:

Würde der Gedanke der Wortlautschränke für eine teleologische Reduktion extensiv verstanden, so wäre sie - im vorliegenden Fall⁸²² - unzulässig.

⁸¹⁷ VwGH, 30.04.1992, 92/10/0072; VwGH, 05.09.2008, 2008/02/0129; VwGH, 13.11.1997, 97/07/0149; VwGH, 27.05.1992, 88/17/0034.

⁸¹⁸ VwGH, 19.05.1992, 92/04/0026.

⁸¹⁹ VwGH, 23.02.2007, 2006/12/0110.

⁸²⁰ VwGH, 26.04.1990, 90/06/0020.

⁸²¹ VwGH, 03.05.2000, 99/13/0261.

⁸²² Vermutlich könnte diese Argumentation einer teleologischen Reduktion in nahezu allen Fällen entgegengehalten werden.

Ganz pragmatisch stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber den Eintritt der Bestandskraft auch in jenen Fällen normiert sehen wollte, in denen auf Grund einer Fehlbezeichnung, beispielsweise in der Ausschreibung, ein anderer als der beabsichtigte Auftraggeber angeführt ist.

Man könnte nun gegen den Eintritt der Bestandskraft in dieser Konstellation einwenden, dass ein so verstandenes Präklusionssystem das Vergabeverfahren erheblich in die Länge zu ziehen vermag, daher unpraktisch sei und vom Gesetzgeber folglich auch nicht beabsichtigt sein könne.

Die damit gemeinte mangelnde Praktikabilität einer Rechtsvorschrift kann zwar im Einzelfall durchaus einen Grund für eine Reduktion dieser Norm liefern. Vor dem Hintergrund der VwGH Judikatur⁸²³ bedarf es dazu allerdings der Annahme, dass durch den klaren Wortlaut Unvollziehbares angeordnet wäre. Es ist zuzugestehen, dass die Ablehnung eines korrigierenden Verständnisses vom richtigen Auftraggeber trotz Nennung eines falschen in der Ausschreibung, wegen des Erfordernisses ein neues Verfahren durchzuführen, faktisch zu einer Ausdehnung des Verfahrens führt. Dass dadurch aber Unvollziehbares angeordnet wäre, kann nicht behauptet werden.

In diesem Zusammenhang soll auch der in der Lehre einige Zeit vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union angeführte Grund für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht unerwähnt bleiben. So hat beispielsweise *Korinek*⁸²⁴ unter Bezugnahme auf eine Aussage *Forsthoffs* argumentiert, dass die Änderung der Proportionen - die gesteigerte Teilhabe des Staats am Wirtschaftsleben habe demnach zu einer deutlichen Verschiebung der Kräfteverhältnisse hin zum Staat geführt - die vom Privatrecht unterstellte Gleichordnung der Vertragspartner zur Fiktion gemacht habe. Gerade diese Machtüberlegenheit verlange - auch wenn sie technisch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung erfolge - nach spezifisch öffentlich-rechtlichen Bindungen, "um ihre Vorhersehbarkeit, Berechenbarkeit, Kontrollierbarkeit, Korrektheit und Unparteilichkeit zu gewährleisten."⁸²⁵

Macht dieser vorderhand auch dem Gesetzgeber unterstellte Zweck eine Einschränkung des Präklusionssystems auf Ebene der Vollziehung erforderlich? Hier schlägt wieder die Überlegung durch, ob bereits die Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung die Erreichung

⁸²³ VwGH, 20.02.1979, 2831/78.

⁸²⁴ *Korinek* in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts 1985, 4.

der genannten Ziele sicherstellt. *Korinek*⁸²⁶ beantwortet diese Frage aber auch selbst, indem er - im Zusammenhang mit der Frage nach der Geltung des Legalitätsprinzips auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung - darauf verweist, dass es sich bei dem vorgenannten Bestreben nach gesetzlicher Regelung um ein dringendes verfassungspolitisches Anliegen handelt.⁸²⁷ Gerade das zuvor angedeutete Ungleichgewicht zwischen den (potentiellen) Vertragspartnern war Ursache für die gesetzliche Regelung des Vergabevorganges überhaupt und es kann wiederum der Stein des Anstoßes für eine bessere Regelung des Bestandskraftsystems sein.⁸²⁸

Kann auf Grund auch der bisherigen Untersuchungsergebnisse gesagt werden, dass das durch semantische Interpretation gewonnene Ergebnis - Eintritt der Bestandskraft in nahezu allen Fällen - dem Sinn des Gesetzes derart widerspricht, dass eine berichtigende Auslegung wegen seines Regelungszweckes erforderlich ist?⁸²⁹

Zuerst soll an dieser Stelle das Argument, dass die faktische Abhängigkeit des Bieters vom Wohlwollen des Auftraggebers der rechtzeitigen Anfechtung der Ausschreibung durch den Bieter entgegensteht, entkräftet werden.

