

Zeitschrift für

# VERGABERECHT

# UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,  
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik  
Redaktion und Schriftleitung Johannes Schramm, Josef Aicher

Jänner 2014

01

1 – 44

Vergaberecht

## Fastweb: (R)Evolution der Antragslegitimation?

Georg Rihs/Anna-Zoe Steiner ↻ 5

BVA – Wie weit geht die Systemwahlfreiheit des Auftraggebers?

Thomas Gruber ↻ 13

BVA – Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters

Gerhard Prünster ↻ 17

VwGH – Der Ausnahmetatbestand des § 10 Z 2 BVergG 2006

Gunther Gruber/Christian Eisner ↻ 22

VwGH – Erstreckung der Angebotsfrist aufgrund einer Berichtigung

Kathrin Hornbanger ↻ 27

UVS Bgld – Das nachträgliche Befüllen einer echten Bieterlücke ist eine nachträgliche Angebotsänderung

Albert Oppel ↻ 28

SERVICE: Interkommunale Zusammenarbeit

Albert Oppel ↻ 32

Bauvertragsrecht

## Verlängerung der Leistungsfrist bei internationalen Bauverträgen

Thomas Hamerl ↻ 35

OGH – Der Werkunternehmer haftet wasserrechtlich auch nach Übergabe des Werkes

Albert Oppel ↻ 41

MUSTER: Verzug des Auftragnehmers mit einer Teilleistung

Johannes Bousek ↻ 44

# Fastweb: (R)Evolution der Antragslegitimation?

## Das EuGH-Urteil 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, und die Folgen für den vergaberechtlichen Rechtsschutz in Österreich

Das Urteil des EuGH in der Rs „*Fastweb*“ könnte die bisherige Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden und des Verwaltungsgerichtshofs revolutionieren. Die Auslegung dieses Urteils bzw seiner knappen Begründung eröffnet den nationalen Nachprüfungsbehörden Interpretationsspielräume, die nach einer gründlichen fachlichen Diskussion verlangen. Der vorliegende Beitrag hat das Ziel, die bisherige Rechtsprechung zur Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren und die möglichen Auswirkungen des „*Fastweb*“-Urteils darzustellen.

Von Georg Rihs und Anna-Zoe Steiner

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren in der bisherigen Rechtsprechung
  1. Rechtliches Interesse, Schaden des Bieters
  2. Prüfung durch die Nachprüfungsbehörde
- C. „*Fastweb*“ und die österreichische Rechtslage
  1. Ausgangsverfahren
  2. Entscheidung des EuGH
  3. Anwendung auf die österreichische Rechtslage
- D. Erste Rezeption des Urteils „*Fastweb*“ durch das BVA
  1. BVA 14. 8. 2013, N/0075-BVA/08/2013–29, *Lärmschutzwände*
  2. BVA 19. 8. 2013, N/0073-BVA/06/2013–47, *Tiergarten Schönbrunn, Kunstfelsen und Spritzbeton im Bärengehege*
  3. Würdigung der beiden Entscheidungen des BVA
- E. Conclusio und Ausblick

### A. Einleitung

Art 1 Abs 3 der RechtsmittelRL 89/665/EG idgF<sup>1)</sup> sieht vor, dass die „Mitgliedstaaten sicher [stellen], dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein In-

teresse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht“. In Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung legt § 320 Abs 1 BVergG<sup>2)</sup> fest, dass ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit dann beantragen kann, wenn „1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrags behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht“.

Der EuGH hat in seiner bisherigen Rsp klargestellt, welche Anforderungen an das Nachprüfungsverfahren sich aus dem Postulat der Richtlinienbestimmung des Art 1 Abs 3 RechtsmittelRL 89/665/EG idgF ergeben. Mit dem Urteil „*Fastweb*“ hat der EuGH für eine spezifische Fallgruppe neue Überlegungen angestellt. Obwohl das Ausgangsverfahren in Italien spielt und dem-

1) RL 89/665/EG des Rates v 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI L 1989/395, 33 v 30. 12. 1989, idF RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 11. 12. 2007 zur Änderung der RL 89/665/EG und 92/13/EG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABI L 2007/335, 31 v 20. 12. 2007.

2) In der Fassung des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl I 2006/17, zuletzt geändert durch BGBl I 2007/86.

### ZVB 2014/3

§ 320 BVergG 2006;  
Art 1 Abs 3 RL 89/665 EWG des Rates v 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge

EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, noch nicht in amlt Slg;  
EuGH 19. 6. 2003, C-249/01, *Hackermüller*, Slg 2003, I-6319;  
BVA 14. 8. 2013, N/0075-BVA/08/2013–29;  
BVA 19. 8. 2013, N/0073-BVA/06/2013–47

Nachprüfungsverfahren;  
Antragslegitimation;  
auszuscheidender Bieter;  
RL 89/665/EGW

entsprechend die Besonderheiten des italienischen Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen waren, können (und müssen) die Grundsätze dieser Entscheidung wohl auch auf bestimmte Konstellationen im österreichischen Vergaberechtschutz übertragen werden.

## B. Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren in der bisherigen Rechtsprechung

### 1. Rechtliches Interesse, Schaden des Bieters

Die Mehrzahl der Nachprüfungsverfahren wird von unterlegenen Bieter angestrengt, die im Nachprüfungsverfahren eine Entscheidung des Auftraggebers, wie etwa eine Zuschlagsentscheidung an einen konkurrierenden Bieter, bekämpfen. Nach der soweit gefestigten Rsp<sup>3)</sup> der Nachprüfungsbehörden und des VwGH hat ein unterlegener Bieter, dessen Angebot im Vergabeverfahren zwingend auszuschneiden gewesen wäre, keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren.<sup>4)</sup> Solchen Bieter billigt die Rsp kein legitimes Rechtsschutzinteresse zu. Diese Einschränkung des Rechtsschutzes wurde damit begründet, dass solchen Bieter durch die von ihnen behaupteten Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens keine Schäden entstanden sein können und diese somit nicht schutzwürdig sind.<sup>5)</sup> Die Rsp schob damit auch so genannten „Popularanträgen“, dh zB Anträgen von Individuen, die tatsächlich kein Interesse an der Auftragsvergabe haben und deren primäres Ziel die Verzögerung des Beschaffungsvorgangs ist, einen Riegel vor.<sup>6)</sup>

