

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

Geschäftszahl: BKA-BKA.VA.C-448/01/007-V/A/8/2003  
Abteilungsmail: v@bka.gv.at  
Sachbearbeiterin: Frau Mag Johanna HÖLLER  
Pers. E-mail:  
Telefon : 01/53115/4029  
Ihr Zeichen  
vom:

Per e-mail

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die  
Abteilungsmail

Betrifft: EuGH Rs C-448/01 - EVN AG WIENSTROM GmbH;  
Vergaberecht: Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Rahmen der  
Zuschlagskriterien, Verpflichtung zum Widerruf der Ausschreibung;  
Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003

I.

1. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften erließ am 4. Dezember 2003 das Urteil in der Rechtssache C-448/01. Der Rechtssache liegt ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesvergabebeamten zugrunde, das im Wesentlichen die Fragen betrifft, ob und unter welchen Voraussetzungen nach den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Art 26 der RL 93/36/EWG (Lieferkoordinierungsrichtlinie), der öffentliche Auftraggeber bei der Ermittlung des Bestbieters Umweltschutzkriterien berücksichtigen darf und ob der Auftraggeber verpflichtet ist, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eines der von ihm festgesetzten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren als rechtswidrig erweist.
2. Der dem Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt stellt sich zusammengefasst wie folgt dar: Die Republik Österreich als Auftraggeber schrieb einen Auftrag für die Lieferung von Elektrizität im offenen Verfahren aus. Auftragsgegenstand war der Abschluss eines Rahmenvertrags und darauf aufbauender Einzelverträge zur Belieferung sämtlicher im Bundesland Kärnten gelegenen Verwaltungsdienststellen

des Bundes mit elektrischem Strom. In den Ausschreibungsunterlagen hieß es, der jährliche Gesamtbezug der auftragsgegenständlichen Bundesdienststellen sei auf 22,5 Gigawattstunden (GWh) geschätzt worden. Angebote, die keinen Nachweis dafür enthielten, dass der Bieter zumindest 22,5 GWh pro Jahr aus elektrischer Energie, die aus erneuerbaren Energieträgern stammt, erzeugen, kaufen oder liefern könne, würden ausschieden werden. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis pro Kilowattstunde mit 55% sowie das Kriterium Energie aus erneuerbaren Energieträgern mit 45% festgelegt. Hinsichtlich des letzten Zuschlagkriteriums wurde festgehalten, dass hier nur die Menge der lieferbaren Energie aus erneuerbaren Energieträgern berücksichtigt werde, die über den geschätzten jährlichen Gesamtbezug von 22,5 GWh hinausgeht. Von vier eingereichten Angeboten bewertete der Auftraggeber jenes als das beste, welches die höchste Punktezahlgemäß den beiden Zuschlagskriterien erhielt. Dieser Sachverhalt wurde zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt gemacht.

3. Der Gerichtshof hält in seinem Urteil zunächst unter Hinweis auf das Urteil vom 17. September 2002, Rs C-513/99, Concordia Bus Finland, fest, dass nicht jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss. Der Auftraggeber darf bei der Ermittlung des Bestbieters Umweltschutzkriterien berücksichtigen, sofern sie mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden. Ein Zuschlagskriterium, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, ist daher – unter den genannten Voraussetzungen – grundsätzlich zulässig.
4. Auch die Gewichtung des Kriteriums „grüner Strom“ mit 45% ist laut Gerichtshof mit den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vereinbar. So ist der öffentliche Auftraggeber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien frei, sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass die Nutzung erneuerbarer Energiequellen dem Umweltschutz dient und dass eine Steigerung des Anteils erneuerbarer Energiequellen an der Stromerzeugung im Elektrizitätsbinnenmarkt für die Gemeinschaft von hoher Priorität ist; die Gewichtung dieses Kriteriums mit 45% erscheint daher nicht als Hindernis für eine

Gesamtwürdigung der der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienenden Kriterien.

Weiters ist nach Ansicht des Gerichtshofs der Umstand unerheblich, dass sich mit dem Kriterium „Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern“ das angestrebte Ziel – nämlich die Erhöhung der Mengen aus erneuerbaren Energieträgern erzeugten Stroms – möglicherweise nicht erreichen lässt.

5. Der Gerichtshof gelangt jedoch zur Auffassung, dass ein Zuschlagskriterium, das nicht mit Anforderungen verbunden ist, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen, gegen die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstößt. Nach der sich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung ergebenden Verpflichtung zur Transparenz muss nämlich nachgeprüft werden können, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (in diesem Sinne u.a. Urteil vom 12. Dezember 2002, C-470/99, Rs Universale-Bau u.a.). Die objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote setzt daher voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Wenn daher ein Auftraggeber ein Zuschlagskriterium festlegt und dabei angibt, dass er weder bereit noch in der Lage ist, die Richtigkeit der Angaben der Bieter zu prüfen, so verstößt er gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Der Gerichtshof stellt folglich fest, dass ein Zuschlagskriterium, das nicht mit Anforderungen verbunden ist, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen, gegen die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstößt.
6. Der Gerichtshof stellt weiters fest, dass ein Zuschlagskriterium, das sich – wie im gegenständlichen Fall – ausschließlich auf die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauch übersteigt, als nicht mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend angesehen werden kann. Das Zuschlagskriterium bezieht sich nämlich nicht auf die Leistung, die Gegenstand des Auftrags ist, sondern auf die Mengen, die die Bieter anderen Abnehmern als dem Auftraggeber geliefert haben oder zu liefern beabsichtigen. Dieses Kriterium kann somit zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung von Bietern führen und denjenigen Bietern einen Vorteil verschaffen, die wegen ihrer größeren Erzeugungs- oder Lieferkapazitäten in der Lage sind, größere Mengen Strom zu liefern als andere. Selbst wenn dieses Kriterium – wie von der Republik Österreich vorgebracht – die Versorgungssicherheit

gewährleisten sollte (was zu prüfen jedoch dem nationalen Gericht obliegt), ist es nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, da die Fähigkeit der Bieter, die über die in der Ausschreibung festgelegte Menge hinaus größtmögliche Menge Strom zu liefern, nicht zum Zuschlagskriterium erhoben werden kann.

7. Zur Frage, ob das Gemeinschaftsrecht, insbesondere Art 26 der RL 93/36/EWG, den Auftraggeber verpflichten, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren als rechtswidrig erweist, hält der Gerichtshof zunächst fest, dass die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen. Falls daher ein Zuschlagskriterium rechtswidrig ist und die Entscheidung darüber von der Nachprüfungsinstanz **für nichtig erklärt wird, so kann der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausläufe.** Ist diesem Fall ist der Auftraggeber daher verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen.

## II.

8. Aufgrund des Erkenntnisses des EuGH wäre nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst bei der Abwicklung von Vergabeverfahren zukünftig insbesondere zu beachten, dass bei der Festlegung von Zuschlagskriterien (vgl. dazu die Definition in § 20 Z 19 lit. d sublit. aa BVergG, BGBl I Nr. 99/2002) der „Auftragsbezogenheit“ der gewählten Kriterien besonderes Augenmerk zu widmen ist. Wie sich aus den oz. Aussagen des EuGH (vgl. insbes. Punkt 6.) ableiten lässt, geht der Gerichtshof von einem sehr engen inhaltlichen Zusammenhang zwischen Zuschlagskriterium und Auftragsgegenstand aus.
9. Es wird ersucht, die dargelegte Auffassung des Europäischen Gerichtshofs bei künftigen Auftragsvergaben entsprechend zu berücksichtigen.

27. Jänner 2004  
Für den Bundeskanzler:  
Michael FRUHMANN