Folgt man dieser These, würde eine gemeinschaftsrechtswidrige Klausel oder aber eine Klausel, die zu einem - nach dieser Sicht - objektiv nicht nachvollziehbaren Ergebnis führt, nicht bestandsfest werden. Als Konsequenz daraus, kann der unterlegene Bieter die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auch noch gegen eine Folgeentscheidung, beispielsweise die Zuschlagsentscheidung, geltend machen. Im Falle der Begründetheit der geltend gemachten Bedenken wird die Auftraggeberentscheidung von der Vergabekontrollbehörde für nichtig erklärt. Warum sich der anfechtende Bieter durch die erfolgreiche Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung beim Auftraggeber weniger unbeliebt gemacht hat, als durch eine eventuelle Anfechtung der Ausschreibung, bleibt dabei im Dunkeln. Das bestehende Machtungleichgewicht wird sich in beiden Fällen - im weiteren Verfahren - in der gleichen Weise äußern oder auch nicht. Durch die zeitliche Verlagerung der Anfechtung wird jedenfalls für die Position des unterlegenen Bieters nichts gewonnen. Hingegen kommt es zu einer Verzögerung des Verfahrens, da im Falle des Obsiegens des Antragstellers das bis dahin

⁸²⁵ *Korinek in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts 1985, 4,*

⁸²⁶ *Korinek in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts 1985, 5ff,*

⁸²⁷ Ob das System der Bestandskraft unter der Prämisse der Geltung des Legalitätsprinzips auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung überhaupt verfassungskonform wäre, wird an dieser Stelle nicht untersucht.

⁸²⁸ Dazu Pkt 3.

abgewickelte Verfahren neuerlich durchgeführt werden muss. Ebenso erfährt die Rechtsposition des präsumtiven Zuschlagsempfängers sowie des Auftraggebers eine Einschränkung.

Geht man mit *Raschauer*⁸³⁰ davon aus, dass der Interpret von Gesetzen, "das 'Gesetz als Befehl' am Einzelfall 'zu Ende denken'" soll, muss für die vorliegende Untersuchung sehr schnell erkannt werden, wie wenig - im Besonderen gesetzlich aufgestellte - "Wegweiser" es für dieses Unterfangen gibt.

Es bleibt daher als Schlussfolgerung nur übrig festzustellen, dass die aufgezeigten pragmatischen Kriterien nicht von derartigem Gewicht sind, dass eine "Berichtigung" des, nicht unerhebliche Beweiskraft besitzenden semantischen Sinngehaltes der in Rede in stehenden Rechtsvorschriften, in weitem Umfang erlaubt wäre.⁸³¹

Hingegen hat die Untersuchung sehr wohl gezeigt, dass durch Interpretation Fallgruppen erkennbar sind, in denen auf Grund vor allem historischer und systematischer Erwägungen, eine Reduktion des Bestandskraftsregimes zu erfolgen hat.

Nach diesen Überlegungen soll der wenig populäre Hinweis auf die verfassungsrechtliche Gewaltentrennung nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Führt eine gesetzliche Regelung zu Ergebnissen, die als unbefriedigend empfunden werden und vermögen auch die auf eine "Berichtigung" des Gesetzeswortlautes abzielenden Interpretationsvarianten nicht das angestrebte Ergebnis herbeizuführen, bleibt nichts anders übrig, als vom Gesetzgeber eine entsprechende Novellierung zu fordern.⁸³²

Oder mit den Worten von *Kelsen*:

"Rechtswissenschaftliche Interpretation muß auf das sorgfältigste die Fiktion vermeiden, daß eine Rechtsnorm stets nur eine, die 'richtige' Deutung zuläßt.

...

Eine solche wissenschaftliche Interpretation kann der rechtsetzenden Autorität zeigen, wie weit ihr Werk hinter der rechtstechnischen Forderung bleibt, Rechtsnormen möglichst

⁸²⁹ VwGH, 10.06.1991, 89/15/0012.

⁸³⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 161.

⁸³¹ *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 259.

⁸³² Statt vieler *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 106f.

eindeutig oder doch so zu formulieren, daß unvermeidliche Vieldeutigkeit auf ein Minimum beschränkt bleibt und so der größtmögliche Grad von Rechtssicherheit erzielt wird."⁸³³

Mit dieser Zitierung soll kein "Bekenntnis" zu einer wissenschaftlichen Strömung zum Ausdruck gebracht werden. Vielmehr verdeutlicht die wiedergegebene Aussage vor dem Hintergrund dieser Arbeit, welche Unsicherheiten durch nicht oder schlecht begründete berichtigende Auslegungen im Rechtsstaat entstehen können. Darüber hinaus bringt sie zum Ausdruck, dass eine allzu rege Interpretationstätigkeit dem Gesetzgeber den Vorwand liefern kann, sich aus der Verantwortung für - unbequeme - Entscheidungen zu stehlen und diese anderen Einrichtungen, vor allem der Vollziehung und der Lehre, zu übertragen.

3. Ausblick

3.1. Einleitung

Rein pragmatisch sei am Ende noch darauf hingewiesen, dass es - soweit überblickbar - kaum ein Rechtsgebiet im öffentlichen Recht gibt, das dermaßen intensiv literarisch aufgearbeitet wird, wie das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge. Gesetzliche Missstände oder einfach nur Schwachstellen werden gerade auch von Bietervertretern umgehend in der Literatur oder bei einschlägigen Veranstaltungen aufgezeigt. Die Bestandskraft als die große Neuerung im BVergG 2002 ist in dieser Diskussion durchaus prominent vertreten. Anders als in weniger intensiv kommentierten Rechtsmaterien besteht gerade hier also keine "Entschuldigung" für den Gesetzgeber darin, dass ihm diese Probleme unbekannt gewesen wären. Dennoch blieb der Gesetzgeber bis heute untätig.