Mit dem Hinweis auf die gesetzliche Voraussetzung eines Schadens für die Antragslegitimation eines Bieters hat die jüngere Rsp<sup>7)</sup> Bieter auch in der speziellen Konstellation, das sämtliche Angebote auszuschneiden wären, die Antragslegitimation verwehrt: Ein Bieter ist nach dieser Rsp durch das Unterlassen eines Widerrufs nicht geschädigt. Dass ein Auftraggeber nach einem Widerruf des Vergabeverfahrens die Leistung neu ausschreiben müsste und der (auszuschneidende) Bieter in einem folgenden Vergabeverfahren ein neues Angebot legen könnte, kann nach dieser Rsp keinen Schaden begründen.<sup>8)</sup> Mit anderen Worten: Bei Vorliegen eines zwingenden Ausscheidungsgrundes besteht selbst dann keine Antragslegitimation eines auszuschneidenden Bieters, wenn keines der eingereichten Angebote für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt.<sup>9)</sup> Wenn also zum Beispiel aufgrund unerfüllbarer Ausschreibungsbedingungen kein Angebot die Ausschreibungsbedingungen gänzlich zu erfüllen vermag, ist nach dieser Rsp auch kein Bieter zur Stellung eines Nachprüfungsantrags legitimiert, wenn die Ausschreibung bestandfest wurde.<sup>10)</sup> Ein Bieter ist in diesem Fall nach der Rsp nicht schutzwürdig und wird nicht in seinen Interessen verletzt, weil der Vergaberechtschutz der Durchsetzung der subjektiven Rechte der Bieter und nicht der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle des Vergabeverfahrens dient.<sup>11)</sup>

Der EuGH hat das Prinzip der eingeschränkten Antragslegitimation eines auszuschneidenden Bieters im Nachprüfungsverfahren grundsätzlich gutgeheißen. Nach der Formulierung des Art 1 Abs 3 RechtsmittelRL 89/665/EWG muss ein Nachprüfungsverfahren „zu-

mindest“ jedem zur Verfügung stehen, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder dem durch einen behaupteten Verstoß gegen das Vergaberecht ein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht. Die Bestimmung des § 115 Abs 1 BVergG 1997 (nunmehr § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006) war damit unionsrechtskonform.<sup>12)</sup>

In der Lehre wurde die von der Rsp entwickelte Einschränkung der Antragslegitimation auf Bieter, deren Angebot nicht auszuschneiden gewesen wäre, kritisiert. Die Kritiker weisen darauf hin, dass die restriktive Haltung der Rsp die Effektivität des Rechtsschutzes beeinträchtigen könnte.<sup>13)</sup> Vor allem in dem Fall, dass in einem Vergabeverfahren die Angebote sämtlicher Bieter auszuschneiden sind, stünde es dem Auftraggeber aufgrund der fehlenden Antragslegitimation der Bieter frei, den Auftrag beliebig an einen Bieter – den einzigen, den er nicht ausschneidet – zu vergeben.<sup>14)</sup> In der Literatur wurde aus diesem Grund bereits vor „Fastweb“ beim Vorliegen zwingender Widerrufsgründe, wie dem Ausschneiden aller Angebote aus dem Vergabeverfahren, die Antragslegitimation der (auszuschneidenden) Bieter gefordert.<sup>15)</sup>

### 2. Prüfung durch die Nachprüfungsbehörde

Die Nachprüfungsbehörde muss überprüfen, ob einem antragstellenden Bieter ein Schaden iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 entstanden ist. Nur in diesem Fall hat der Bieter ein subjektives öffentliches Recht auf Überprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers und damit Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren. Die Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, einen von ihr erkannten, vom Auftraggeber nicht herangezogenen Ausschlussgrund wahrzunehmen, dient in erster

3) Frühere, einen abweichenden Rechtsstandpunkt vertretende Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden argumentierten, dass auch einem auszuschneidenden, jedoch im Verfahren vom Auftraggeber tatsächlich nicht ausgeschneidenden Bieter ein Schaden entstehen kann.

4) VwGH 28. 5. 2008, 2007/04/0232; 18. 3. 2009, 2007/04/0095; 27. 5. 2009, 2008/04/0041.

5) Vgl Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), BVergG 2006, 2. Lieferung (2012), § 320 Rz 49 mzwN.

6) IdS etwa VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239; in der Lit vgl Breitenfeld, Antragslegitimation – Ausschneiden von Angeboten, in Sachs (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 317 (318).

7) Frühere, anderslautende Entscheidungen des BVA blieben vereinzelt bzw wurden diese durch die Rsp des VwGH „neutralisiert“: BVA 7. 5. 2005, 06N-04/05-13; 26. 4. 2004, 12N-2/04-55.

8) VwGH 28. 5. 2007, 2005/04/0200; 28. 5. 2008, 2007/04/0232 RPA 2007, 176 (Reisner) = ZVB 2007/87 (Malin); 11. 11. 2009, 2009/04/0240.

9) VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0240; 28. 5. 2008, 2007/04/0232; 28. 3. 2007, 2005/04/0200.

10) Dazu grundlegend EuGH 12. 2. 2004, C-230/02, Grossmann Air Service, Slg 2004, I-1829 Rz 38 ff.

11) Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), BVergG 2006, 2. Lieferung (2012) § 320 BVergG Rz 100 ff.

12) EuGH 19. 6. 2003, C-249/01, Hackermüller, Slg 2003, I-6319 Rz 29.

13) Walther/Hauck in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> (2010) Rz 1797; Stickler, Die Antragslegitimationsjudikatur ist (teilweise) Geschichte! Paradigmenwechsel zugunsten der Bieter durch EuGH „Fastweb“? online abrufbar unter <http://vergabeblog.manz.at>

14) Breitenfeld, Antragslegitimation (FN 6) 330; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> (2010) Rz 1797; Stickler, Die Antragslegitimationsjudikatur ist (teilweise) Geschichte! Paradigmenwechsel zu Gunsten der Bieter durch EuGH „Fastweb“? online abrufbar unter <http://vergabeblog.manz.at>

15) Walther/Hauck in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> (2010) Rz 1786 f.

