

RECHTSSICHERHEIT ADÉ? EUGH BESCHRÄNKT WIRKUNG DER TRANSPARENZBEKANNTMACHUNG

Der EuGH hat sich in einer kürzlich ergangenen Entscheidung mit der Wirkung von so genannten "freiwilligen ex ante-Transparenzbekanntmachungen" (in der Folge "Transparenzbekanntmachung") auseinandergesetzt.

Die Transparenzbekanntmachung wurde von Auftraggebern gerne als Instrument zur raschen Erlangung von Rechtssicherheit genutzt. Entsprechend haben Auftraggeber vor allem bei kritischen Vergaben ohne Bekanntmachung (Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit einem Unternehmer) oder Änderungen von bestehenden Verträgen die Transparenzbekanntmachung genutzt, um von nachfolgendem Vorteil zu profitieren:

Durch die Transparenzbekanntmachung wird eine 10-tägige Stillhaltefrist ausgelöst; nach Ablauf dieser Stillhaltefrist ohne Anfechtung durch (andere) potentielle Auftragnehmer herrschte – bislang! – Rechtssicherheit und der Auftraggeber konnte in der Folge die Vergabe entsprechend umsetzen (Vergabe des Auftrags bzw. Änderung des bestehenden Vertrages). Eine Anfechtung der Vergabe (mittels Feststellungsantrages) war sodann nicht mehr möglich. Mit der auf diese Weise erlangten Rechtssicherheit scheint es nun ein Ende zu haben.

Nach Ansicht des EuGH tritt die "immunisierende" Wirkung der Transparenzbekanntmachung – kurz zusammengefasst – nur dann ein, wenn der Auftraggeber sorgfältig agiert und berechtigter Weise die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung (welche die Vergabe ohne förmliches Vergabeverfahren ermöglicht) angenommen hat (EuGH 11.9.2014, Rs C-19/13 *Fastweb II* RdN 50). Ist der Auftraggeber im Rahmen seiner (sorgfältigen) Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass der Ausnahmetatbestand erfüllt ist, so muss er darüber hinaus in der Transparenzbekanntmachung klar und eindeutig darlegen, dass bzw. warum die Gründe für die Anwendung des Ausnahmetatbestandes vorliegen.

Sofern die Transparenzbekanntmachung diese Vorgaben nicht erfüllt, kann der Vertrag – trotz Transparenzbekanntmachung – noch im Rahmen eines späteren Nachprüfungsverfahrens für nichtig erklärt werden. Völlige Rechtssicherheit ist daher – selbst wenn eine Transparenzbekanntmachung erfolgt – erst nach Ablauf der 6-monatigen Frist (ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag) für die Einbringung eines Feststellungsantrages gegeben.

Fazit

Das "Um-und-Auf" bei freiwilligen Transparenzbekanntmachungen wird in Zukunft die Darlegung einer (mit guten Gründen) vertretbaren Rechtsansicht sein. Darüber hinaus muss die Begründung für die Vergabe in einem Verfahren ohne vorherige Bekanntma-

chung in der Transparenzbekanntmachung hinreichend klar und eindeutig dargelegt werden. Sofern Auftraggeber bei der Veröffentlichung von Transparenzbekanntmachungen nicht dementsprechend sorgfältig vorgehen, besteht die Gefahr, dass der Vertrag dennoch im Rahmen eines Feststellungsverfahrens von den Nachprüfungsbehörden für nichtig erklärt wird.

Kontakt

Für etwaige Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.



RA Mag. Manfred Essletzbichler
Partner

manfred.essletzbichler@wolftheiss.com



Mag. Wolfgang Lauchner
Associate

wolfgang.lauchner@wolftheiss.com

This memorandum has been prepared solely for the purpose of general information and is not a substitute for legal advice.

Therefore, WOLF THEISS accepts no responsibility if – in reliance on the information contained in this memorandum – you act, or fail to act, in any particular way.

If you would like to know more about the topics covered in this memorandum or our services in general, please get in touch with the contacts listed above, or with:

Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG
Schubertring 6
1010 Wien
Tel. +43 1 515 10 – 0

www.wolftheiss.com