Die Reglementierung des Erwerbsvorganges von bestimmten Auftraggebern soll unsachliche, nicht marktwirtschaftlich begründete Entscheidungen verhindern. Der Gesetzgeber hat dazu eben jenes hier behandelte Nachprüfungsverfahren geschaffen. Führt man nun ins Treffen, dass sich Bieter, die die Ausschreibung anfechten, dermaßen "unbeliebt" machen, dass sie für keinen Auftrag mehr in Betracht gezogen werden, sollte man nicht auf halber Strecke stehen bleiben und nur versuchen die Anwendung der Ausschlussfristen einzuschränken. Sieht man die rechtliche Position der Bieter nämlich als so stark beeinträchtigt an, wäre es

⁸³³ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 353f. Er kritisiert an dieser Stelle die von der traditionellen Jurisprudenz unter dem Deckmantel der Rechtssicherheit vertretene These, wonach von mehreren möglichen Interpretationen die allein richtige wissenschaftlich ermittelt werden könne.

naheliegend - und wie diese Untersuchung gezeigt hat auch rechtlich zielführender - zu fordern, entweder die Ausschreibung nicht als selbständig anfechtbare Entscheidung zu normieren oder Ausnahmen von der Bestandskraft gesetzlich anzuordnen.⁸³⁴

Die Alternative wäre zu verlangen, dass den gesetzlichen Interessenvertretungen eine Antragslegitimation zur Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen eingeräumt wird. In der Aussendung des Bundeskanzleramtes⁸³⁵ zur Begutachtung des Bundesgesetzes mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG Novelle 2008) heißt es dazu wörtlich:

"In der Vergangenheit wurde seitens der gesetzlichen Interessenvertretungen wiederholt der Wunsch geäußert, eine Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen hinsichtlich der Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen einzuführen. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass es sich bei Nachprüfungsanträgen vor Ablauf der Angebotsfrist in der Regel um branchenweite und nicht individuelle Anliegen handelt und die Kosten einer Korrektur gesetzwidriger Ausschreibungsunterlagen zu diesem Zeitpunkt noch relativ gering sind. Eine derartige Antragslegitimation könnte daher zu einer Verbesserung der Ausschreibungspraxis führen und würde den Druck von einzelnen Unternehmen - insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen - nehmen, selbst ein Nachprüfungsverfahren gegen Auftraggeber einzuleiten. Würde diesem Vorschlag Folge geleistet, so könnte dem § 320 BVergG 2006 ein neuer Absatz mit nachstehendem Inhalt angefügt werden: '(5) Gesetzliche Interessenvertretungen können die Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen beantragen.'

..."

Im vorliegenden Gesetzesentwurf ist eine derartige Regelung noch nicht enthalten. Der rechtspolitische Hintergrund dieser Überlegung wurde im Rahmen dieser Arbeit bereits mehrfach angedeutet:

Das Abhängigkeitsverhältnis der Bieter zum Auftraggeber verunmöglicht erstgenannten faktisch die effektive Wahrnehmung ihrer Rechte. Dieser Gedanke ist in der Rechtsordnung nicht neu. Immer dort, wo eine schleichende Aushöhlung des objektiven Rechts durch faktische

⁸³⁴ Dass die zweite Variante zu stark kasuistischen Regelungen führen könnte, darf dabei aber nicht übersehen werden.

Zustände (beispielsweise Geschäftspraktiken) droht und damit in Verbindung stehend ein Versagen der bestehenden Rechtsschutzeinrichtungen festzustellen ist, stellt oder genauer sollte sich die Frage nach Durchsetzungsmöglichkeiten des gesetzten Rechts stellen. Wie bereits dargelegt wird mit der Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge bezweckt, gerade auch dem öffentlichen Interesse nach sparsamer und zweckmäßiger Verwendung öffentlicher Gelder zu dienen. Der Bieter, der durch die Rechtsordnung in diesem Sinn instrumentalisiert werden soll,⁸³⁶ gerät aber zunehmend unter wirtschaftlichen Druck, sodass die Gefahr besteht, dass er nicht in der Lage ist, das angestrebte Ziel zu erreichen. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber auf ein bestehendes Machtungleichgewicht reagiert und entsprechende Regelungen geschaffen.