Linie der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens.<sup>16)</sup>

Nach der Rsp sind die Nachprüfungsbehörden insb bei hinreichend konkreten Einwendungen einer Verfahrenspartei verpflichtet, zwingende Ausschließungsgründe, die sich liquide aus der Aktenlage des Vergabeakts ergeben, als fehlende Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren wahrzunehmen.<sup>17)</sup> Wenn ein Angebotsmangel behebbar war und der Auftraggeber dem Bieter in einem ordentlichen Vergabeverfahren eine Verbesserungsmöglichkeit einräumen hätte müssen, ist der betroffene Bieter antragslegitimiert.<sup>18)</sup> Sofern dem Auftraggeber beim Ausscheiden ein Ermessen eingeräumt war und dieser von seinem Ermessen in dem Sinn Gebrauch gemacht hat, dass er ein zulässigerweise auszuscheidendes Angebot nicht ausgeschieden hat, kann dies einem Bieter im Nachprüfungsverfahren nicht zur Verweigerung seiner Antragslegitimation entgegengehalten werden.<sup>19)</sup> Die Nachprüfungsbehörde muss selbst keine komplizierten Ermittlungen, etwa durch Beweise wie Sachverständigengutachten, führen, um die Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen.<sup>20)</sup> Zusammenfassend muss die Nachprüfungsbehörde (nur) offenkundige, sich aus den Akten ergebende zwingende Ausscheidensgründe iSd § 129 Abs 1 BVergG 2006 und diese insb im Fall der Einwendung einer Verfahrenspartei aufgreifen.

Der EuGH hat in „*Hackermüller*“<sup>21)</sup> ausgesprochen, dass ein Antragsteller (ASt), dem die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren mit dem Argument verwehrt wird, da sein Angebot im Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen wäre, die Gelegenheit haben muss, die Stichhaltigkeit des vom Auftraggeber bzw von der Nachprüfungsbehörde herangezogenen Ausschlussgrundes anzuzweifeln.<sup>22)</sup> Dem ASt muss in einem kontradiktorischen Verfahren vor der Nachprüfungsbehörde die Möglichkeit gegeben werden, den von dieser herangezogenen Ausschlussgrund zu bestreiten.<sup>23)</sup>

### C. „Fastweb“ und die österreichische Rechtslage

#### 1. Ausgangsverfahren

Dem Urteil 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*,<sup>24)</sup> lag ein Vorabentscheidungsersuchen des italienischen *Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte*, der Nachprüfungsbehörde im Ausgangsverfahren, vom 25. 1. 2012 zugrunde. Das *Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione* (Nationales Zentrum für Informatik) hatte mit mehreren Unternehmen, unter anderem mit „*Fastweb*“ und *Telecom Italia*, Rahmenvereinbarungen geschlossen. Eine dazu berechnete öffentliche Stelle, die *Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, richtete eine Angebotsanfrage über „Leitungen zur Datenübertragung und für Telefondienstleistungen“ an die Vertragspartner der Rahmenvereinbarung und schloss daraufhin einen entsprechenden Vertrag mit der *Telecom Italia* (bzw deren Tochter *Path-Net*). „*Fastweb*“ brachte eine Klage gegen die Entscheidung über die Vergabe dieses Auftrags beim zuständigen Verwaltungsgericht der Region Piemont ein; *Telecom Italia* und *Path-Net* erhoben Widerklage.

Beide Seiten brachten vor, dass das Angebot des jeweils anderen Mitbewerbers den technischen Anforderungen der Ausschreibung bzw des Abrufs nicht entspreche.

Das vorlegende Verwaltungsgericht warf die Frage auf, ob aufgrund der Einwendung der *Telecom Italia*, dass das Angebot von „*Fastweb*“ auszuschneiden sei („Widerklage“), zuerst die Antragslegitimation („Klagebefugnis“) von „*Fastweb*“ zu prüfen sei, oder ob beiden Klagen stattgegeben und das Vergabeverfahren für nichtig erklärt werden müsse. Das Verwaltungsgericht stellte weiter die Frage, ob der erfolgreiche Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, gegenüber anderen Bietern, deren Angebot ebenfalls auszuschneiden gewesen wäre, einen ungerechtfertigten Vorteil habe, wenn er durch Widerklage die Antragslegitimation anderer, ebenfalls auszuschneidender Bieter bekämpfen kann. Es legte daher dem EuGH die Frage vor, ob die nach der italienischen Rsp von der Nachprüfungsbehörde aufgrund einer Widerklage vorrangig vorzunehmende Prüfung der Vorfrage, ob der Kläger klagebefugt ist, mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien, der Nichtdiskriminierung und der Wahrung des Wettbewerbs im Vergabeverfahren vereinbar sei. Insbesondere sei auch darauf Bezug zu nehmen, dass im Ausschreibungsverfahren nur zwei Wettbewerber verblieben seien, wobei beide vorbringen, dass das Angebot des jeweils anderen die Mindestanforderungen der Ausschreibung nicht erfüllt habe.

#### 2. Entscheidung des EuGH

Der EuGH sprach (vereinfacht) aus, dass Art 1 Abs 3 RechtsmittelRL 89/665/EWG der Zurückweisung („Unzulässigerklärung“) eines Nachprüfungsantrags („Klage“) aufgrund von Einwendungen („Widerklage“), in denen die fehlende Klagebefugnis wegen Nichtübereinstimmung mit Mindestanforderungen behauptet wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters und das Angebot des ASt den technischen Anforderungen der Ausschreibung entsprechen, entgegensteht.

In der Begründung referiert der EuGH zunächst die in „*Hackermüller*“ definierten Grundsätze. Ein Bieter muss im Fall des Vorhalts eines Ausscheidensgrundes im Nachprüfungsverfahren die Möglichkeit haben, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde geltend gemachten Ausscheidensgrundes anzuzweifeln. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht nur bei amtswe-

16) VwGH 28. 3. 2007, 2005/04/0200.

17) So die stRsp des VwGH: 18. 3. 2009, 2007/04/0095; 27. 5. 2009, 2008/04/0041; 12. 5. 2011, 2007/04/0012 uva.

18) VwGH 18. 3. 2009, 2007/04/0095.

19) VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0011.

20) VwGH 1. 3. 2005, 2003/04/0199.

21) EuGH 19. 6. 2003, C-249/01, *Hackermüller*, Slg 2003, I-6319.

22) EuGH 19. 6. 2003, C-249/01, *Hackermüller*, Slg 2003, I-6319, Rz 29; in der Folge VwGH 18. 3. 2009, 2007/04/0095; BVA 15. 7. 2005, 17N-56/05-33; 27. 4. 2007, N/0030-BVA/07/2007-43; *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), BVergG 2006, 2. Lieferung (2012) § 320 Rz 52/2.

23) *Möslinger-Gehmayr/Schidlof*, Der Verwaltungsgerichtshof und das Bundesvergabeamt 214f, in *Bundesvergabeamt*, Standpunkte zum Vergaberecht (2003); *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), BVergG 2006, 2. Lieferung (2012) § 320 Rz 52/2.

24) EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, noch nicht in der amtlichen Slg veröff.

giger Wahrnehmung eines Ausscheidensgrundes durch die Nachprüfungsbehörde (wie in „Hackermüller“), sondern nach „Fastweb“ auch bei Geltendmachung eines Ausscheidensgrundes durch den am Verfahren beteiligten erfolgreichen Bieter.<sup>25)</sup> Das vorliegende Verwaltungsgericht sei bezüglich beider Angebote (jenem des ASt und jenem des erfolgreichen Bieters) zu dem Ergebnis gelangt, dass diese nicht die technischen Anforderungen der Ausschreibung erfüllen. Anders als im Fall „Hackermüller“ sei hier festgestellt worden, dass das ausgewählte Angebot des erfolgreichen Bieters zu Unrecht nicht ausgeschlossen wurde, obwohl es nicht den technischen Anforderungen der Ausschreibung entsprach.<sup>26)</sup> Wenn eine solche Feststellung getroffen wurde, kann die Einwendung des erfolgreichen Bieters („Widerklage“) nicht zur Abweisung (nach der österreichischen Terminologie wohl: Zurückweisung) der Klage eines Bieters führen, „wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser beiden Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt wird. In einem solchen Fall kann sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss der jeweils anderen berufen, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.“<sup>27)</sup> Vielmehr folgt aus Art 1 Abs 3 RechtsmittelRL 89/665/EWG, dass in dieser Konstellation (auch) darüber entschieden werden muss, „ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen.“<sup>28)</sup>

### 3. Anwendung auf die österreichische Rechtslage

Der EuGH klärt mit dieser Entscheidung (teilweise) die in der älteren österreichischen Rsp und in der Literatur kontrovers diskutierte Frage, ob ein Bieter, dessen Angebot auszuscheiden ist, im Fall des notwendigen Ausscheidens aller anderen Bieter Antragslegitimation erlangt. Die Antragslegitimation des (ebenfalls) auszuscheidenden Bieters erscheint aus Gerechtigkeitsüberlegungen notwendig, um sicherzustellen, dass sich der Auftraggeber die perplex Situation, die das notwendige Ausscheiden aller Angebote nach sich zieht, nicht zunutze machen kann, um einen Auftrag willkürlich und nach vergaberechtsfremden Motiven an einen Auftragnehmer seiner Wahl zu vergeben. Für Nachprüfungsverfahren in Österreich bedeutet dies, dass die Nachprüfungsbehörde im Fall entsprechenden Vorbringens im Nachprüfungsantrag eines Bieters („sämtliche Angebote waren zwingend auszuscheiden“) in einem Verfahren mit zwei Parteien (unterlegener Bieter, präsumtiver Zuschlagsempfänger) zunächst ermitteln und feststellen muss, ob das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers tatsächlich auszuscheiden war. In diesem Fall kann dem Bieter und ASt vom Auftraggeber bzw dem präsumtiven Zuschlagsempfänger im Nachprüfungsverfahren nicht vorgehalten werden, dass sein Angebot ebenfalls auszuscheiden gewesen wäre. Ein derartiger Nachprüfungsantrag ist daher nicht zurückzuweisen; vielmehr ist ihm bei Vorliegen der in

„Fastweb“ genannten Voraussetzungen (zwingendes Ausscheiden der anderen Angebote) stattzugeben.

Der EuGH anerkennt damit ein rechtliches Interesse bzw subjektives öffentliches Recht des (auszuscheidenden) Bieters, wenn auch das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuscheiden gewesen wäre. Das Unterlassen des Widerrufs eines Vergabeverfahrens ist aufgrund dieses Urteils wohl als „Schaden“ iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu werten.<sup>29)</sup>

Nicht ganz klar ist, auf welche weiteren Fallkonstellationen der zugrunde liegende Gedanke (bei zwingendem Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers gegebene Antragslegitimation des ebenfalls auszuscheidenden Bieters) anwendbar ist. Insbesondere bei mehreren, dh mehr als zwei Bietern, sind mehrere Varianten denkbar. In dem Fall, dass bei mehreren Bietern alle auszuscheiden sind, muss dem antragstellenden Bieter wohl ebenfalls Antragslegitimation zuerkannt werden. Dies ergibt sich aus dem Urteilstenor des EuGH, dass in einem Nachprüfungsverfahren trotz des Einwands der fehlenden Antragslegitimation durch die anderen Parteien zuerst darüber zu entscheiden ist, ob die Angebote der beteiligten Parteien auszuscheiden gewesen wären. Der EuGH spricht zwar in „Fastweb“ nicht explizit aus, ob der wohl zwingende Widerruf des Vergabeverfahrens infolge des Ausscheidens aller Bieter für das Zuerkennen der Antragslegitimation an den auszuscheidenden Bieter mit ausschlaggebend war; er deutet diese Überlegung allerdings vorsichtig an („Denn in einem solchen Fall [Feststellungen zum zwingenden Ausscheiden hier: beider Angebote, Anm] kann sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.“).<sup>30)</sup> Daher muss wohl auch im Fall des Ausscheidens aller Bieter in einem Vergabeverfahren mit mehr als zwei Bietern gelten, dass dem antragstellenden Bieter Antragslegitimation zukommt.