3.2. *Verbandsklage nach § 28 ff KSchG*

Rechtspolitischer Hintergrund für die Einführung einer Verbandsklage im Konsumentenschutzgesetz 1979 (KSchG) war die Überlegung, dass die Vertragsfreiheit durch die einseitige Gestaltung des Vertragsinhaltes durch den Unternehmer zu Lasten des schwächeren Konsumenten zweckentfremdet werde.⁸³⁷

Für den Konsumenten besteht lediglich die Möglichkeit den Vertrag zu den angebotenen AGBs abzuschließen oder auf das Geschäft zu verzichten.⁸³⁸ Diese Einschränkung der Willensfreiheit macht deutlich, dass es hier "zu einer typischen Ungleichgewichtslage in den Machtverhältnissen der Vertragsparteien kommt."⁸³⁹

In der Literatur zur Verbandsklage nach dem KSchG wird die Verbandsklage nicht primär als weiteres Instrument des Individualrechtsschutzes angesehen, sondern als Instrument der objektiven Rechtskontrolle bezeichnet.⁸⁴⁰ Durch sie sollen vielmehr "die sozio-ökonomischen Rahmenbedingungen, die das Funktionieren der Rechtsordnung ermöglichen,

⁸³⁵ Diese Aussendung ist online einsehbar unter <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=32320>, Abfragedatum: 03.04.2009.

⁸³⁶ *Holoubek*, ZfV 1998, 592 (598ff).

⁸³⁷ *Kühnberg*, Die Konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage, 22.

⁸³⁸ *Feitzinger*, ÖJZ 1977, 477 (477).

⁸³⁹ *Kühnberg*, Die Konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage, 23.

⁸⁴⁰ *Schoibl*, ZfRV 1990, 3 (3f).

aufrechterhalten und gewahrt bleiben, wie das Prinzip des wirtschaftlichen Gleichgewichts der freien Marktwirtschaft ..."⁸⁴¹.

Zielsetzung der §§ 28 ff KSchG ist (aber auch) das "Abstellen" von nachteiligen Praktiken, durch welche die Vertragsfreiheit eingeschränkt und in der Folge auch die Rechtsverfolgungsmöglichkeit "verdünnt" wird.⁸⁴² Dieser Gedanke lässt sich nahtlos auf die hier interessierende Konstellation der Einräumung einer Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung durch gesetzliche Interessenvertretungen ausdehnen. Voraussetzung ist allerdings der Befund, dass die Bieter alleine nicht in der Lage sind, die von ihnen zu befördernden Interessen zu verfolgen.

Auch wenn der rechtspolitische Hintergrund von Instituten wie der Verbandsklage primär in der Wahrung des objektiven Rechtsschutzes liegen mag, bedeutet ihre Einführung aber reflexartig auch eine Förderung des Individualrechtsschutzes.

Durch die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung durch gesetzliche Interessenvertretungen wird den Auftraggebern die Rute ins Fenster gestellt, keine die Bieter im weiteren Verfahren benachteiligende Klauseln in die Ausschreibung aufzunehmen. Diesfalls wären also vermutlich all jene Sachverhaltskonstellationen erfasst, in denen sich der Auftraggeber - ex ante erkennbar - sein eigenes Vergabeverfahren "zu Recht schmiedet". Von besonderem Interesse erscheinen hier jene Ausschreibungen zu sein, durch die sich der Auftraggeber einen allzu großen Spielraum für das weitere Verfahren einräumen lässt.⁸⁴³ Ebenfalls vermeidbar wären auf diesem Wege zumindest grob gemeinschaftsrechtswidrige Ausschreibungen.

X. RESUME

Die verschiedenen zur Vergabekontrolle bestehenden Instanzen messen der Bestandskraft unterschiedliche Bedeutung bei. Auf der einen Seite gehen VfGH und BVA sowie UVS bzw VKS von einem eingeschränkten Verständnis der Bestandskraft aus. Wohingegen auf der anderen Seite der VwGH den Gesetzgeber beim Wort nehmend, der Bestandskraft eine kräftige Rolle im Vergabeverfahren beimisst.

⁸⁴¹ *Schoibl*, ZfRV 1990, 3 (20).

⁸⁴² *Schoibl*, ZfRV 1990, 3 (20).

Erschwert wird diese Situation für am Vergabeverfahren interessierte Normunterworfene zum Ersten durch den EuGH, der zu dieser Frage widerstreitende Signale aussendet. Insbesondere in den Rechtssachen Grossmann Air⁸⁴⁴ und Universale⁸⁴⁵ betont er die Notwendigkeit der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens und damit aber auch eine Mitwirkungspflicht des Bieters. Diesen Urteilen liegt die Auffassung zu Grunde, dass keine Schutzwürdigkeit eines Unternehmers besteht, der sich trotz möglicher Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in das Verfahren einlässt. Es besteht vereinfacht gesagt also auch eine Hohlschuld des Bieters, sich mit der entsprechenden Aufmerksamkeit am Verfahren zu beteiligen und gegebenenfalls auch ihn benachteiligende Auftraggeberentscheidungen zu bekämpfen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, hat er die entsprechenden Konsequenzen zu tragen. Die Ausschreibung wird in all ihren Facetten zur Grundlage für das weitere Vergabefahren. Aus den Urteilen des EuGH ergibt sich hinsichtlich der Bestandskraft vor allem keine Differenzierung nach der Schwere der zu Grunde liegenden behaupteten Rechtswidrigkeit der Ausschreibung. Aus dem Gemeinschaftsrecht kann daher lediglich der Schluss gezogen werden, dass die Auftraggeberhandlung mit der die Bedingungen des weiteren Verfahrens festgelegt werden, anfechtbar sein muss. Demgegenüber ergibt sich aber nicht bzw vor allem nicht, dass jede weitere Auftraggeberentscheidung aus Gründen, die in der Ausschreibung liegen, anfechtbar sein muss.