Komplizierter erscheint der Fall mehrerer Bieter, in dem das Angebot des antragstellenden Bieters und jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, nicht jedoch das Angebot oder die Angebote anderer Bieter in diesem Verfahren auszuscheiden gewesen wären. Hier wäre ein Widerruf nicht zwingende Folge des Ausscheidens der Angebote des antragstellenden Bieters und des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Allerdings erscheint es in dieser Konstellation besonders ungerecht, einem antragstellenden Bieter die Antragslegitimation zu versagen mit der Begründung, dass der Widerruf keine zwingende Folge des Ausscheidens der auszuscheidenden Angebote ist, weil in diesem Fall der Zuschlag einem der Bieter erteilt werden hätte müssen, deren Angebote nicht auszuscheiden waren. Der Zuschlag an einen Bieter, dessen Angebot auszuscheiden war, ist in diesem Fall offenkundig vergaberechtswidrig erfolgt. Auch in diesem Fall müsste wohl dem (sowie dem präsumtiven Zuschlagsempfänger aus-

25) EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, Rz 30.

26) EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, Rz 32.

27) EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, Rz 33.

28) EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, Rz 34.

29) So auch *Reisner*, Ende der Antragslegitimation? RPA 2013, 197. IdS bereits BVA 19. 8. 2013, N/0073-BVA/06/2013-47, s unten D.2.

30) EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, Rz 33 Satz 2.

zuscheidenden) antragstellenden Bieter Antragslegitimation zuerkannt und das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf zwingende Ausscheidensgründe hin überprüft werden.<sup>31)</sup> Diese Überlegung erweist, dass ein zwingender Widerruf im Fall des ordnungsgemäßen Ausscheidens von Angeboten nicht allein ausschlaggebend sein kann für das Zugeständnis der Antragslegitimation an den ebenfalls auszuschcheidenden Bieter.

Das Urteil „Fastweb“ wird rechtsschutzsuchende Bieter freuen: Wenn sie beim präsumtiven Zuschlagsempfänger einen Ausscheidensgrund finden, können der Auftraggeber und der Zuschlagsempfänger im Fall eines zwingenden Ausscheidensgrundes nicht mehr die fehlende Antragslegitimation einwenden. Damit ist eine mögliche „Pattstellung“ beseitigt, die zu Ungechtigkeiten im Vergabeverfahren führen konnte.

Der Kreis der potenziellen ASt wird mit „Fastweb“ um jene Bieter erweitert, die bislang in Folge von Unzulänglichkeiten ihres eigenen Angebots vom Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen waren. Nachprüfungsverfahren werden in Folge dieser Rsp in Zukunft wohl auch inhaltlich angereichert, weil ASt nun die Möglichkeit haben, durch (entsprechend substantiiertes) Vorbringen zum zwingenden Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine inhaltliche Entscheidung der Nachprüfungsbehörde über zwingende Ausscheidensgründe beim präsumtiven Zuschlagsempfänger zu erzwingen.

#### D. Erste Rezeption des Urteils „Fastweb“ durch das BVA

Die mit der Entscheidung „Fastweb“ konkretisierte Rsp-Linie des EuGH fand bereits Niederschlag in zwei Entscheidungen des BVA v 14. 8. 2013<sup>32)</sup> und v 19. 8. 2013<sup>33)</sup>. Das BVA hatte in beiden Fällen zu prüfen, inwieweit ein bereits ausgeschiedener Bieter noch eine später ergangene Zuschlagsentscheidung anfechten kann und nahm hinsichtlich der Antragslegitimation ausgeschiedener Bieter erste Abgrenzungen vor.

##### 1. BVA 14. 8. 2013, N/0075-BVA/08/2013–29, Lärmschutzwände

Ausgangssachverhalt der Entscheidung des BVA bildete ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich zur Errichtung von Lärmschutzwänden. Die ASt gab fristgerecht ein Angebot ab, ihr Angebot wurde allerdings im Vergabeverfahren ausgeschieden, weil sie nicht alle geforderten Nachweise hinsichtlich bestimmter Fabrikate vorgelegt hatte und die Kalkulationen zu bestimmten Einzelpreisen nicht nachvollziehbar waren. Die Auftraggeberin (AG) führte dazu aus, dass das betreffende Angebot ausgeschieden wurde, weil einem der vier genannten, in Deutschland ansässigen Lieferanten das in der Ausschreibung geforderte österreichische Gütezeichen für kesselimprägniertes Holz fehle und ein nachträglicher Austausch dieses Produkts unzulässig sei.

Eingangs hielt das BVA fest, dass es „Aufgabe des Bieters [ist], nur diejenigen Bezugsquellen anzubieten und damit auch nur diejenigen Teile anzugeben, die die Ausschreibungsbedingungen erfüllen“. Das BVA führte weiters aus, dass „es [...] nicht Aufgabe eines Auftraggebers [ist], sich aus einem Angebot diejenigen Be-

zugsquellen herauszusuchen, die möglicherweise alle den Ausschreibungsbedingungen geforderten Nachweise erfüllen – vielmehr ist es Aufgabe des Bieters, nur diejenigen Bezugsquellen anzubieten und damit auch nur diejenigen Teile anzugeben, die die Ausschreibungsbedingungen erfüllen“. Das betreffende Angebot wurde daher nach Ansicht des BVA zu Recht ausgeschieden, weil nach stRsp alle angeführten Baustoffe die in der Ausschreibung angegebenen Qualitätsmerkmale erfüllen müssen.<sup>34)</sup> Auch die Möglichkeit der AG, im Zuge der Bauaufsicht die Verwendung bestimmter nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechender Materialien zu untersagen, „ist nicht geeignet, diese Ansicht zu erschüttern, handelt es sich bei diesen Ausschreibungsbestimmungen um die Realisierung des vergebenen Auftrags und die – erforderliche – Notwendigkeit der tatsächlichen Qualitätssicherung vor Ort“. Auch hinsichtlich der Position „Baustofflieferung“ sowie „Fremdleistungen“ stimmte das BVA der AG zu, dass die Begründung einer „Holding-internen Möglichkeit“ bzw einer „holdinginternen Rückverrechnung“ für die Plausibilität einer fast um die Hälfte reduzierten Kalkulation in diesen Positionen „zu wenig konkret und damit weder nachvollziehbar oder wirtschaftlich begründbar ist“. Das BVA kam daher zum Ergebnis, dass das Angebot daher zu Recht ausgeschieden worden war.

Bezüglich der Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach einer Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung führte das BVA aus, dass „die Vorabentscheidung des EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, Fastweb, auf einem gänzlich anderen Sachverhalt beruht, insb nämlich in der Beurteilung von lediglich zwei bestehenden Angeboten und der Widerklage eines Bieters [...]. Bei der EuGH-Vorabentscheidung ‚Fastweb‘ würden das Angebot der ASt als auch das Angebot des mit Widerklage entgegretenden Unternehmens nicht alle dort festgelegten technischen Anforderungen erfüllen. Hingegen liegen im vorliegenden Fall mehrere, bisher nicht ausgeschiedene Angebote vor. Der von der ASt gezogene Schluss, dass sie – selbst dann, wenn sie ein nicht ausschreibungskonformes Angebot – gelegt hat, das Recht besitzen würde, de facto alle Angebote einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung durch eine Rechtsschutzbehörde zuzuführen, ist verfehlt.“ Das BVA argumentierte, dass die Abgrenzung des zu beurteilenden Sachverhalts notwendig sei, weil es ansonsten zur Annahme eines subjektiven Rechts auf Durchführung von Nachprüfungsverfahren durch jede Person käme, die behauptet, Bieter bzw Bewerber in einem Vergabeverfahren sein zu können. Die Nachprüfungsbehörde müsste dann nicht nur die Verpflichtung des Auftraggebers zur Prüfung aller Angebote übernehmen, da jeder Bieter bzw Bewerber, selbst wenn dieser rechtmäßig ausgeschieden wurde, jede einzelne Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers anfechten könnte. Dies würde schlussendlich zu „unvorhersehbaren Verzögerungen und rechtsstaatlich nicht gesetzeskonformen Transaktionskosten“ führen. →

31) IdS auch BKA-VD (Hrsg), Rundschreiben v 24. 7. 2013 zum Urteil EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, Fastweb, BKA-VA.C-100/12/0001-V/7/2013.

32) BVA 14. 8. 2013, N/0075-BVA/08/2013–29.

33) BVA 19. 8. 2013, N/0073-BVA/06/2013–47.

34) Vgl zB BVA 15. 2. 2010, N/01210-BVA/05/2009.

Das Angebot der präsumentiven Bestbieterin hingegen entspräche vollinhaltlich den Ausschreibungsbedingungen. Auch das Rundschreiben des BKA-VD betreffend das EuGH-Urteil „Fastweb“<sup>35)</sup> bezöge sich nur auf die grundsätzliche Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens und nicht auf die inhaltliche Abweisung desselben und es ließe sich daher daraus kein Argument für die ASt hinsichtlich der Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags ableiten.

Das BVA kam daher zum Schluss, dass eine „weitergehende Prüfung des Vorbringens der ASt [...] sich somit im Hinblick darauf [erübrigt], dass sie selbst keine Chance auf Erlangung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren erlangt hat“. Mit dieser Begründung wies das BVA den Antrag der ASt ab.

## 2. BVA 19. 8. 2013, N/0073-BVA/06/2013–47, *Tiergarten Schönbrunn, Kunstfelsen und Spritzbeton im Bärenghege*

Ausschreibungsgegenstand waren Kunstfelsenarbeiten und Spritzbetonkonstruktionen im Bärenghege des Tiergartens Schönbrunn. Das Verfahren wurde im Unterschwellenbereich als nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt. Insgesamt langten fünf Angebote ein. Die Ausschreibung war teils widersprüchlich, weil die AG prinzipiell die Konstruktion der Kunstfelsen in Paneelbauweise vorsah, die Ausführung allerdings nicht ausschließlich auf diese Bauweise einschränken wollte. Aus dem Leistungsverzeichnis ergab sich (allerdings nicht eindeutig), dass sowohl die Paneelbauweise als auch eine Bauweise mittels Matrize angeboten werden konnte. Die Ausschreibung war nach den Feststellungen des BVA in diesem Punkt geeignet, die Bieter in die Irre zu führen. Die Bieter waren laut Ausschreibungsunterlagen verpflichtet, die Baustelle zu besichtigen und entsprechende Muster herzustellen, die den konstruktiven und ästhetischen Anforderungen des Auftrags entsprachen.

Die ASt brachte in ihrem Nachprüfungsantrag vor, dass das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin aufgrund eines Rechenfehlers und aufgrund konstruktiver Mängel und Widersprüche des abgelieferten Musters zur Ausschreibung auszuschneiden gewesen wäre. Sie beantragte die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten des präsumentiven Zuschlagsempfängers mit der Begründung, dass dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Naheliegenderweise brachten die AG und die präsumentive Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsverfahren vor, dass das Angebot der ASt auszuschneiden gewesen und ihr Antrag daher zurückzuweisen sei.

Der 6. Senat des BVA setzte sich in seiner Entscheidung ausführlich mit der bisherigen Rsp der Nachprüfungsbehörden und dem „Fastweb“-Urteil des EuGH auseinander. Er gelangte unter Anwendung der „Fastweb“-Grundsätze letztlich zu dem Ergebnis, dass die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären war. Interessant und möglicherweise richtungweisend für die Entwicklung der Rsp ist die detaillierte und sorgfältige Begründung dieser Entscheidung, die im Folgenden kurz wiedergegeben wird.

Das BVA referierte die Rsp des VwGH zur verpflichtenden Prüfung zwingender Ausscheidenstatbestände. Es zitierte die bisherige Rsp, wonach ein zwingend auszuschneidender Bieter keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren hat – und zwar unabhängig davon, ob die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit den Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müsste oder nicht. Diesem Tenor der bisherigen Rsp stellt das BVA die Grundsätze des „Fastweb“-Urteils gegenüber und folgert daraus: „Macht demnach ein Bieter das Vorliegen von Ausscheidensgründen auf Seiten des erfolgreichen Bieters geltend, erscheint es angesichts der Rsp des Europäischen Gerichtshofes nun nicht mehr ohne Weiteres möglich, die Antragslegitimation unter Berufung auf die Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestandes auch auf Seiten des antragstellenden Bieters und damit unter Berufung auf das Fehlen eines Schadenseintritts bzw einer Schadenseintrittsmöglichkeit abzuspochen.“ In der Folge bezieht sich das BVA auf das Rundschreiben des Verfassungsdienstes v 24. 7. 2013<sup>36)</sup> und schließt sich der dort vertretenen Rechtsansicht an, dass im Anlassfall vom Vorliegen eines derartigen „berechtigten Interesses am Abschluss des Angebots des anderen“ ausgegangen werden kann, zumal iSd Formulierung des EuGH in „Fastweb“ festzustellen sei, „dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen“. Damit scheidet die Beendigung des betreffenden Vergabeverfahrens durch Zustandekommen eines Vertrags aus. Die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war die logische Konsequenz.<sup>37)</sup>