Gleichwohl dieses Ergebnis mit gutem Grund aus der Judikatur ableitbar ist, bleibt ein Restrisiko, wie der EuGH eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit größeren Ausmaßes in einer bestandsfesten Ausschreibung beurteilen würde. Insbesondere die Rechtssache Lämmerzahl⁸⁴⁶ hat in diesem Zusammenhang überrascht, da der Bieter die Möglichkeit, wenn nicht gar die Pflicht gehabt hätte, die Ausschreibung zu bekämpfen.⁸⁴⁷ Nach bisheriger Sicht des EuGH wäre diese Untätigkeit zu Lasten des Bieters gegangen.

Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Bestandskraft im Vergabeverfahren resultieren unter anderem aus dem schwer ins Gleichgewicht zu bringenden Spannungsverhältnis zwischen dem gemeinschaftsrechtlichen Bedürfnis nach einem schnellen

⁸⁴³ Erfasst sind hier Fälle von unklaren bzw mehrdeutigen Ausschreibungsbestimmungen, durch die der Auftraggeber seine Entscheidung fast beliebig treffen kann.

⁸⁴⁴ EuGH, 12.02.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service).

⁸⁴⁵ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG).

⁸⁴⁶ EuGH, 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH).

⁸⁴⁷ Sofern die Anfechtungsfrist noch offen war.

Vergabeverfahren einerseits und dem Erfordernis nach effektivem Rechtsschutz andererseits. Wie aufgezeigt, wird dabei häufig übersehen, dass effektiver Rechtsschutz nicht eindimensional auf den Schutz des Bieters fokussiert ist.

Für den nationalen Gesetzgeber besteht daher die Herausforderung, eine diese beiden Pole gebührend berücksichtigende Regelung zu schaffen.

Damit ist auch schon die zweite große Hürde für das Verständnis der Bestandskraft ausgemacht:

Bei Betrachtung der Entstehungsgeschichte des BVergG 2002 sowie der Weiterentwicklung zum BVergG 2006 beschleicht den Normanwender das Gefühl, dass dem Gesetzgeber die Geister, die er mit der Bestandskraft rief, plötzlich nicht mehr gänzlich geheuer waren. Anders können insbesondere die Erläuterungen zum letzten Satz des § 80 Abs 3 BVergG 2006⁸⁴⁸ nicht gedeutet werden. Diese Situation ist für den Normunterworfenen zwangsläufig unbefriedigend. Das Verlagern dieses gesetzgeberischen Zauderns auf die Ebene der Rechtsschutzinstanzen macht die Situation keineswegs besser, im Sinne von rechtsschutzsicherer. Für die Vergabekontrollbehörden stellt sich das Problem, das sie auf diese Weise letztlich rechtspolitisch lösen müssen. Neben den vielfach höchst komplexen Fragestellungen, die das Vergaberecht gerade auch auf Grund seiner Zivilrechtsnähe aufbietet, überlässt der Gesetzgeber diesen unangenehmen Bereich den dafür nicht zuständigen Nachprüfungsinstanzen.⁸⁴⁹

Gerade die Durchsicht der Bescheide bzw Erkenntnisse offenbart aber, dass der überlassene Gestaltungsspielraum unterschiedlich ausgefüllt wird:

Die Vergabepaxis neigt dazu, der Rechtsposition des Auftraggebers im Vergleich zu jener der Bieter einen geringeren Stellenwert einzuräumen. Gerade aber die Bestandskraft garantiert dem Auftraggeber und mit ihm den Bietern, dass die von ihm getroffenen - unangefochten gebliebenen - Entscheidungen als Zwischenergebnis die Grundlage für das weitere Vergabeverfahren bilden.⁸⁵⁰

⁸⁴⁸ 1171 BlgNR 22. GP 69.

⁸⁴⁹ VwGH, 19.11.2008, 2007/04/0018.

⁸⁵⁰ *Fuchs in Holoubek/Lang*, Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren, 332.

Es sprechen gute Gründe für die Annahme, dass dieses Gleichgewicht am Besten durch eine Gesetzeskonstellation erreicht wird, in der die Möglichkeit zur Anfechtung einer transparent gestalteten Ausschreibung besteht, bei der aber gleichzeitig das Verstreichen der Ausschlussfrist dem Bieter die Möglichkeit nimmt, Rechtswidrigkeiten⁸⁵¹ früherer Verfahrensabschnitte gegen nachfolgende Auftraggeberentscheidungen geltend zu machen. Wird dem einzelnen Bieter in dieser Variante eine gesetzliche Interessenvertretung zur Seite gestellt, die zur Anfechtung der Ausschreibung legitimiert ist, werden allfällige Rechtsschutzlücken dieses Systems auf "elegante" Weise geschlossen.

Dieses Ergebnis dient insbesondere dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit aller am Vergabeverfahren Beteiligter und garantiert so ein effizientes und schnelles Verfahren.