Das BVA trifft eine weitere wesentliche Aussage, die im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung eines Schadens iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 Beachtung verdient. Im Anlassfall sei möglicherweise ein zwingender, jedenfalls jedoch ein fakultativer Widerrufsgrund iSd § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 verwirklicht, weil sachliche Gründe nach Ablauf der Angebotsfrist für einen Widerruf sprachen. Erst im Zuge des Vergabeverfahrens sei sich die AG bewusst geworden, dass sie im Leistungsverzeichnis die Begriffe Paneele und Matrizen nebeneinander und gleichbedeutend verwendet hat, ohne dass diese Begriffe synonym sind. Durch Anpassung des Bewertungsmodus und Gewichtung habe sie nachträglich versucht, die Ausschreibung zu retten. Aufgrund der geänderten Anforderungen bzw Absichten der AG bezüglich der Bauweise sei zumindest der fakultative Widerrufsgrund des § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 vorgelegen. Auch bei den anderen Bietern sei nicht auszuschließen, dass Ausscheidensgründe zu Tage treten. Es sei nicht Aufgabe des BVA, das Vergabeverfahren anstelle der AG weiterzuführen. Der Anlassfall sei mit dem der Entscheidung

35) Vgl BKA-VD (Hrsg), Rundschreiben v 24. 7. 2013 zum Urteil EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, BKA-VA.C-100/12/0001-V/7/2013, 4.

36) BKA-VD (Hrsg), Rundschreiben v 24. 7. 2013 zum Urteil EuGH 4. 7. 2013, C-100/12, *Fastweb*, BKA-VA.C-100/12/0001-V/7/2013.

37) Die Details des Sachverhalts, aus welchen Gründen die Angebote der ASt und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin zwingend auszuschneiden waren, spielen für die weitere rechtliche Bewertung im gegebenen Zusammenhang keine Rolle.

„Fastweb“ zugrunde liegenden Sachverhalt vergleichbar. Die ASt habe daher (unabhängig von etwaigen anderen, nicht auszuschließenden Angeboten) ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Ihr drohe nämlich ein Schaden gem § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Dieser Schaden bestehe darin, dass die ASt die Teilnahmemöglichkeit an einem neuen Verfahren mit dem gleichen Auftragsgegenstand und die Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagsentscheidung im Folgeverfahren verliert. Diesbezüglich sei auf die ältere Rsp des BVA<sup>38)</sup> zu verweisen.

### 3. Würdigung der beiden Entscheidungen des BVA

Die beiden Entscheidungen spiegeln soweit ersichtlich konträre Rechtsstandpunkte wider. Die Divergenzen mögen in den unterschiedlichen zugrunde liegenden Sachverhalten begründet sein. Andererseits muss die Rsp möglicherweise erst ausloten, wie sich das „Fastweb“-Urteil auf die österreichische Rechtslage bzw. Judikatur auswirkt.

Der 8. Senat negiert in seiner Entscheidung v. 14. 8. 2013 (Lärmschutzwände) die Antragslegitimation eines auszuschließenden Bieters mit Hinweis auf „unvorhersehbare Verzögerungen und rechtsstaatlich nicht gesetzeskonforme Transaktionskosten“. Er weist darauf, dass außer dem Angebot der ASt mehrere weitere, noch nicht ausgeschiedene Angebote vorliegen. Es könne nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde sein, diese Angebote auf etwaige Ausscheidensgründe hin zu prüfen. Konsequenter und konsistent mit der bisherigen Rsp prüft der 8. Senat nicht weiter, ob das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschließen gewesen wäre. Leider ergibt sich aus der Begründung nicht, ob die ASt Vorbringen zu zwingenden Ausscheidensgründen beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erstattet hat. In diesem Fall hätte möglicherweise der Tenor der „Fastweb“-Entscheidung zur Anwendung gelangen und die Antragslegitimation der ASt zuerkannt werden müssen. Nicht ganz klar wird in der Begründung des 8. Senats, weshalb das Vorliegen mehrerer, bisher nicht ausgeschiedener Angebote das Rechtsschutzbedürfnis der ASt in Frage stellt. Nach der Ansicht der Autoren dieses Beitrags besteht ein Rechtsschutzbedürfnis auch und gerade in dem Fall, dass die Angebote der ASt und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschließen sind, andere aber nicht.<sup>39)</sup> Aufgrund des knappen in der Begründung angeführten Sachverhalts und des Fehlens von Hinweisen auf Vorbringen der ASt zu zwingenden Ausscheidensgründen beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lässt sich die vom 8. Senat vertretene konservative und restriktive Rechtsansicht am Maßstab des „Fastweb“-Urteils nicht recht messen.

Der 6. Senat begründet seine Entscheidung ausführlich und überzeugend. Aufgrund des offenbar gut aufbereiteten Verfahrens und entsprechenden Vorbringens der ASt, das auch in der Begründung wiedergegeben wird, kommt er zu dem Ergebnis, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nach „Fastweb“

unabhängig vom zwingenden Ausscheiden des Angebots der ASt zu überprüfen ist. Anders als der 8. Senat sieht der 6. Senat im Vorhandensein weiterer, möglicherweise nicht auszuschließender Angebote kein Hindernis für eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Der 6. Senat deutet an, auch im Fall eines fakultativen Widerrufs nach dem (zwingenden) Ausscheiden des Angebots der ASt und des präsumtiven Zuschlagsempfängers Rechtsschutz zuzuerkennen. Im Unterlassen eines (fakultativen) Widerrufs eines Vergabeverfahrens sei jedenfalls ein Schaden iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu sehen.

Die Entscheidung des 6. Senats ist gut nachvollziehbar und entspricht dem Rechtsschutzgedanken des EuGH iSder „Fastweb“. Zukunftsweisend sind die Aussagen, dass das BVA das zwingende Ausscheiden des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Fall entsprechenden Vorbringens eines Antragstellers prüfen muss. Die Entscheidung des 8. Senats ist angesichts der knappen Begründung kryptisch. Es wird sich zeigen, wie die zukünftige Spruchpraxis und Rsp, insb. des VwGH, die Grundsätze des Urteils „Fastweb“ rezipieren werden. Im Sinne fairer, transparenter Vergabeverfahren erscheint eine rechtsschutzfreundliche Rezeption wünschenswert.

### E. Conclusio und Ausblick

Der EuGH hat mit seinem Urteil in der Rechtssache „Fastweb“ neue, rechtsschutzfreundliche Impulse ausgesendet. Die Grundsätze dieses Urteils, die sich auf ein italienisches Nachprüfungsverfahren beziehen, können und müssen wohl auch in Österreich umgesetzt werden. Vor allem die bisherige Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden und Höchstgerichte, die dem Rechtsschutz auszuschließender Bieter enge Grenzen setzte, muss angesichts des „Fastweb“-Urteils überdacht und revidiert werden. Bringt der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren vor, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschließen wäre, muss die Nachprüfungsbehörde folglich auch das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers prüfen. Anders als bisher ist es somit nicht damit getan, aufgrund der Aktenlage (zwingende) Ausscheidensgründe beim Antragsteller zu prüfen, sondern besteht eine weitergehende Prüfpflicht bezüglich des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Wie bereits dargelegt, stellt dies eine materielle Erweiterung des Rechtsschutzes (auch ein auszuschließender Bieter hat ein Interesse an der Prüfung des zwingenden Ausscheidens des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers) und eine Erweiterung des Kreises der antragslegitimierten Bieter dar. Im Sinne des Rechtsschutzes ist diese Rechtsentwicklung zu begrüßen.

Die beiden bislang vorliegenden Entscheidungen des BVA, die sich mit dem Urteil „Fastweb“ auseinandersetzen, sind tendenziell unterschiedlich: Der 6. Senat sieht offenbar keinen Anlass, von der bisherigen restriktiven Beurteilung der Antragslegitimation abzugehen. (Dies könnte allerdings auch durch das Vorbringen des Antragstellers im Antragsverfahren begründet sein,

38) Zum Beispiel BVA 26. 4. 2004, 12N-2/04-55 mwN.

39) Siehe oben C.3. Anwendung auf die österreichische Rechtslage.

weil wohl nur substantiiertes Vorbringen zum zwingenden Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine Nachprüfungspflicht der Vergabekontrollbehörde nach sich zieht.) Der 8. Senat hat die Grundsätze des „Fastweb“-Urteils bereits auf die österreichische Rechtslage angewendet und eine (weitgehende) Antragslegitimation eines auszuscheidenden Bieters anerkannt, wenn auch das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden ist. Die Antragslegitimation wird darin unabhängig von der Zahl und dem

(zwingenden) Ausscheiden etwaiger weiterer Angebote zugestanden.

Es bleibt abzuwarten, wie die Höchstgerichte das „Fastweb“-Urteil auslegen werden. Von diesem Urteil sind jedoch wesentliche Erweiterungen des Rechtsschutzes und damit ein Plus an Gleichbehandlung und Transparenz zu erwarten. Die Nachprüfungsbehörden treffen dadurch erweiterte Prüfpflichten, und wohl auch in näherer Zukunft wird die Frage der Antragslegitimation auslegungsbedürftig und komplex bleiben.

### → In Kürze

Das Urteil des EuGH in der Rs *Fastweb* bringt wesentliche neue Impulse für die österreichische Rsp zur Antragslegitimation auszuscheidender Bieter im Nachprüfungsverfahren. Bei entsprechend substantiiertem Vorbringen des Bieters muss die Nachprüfungsbehörde der Stichhaltigkeit des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers nachgehen und dieses auf zwingende Ausscheidensgründe hin überprüfen. Damit ist die bisherige Rsp, die einem auszuscheidenden Bieter die Antragslegitimation mangels Rechtsschutzinteresse verweigerte, obsolet.

Es gibt bereits zwei Entscheidungen des BVA, in dem dieses auf das *Fastweb*-Urteil reagiert. Zumindest in einer dieser Entscheidungen, nämlich jener des 8. Senats, zeichnen sich grundlegende, neue und rechtsschutzfreundliche Tendenzen in der Spruchpraxis ab. Das *Fastweb*-Urteil und seine Rezeption in Österreich sind dazu geeignet, den Rechtsschutz voranzubringen und die Möglichkeiten der Überprüfung von Entscheidungen von Auftraggebern zu erweitern. Angesichts der sehr rezenten und aufgrund der Novität wenigen Entscheidungen ist die weitere Entwicklung dieser Rsp bzw der Rezeption in Österreich noch nicht abgeschlossen. Für gute und spannende vergaberechtliche Diskussionen ist jedenfalls gesorgt.

### → Zum Thema

#### Über die Autoren:

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt in Wien.  
Kontaktadresse: Schottenring 16/2/246, 1010 Wien.  
Tel: +43 (0)1 532 11 38, Fax: +43 (0)1 532 11 90  
E-Mail: office@rihs-rechtsanwalt.at  
Internet: www.rihs-rechtsanwalt.at

Dr. Anna-Zoe Steiner ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht, Universität Wien.  
E-Mail: anna-zoe.steiner@univie.ac.at  
Internet: www.univie.ac.at/zivilrecht

#### Von denselben Autoren erschienen:

*Hornbanger/Rihs*, Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen, ZVB 2011, 229 (Teil 1), 271 (Teil 2);  
*Rihs*, Vergaberecht in der Praxis, in *Kropiunik/Sabadello* (Hrsg), Praxishandbuch Bau & Recht (Loseblattausgabe);  
*Rihs/Steiner*, Hinreichend qualifizierter Verstoß als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche, ZVB 2013, 138–144 (Teil 1) und 188–193 (Teil 2);  
*Steiner*, Grenzüberschreitende Lizenzierung von Musikwerken in Europa und die kartellrechtliche Beurteilung des Systems der Gegenseitigkeitsverträge, ÖBI 2013, 202–205;  
*Steiner*, EuGH Rs C-681/11: Auf Anwaltsrat oder einer Entscheidung nationaler Wettbewerbsbehörden basierender Verbotsirrtum schützt Unternehmen nicht vor Geldbuße, Anwaltsblatt 2013, 525–527.

#### Links:

<http://vergabeblog.manz.at/>  
<http://curia.europa.eu/>