Allerdings ist es auch in einer derartigen Konstellation erforderlich, dass ein Bieter die Ausschreibung sorgfältig auf eventuelle Rechtswidrigkeiten hin untersucht und im Falle von angenommenen Gesetzesverstößen, diese bei erster Gelegenheit geltend macht, da nur auf diese Weise sichergestellt ist, dass der Auftraggeber im Rahmen des gesetzlich vorgesehenen Regimes zu agieren hat. Vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtslage ist dieses Vorgehen eines Bieters unbedingt erforderlich, um die eigene Rechtsposition zu wahren.

Unabhängig davon brachte die vorliegende Untersuchung als Ergebnis, dass die bisher in der Literatur, Spruchpraxis und Judikatur angenommenen Gründe für eine Durchbrechung der Bestandskraft zu kurz greifen, um zu einer Reduktion der Bestandskraft zu gelangen. Auf Grund der hier angestellten Überlegungen, scheint eine Reduktion der Bestandskraft nur in einer geringen Zahl von Konstellationen vertretbar, ohne sich dem Vorwurf der Willkür auszusetzen. Gegenwärtig zeichnet sich hingegen eine Entwicklung ab, wonach Vergabenachprüfungsbehörden im Einzelfall entscheiden, ob eine Angabe in der Ausschreibung bestandsfest wurde oder nicht.

⁸⁵¹ Wobei hier sämtliche Rechtswidrigkeiten gemeint sind.

Literaturverzeichnis

Aicher, Josef, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 (2005), 1212

Aicher, Josef, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), zu § 130

Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996)

Apathy/Riedler in *Schwimann, Michael*, ABGB Praxiskommentar, Band 4³ (2006), 241

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991)

Bydlinski, Peter, Grundzüge des Privatrechts³ (1997)

Denk, Stephan, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, zu Art 14b (2005)

Denk, Stephan, Vergaberechtlicher Schadenersatz und Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖZW 2002, 97

Dullinger, Kurt, Kein Vorverfahren für Überprüfung der Zuschlagskriterien im Rahmen der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung, ZVB 2001, 119

Egger, Alexander, Europäisches Vergaberecht (2007)

Elsner, Bernt, Bundesvergabegesetz 2006 (2006)

Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004)

Estermann, Gunter, in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht² (2004), 416

Etlinger, Michael, Widerruf aufgrund eines verbliebenen Angebots: Wie weit reicht der Prüfungsumfang des BVA?, RPA 2008, 77

Feitziner, Leo, Die "Verbandsklage", ÖJZ 1977, 477

Fink, Christian, Anmerkung zu UVS OÖ, 9.10.2003, 550.107/7/Bm/Sta, RPA 2004, 116

Fink, Christian, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP II (2005), 109

- Fink, Christian*, Zur Sanierung von Ausschreibungsfehlern, RPA 2005, 14
- Frank, Stefan Leo*, Gemeinschaftsrecht und staatliche Verwaltung (2000)
- Fuchs, Claudia*, Rechtskraftähnliche Wirkungen im Verwaltungsverfahren, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (2008), 321
- Grasböck, Reinhard*, Anmerkung zu BVA, 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136, ZVB 2006, 174
- Gruber, Gunther*, Anmerkung zu VwGH, 18.5.2005, 2004/04/0094, ZVB 2006, 54
- Gruber, Gunther*, Kognitionsbefugnis, Antragsbindung sowie Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis des Bundesvergabebeamten, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 431
- Gruber, Thomas*, in *Gruber/Gruber/Sachs*, Jahrbuch Vergaberecht 2008, 173
- Hackl, Johann*, Anmerkung zu BVA, 16.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-27, ZVB 2008, 207
- Hahnl, Katharina*, Unrichtige Auftraggeberfestlegungen und die Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 118
- Hahnl, Katharina*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002)
- Handstanger, Meinrad*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?, ÖJZ 1998, 169
- Heiermann, Wolfgang*, in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), Handkommentar zur VOB⁹ (2000), 635
- Hengstschläger, Johannes*, Verwaltungsverfahrensrecht (2005)³
- Hiesel, Martin*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522
- Hofer, Kristina*, Anmerkung zu BVA, 11.6.2008, N/0051-BVA/14/2008-35, RPA 2008, 217
- Hofer, Kristina*, Anmerkung zu BVA, 23.6.2003, 06N-41/03-15, RPA 2003, 292
- Hofer, Kristina*, Anmerkung zu UVS Bgld, 9. 8. 2004, E VNP/11/2004.006/009, RPA 2005, 43

Hoffer/Barbist/Innerhofer in *Sachs, Michael* (Hrsg), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005), 281

Hoffer/Schmölz, *EuGH fordert verstärkten Bieterschutz*, *ecolex* 2002, 629

Holoubek, Michael, *Grundfragen des Vergaberechtsschutzes in Österreich*, in *Rill/Griller* (Hrsg), *Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe* (2000), 237

Holoubek, Michael, *Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz*, *ZfV* 1998, 592

Holoubek/Fuchs, in *Holoubek/Potacs*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Band 1² (2007), 791

Holoubek/Fuchs, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), *Bundesvergabegesetz 2002* (2005), 374

Holoubek/Fuchs, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), *Bundesvergabegesetz 2006*, (2009), zu § 2 Z 8

Jabloner, Clemens, *Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts*, *ÖJZ* 1998, 161.

Keisler, Robert, *Recht auf Widerruf*, *RPA* 2007, 270

Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*² (1960)

Korinek, Karl in *Korinek/Rill*, *Zur Reform des Vergaberechts* 1985, 1

Koziol/Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I¹³ (2006)

Kühnberg, Stefanie, *Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage* (2006)

Latzenhofer, Alexander, *Langjähriges Arbeiten ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung kann Bieter unzuverlässig machen*, *ZVB* 2002, 7

Latzenhofer, Alexander, *Verbale Begründung der Vergabeentscheidung erforderlich*, *ZVB* 2002, 135

Mayer, Heinz, *Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht* (2003)

Mecenovic, Werner, *Anmerkung zu BVA, 20.3.2003, 12N-10/03-11, RPA* 2003, 53

Möslinger-Gehmayer, Margit, Anmerkung zu BVA, 4.4.2008, N/0027-BVA/14/2008-39, ZVB 2008, 209

Möslinger-Gehmayer, Margit, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 (2005), 1707

Oder, Martin, Anmerkung zu EuGH, 27. 02. 2003, C-327/00, ZVB 2003, 123

Öhler, Matthias, Anmerkung zu BVA, 23.08.2004, UVS NÖ Sen-AB-04-3037, RdW 2004, 600 (600)

Öhler, Matthias, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997)

Pachner, Franz, Anmerkung zu EuGH, 08.11.2001, C-470/99 (Schlußantrag des Generalanwaltes Alber zum Vorabentscheidungsersuchen des VKS Wien), ZVB 2002, 242

Pachner, Franz, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 (2005), 380

Pachner, Franz, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 2 Z 10

Pallitsch, Philipp, Die Präklusion im Verwaltungsverfahren (2001)

Pointner, Wolfgang, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 (2005), 1789

Potacs, Michael, Auslegung im öffentlichen Recht (1994)

R.Madl/Hauck, in *Heid/Presslmayr*, Handbuch Vergaberecht² (2004), 427

Raschauer, Bernhard, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003 - 1. Aufl. 1998)

Regler, Rainer, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht (2007)

Regner, Richard, Anmerkung zu BVA, 02.10.2003, 17N-80/03-37, RPA 2003, 286

Reisner, Hubert, in *Gruber/Gruber/Sachs*, Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008), 291

Rill, Heinz Peter, in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht-Kommentar, zu Art 14b (2004)

- Rill, Heinz Peter*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 461
- Rummel, Peter*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1
- Rusam, Martin*, in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), Handkommentar zur VOB⁹ (2000), 309
- Sachs, Michael*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 (2005), 400
- Sachs, Michael*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009) zu § 2 Z16
- Schenk, Michael*, Das neue Vergaberecht (2001)
- Schoibl, Norbert A.*, Die Verbandsklage als Instrument zur Wahrung "öffentlicher" oder "überindividueller" Interessen im österreichischen Zivilverfahrensrecht, 3
- Schramm/Öhler/Stickler*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 (2005), 1258
- Schulev-Steindl, Eva*, Anmerkung zu VwGH, 18.11.2004, 2004/07/0025, RdU 2005, 177
- Schulev-Steindl, Eva*, Subjektive Rechte (2008)
- Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Das Recht der Europäischen Union (2007)
- Thienel, Rudolf*, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7
- Thienel, Rudolf*, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBI 1993, 373
- Thienel, Rudolf*, Der mehrstufige Verwaltungsakt (1996)
- Thienel, Rudolf*, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 335
- Thienel, Rudolf*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002 (2005), 1557
- Thienel, Rudolf*, Verwaltungsverfahrensrecht (2004)³

*Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht (2003)*⁸

*Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2007)*¹⁰

Wensch, Hermann, Rechtliche Bedeutung des faktischen Vorganges "Ausschreibung", Ansprüche des übergangenen Bestbieters bei privatrechtlicher Ausschreibung, bbl 1999, 102

Anhang

Zusammenfassung:

Das BVergG normiert ein System von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidungen, das - in Verbindung mit Präklusionsfristen - zumindest potentiell geeignet ist, die Rechtsstellung von Bietern zu beeinträchtigen.

Wird eine Ausschreibung nicht fristgerecht angefochten, kann die Rechtswidrigkeit dieser Ausschreibung von einem Bieter im späteren Vergabeverfahren nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden. Auch die Nachprüfungsbehörden sind an eine solche bestandsfeste Ausschreibung gebunden und sind daher nicht befugt, eine in der Ausschreibung begründete Rechtswidrigkeit aufzugreifen.⁸⁵²

Diese Aussage wird auch durch die Judikatur des EuGH grundsätzlich gestützt. In der Rechtssache *Universale*⁸⁵³ hat der EuGH zum Ausdruck gebracht, dass Rechtswidrigkeiten nach Ablauf der im Gesetz vorgesehenen Frist zur Anfechtung der mit Rechtswidrigkeit behafteten Auftraggeberentscheidung, nicht mehr gegen eine spätere Entscheidung geltend gemacht werden können.⁸⁵⁴ Diese grundsätzlich uneingeschränkte Wirkung der Bestandskraft wird nach Sicht des EuGH nur dann durchbrochen, wenn der Auftraggeber Handlungen setzt, die beim Bieter ein Vertrauen hervorrufen, in Folge dessen er die Anfechtung der Ausschreibung unterlässt, weshalb ihm die Ausübung der nach dem Gemeinschaftsrecht zustehenden Rechte praktisch unmöglich gemacht oder zumindest übermäßig erschwert wird.⁸⁵⁵

Wird eine Ausschreibung dem rechtsstaatlichen Gebot entsprechend gestaltet, ist in der Möglichkeit ihrer Anfechtung durch die Bieter ein ausreichendes Instrument zur Rechtswahrung zu erblicken, sodass kein Grund besteht, bei einer solchen Voraussetzung den Eintritt der Bestandskraft in Einzelfällen als verfassungswidrig zu beurteilen und deshalb zu verneinen.

⁸⁵² Für viele VwGH, 07.11.2005, 2003/04/0135.

⁸⁵³ EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (*Universale-Bau*), Rz 76.

⁸⁵⁴ Der Gerichtshof spricht hier ausdrücklich und keinen Interpretationsspielraum zulassend von sämtlichen Mängeln.

⁸⁵⁵ EuGH, 27.02.2003, Rs C-327/00 (*Santex SpA*), Rz 48.

Aus den Gesetzesmaterialien zum BVergG lässt sich erschließen, dass der Gesetzgeber nicht uneingeschränkt von einem Eintritt der Bestandskraft ausgeht.⁸⁵⁶ Auf Grund der historischen Interpretation im Zusammenhang mit der einschlägigen Judikatur des VwGH⁸⁵⁷ kann gesagt werden, dass im Falle der Nennung der Vergabekontrollbehörde in der Ausschreibung sowie im Anwendungsbereich des § 80 Abs 3 letzter Satz BVergG 2006 von nicht bestandskraftfähigen Angaben in der Ausschreibung auszugehen ist. Davon abgesehen spricht der Reaktionsgedanke dafür, dass der Gesetzgeber mit der Normierung einer Bestandskraft der bisherigen Praxis mancher Bieter, das Vergabeverfahren durch Anfechtung der letzten möglichen Auftraggeberentscheidung an Stelle der, die Rechtswidrigkeit enthaltenden Entscheidung zu verzögern begehen wollte.

Bei all diesen Überlegungen ist zu beachten, dass gerade auch das Gemeinschaftsrecht zwei miteinander in Einklang zu bringende Zielsetzungen besondere Bedeutung beimisst: dem Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechtes und der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens.⁸⁵⁸

Gegen die Annahme eines weitgehend uneingeschränkten Eintritts der Bestandskraft spricht das potentiell bestehende Ungleichgewicht zwischen Auftraggeber und Bieter. Bieter sind als mögliche Vertragspartner des Auftraggebers bemüht, einen möglichen späteren Vertragsschluss nicht durch die Anfechtung der Ausschreibung zu gefährden. Aus diesem Grund besteht die Gefahr, dass der Auftraggeber die Ausschreibung – rechtswidrig – in einer die Bieter benachteiligenden Weise gestaltet. Um diesem Risiko - bei gleichzeitigem Festhalten am System der Bestandskraft - entgegenzuwirken, erscheint die gesetzliche Einräumung einer Anfechtungsmöglichkeit der Ausschreibung durch gesetzliche Interessenvertretungen ein geeignetes Mittel zu sein. Auf diesem Wege kann zum einen Rechtssicherheit größtmöglich garantiert werden. Zum anderen ist diesfalls auch die Durchführung eines raschen Vergabeverfahrens garantiert.

⁸⁵⁶ 1171 BlgNR 22. GP 69.

⁸⁵⁷ VwGH, 23.02.1966, 1161/65, VwSlg 6872 A/1966.

⁸⁵⁸ Vgl dazu beispielsweise EuGH, 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau), Rz 78 und Rz 76.

Lebenslauf:

Mag. Christian Eisner

Geboren am 26. Februar 1979

Beruflicher Werdegang

- 06/2009 – laufend **Referent im Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes**
- 12/2005 – 05/2009 **Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Verwaltungsgerichtshof Wien**
• Schriftführer des **Senates 04** – Angelegenheiten u.a. des Gewerberechtes, des Vergaberechtes und des Medienrechtes
- 02/2005 – 11/2005 **Gerichtspraxis OLG Wien**
• Landesgericht Krems (Arbeits- und Sozialrecht), Bezirksgericht Tulln (Straf- und Zivilrecht)

Ausbildung

- 02/2008 – 01/2009 **Bundeskanzleramt Österreich, Zentrum für Verwaltungsmanagement Wien**
• Modulares Ausbildungsprogramm im Rahmen der Grundausbildung am Zentrum für Verwaltungsmanagement des Bundes (Ressortprüfung am 27.01.2009)
- 10/1999 – 09/2004 **Rechtswissenschaftliches Studium Universität Wien**
• Diplomarbeit aus Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie
- 06/1998 **Matura am Oberstufenrealgymnasium Krems**