

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

18. März 2004 \*

In der Rechtssache C-314/01

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom österreichischen Bundesvergabeamt in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

**Siemens AG Österreich,**

**ARGE Telekom & Partner**

gegen

**Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,**

Beteiligte:

**Bietergemeinschaft EDS/ORGA,**

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG 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. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge  
(ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Richters V. Skouris in Wahrnehmung der Aufgaben des  
Präsidenten der Sechsten Kammer, der Richter C. Gulmann, J.-P. Puissechet und  
R. Schintgen (Berichterstatter) sowie der Richterin N. Colneric,

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,  
Kanzler: M.-F. Contet, Hauptverwaltungsrätin,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- der ARGE Telekom & Partner, vertreten durch Rechtsanwalt M. Öhler,
- des Hauptverbands der österreichischen Sozialversicherungsträger, vertreten  
durch Rechtsanwalt G. Lansky,
- der Bietergemeinschaft EDS/ORGA, vertreten durch Rechtsanwalt R. Regner,
- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevoll-  
mächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen des Hauptverbands der österreichischen Sozialversicherungsträger, vertreten durch Rechtsanwalt T. Hamerl, der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann, und der Kommission, vertreten durch M. Nolin im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger, in der Sitzung vom 18. September 2003,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 20. November 2003

folgendes

## Urteil

- 1 Das Bundesvergabeamt hat mit Beschluss vom 11. Juli 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 9. August 2001, gemäß Artikel 234 EG vier Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG 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. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

- 2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Siemens AG Österreich (im Folgenden: Siemens) und der ARGE Telekom & Partner (im Folgenden: ARGE Telekom) einerseits und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im Folgenden: Hauptverband) als öffentlichem Auftraggeber andererseits, in dem es um ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsauftrags geht.

## Rechtlicher Rahmen

### *Gemeinschaftsregelung*

- 3 Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG, 77/62/EWG und 92/50/EWG ... fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.“

- 4 Artikel 2 der Richtlinie 89/665 präzisiert die den Mitgliedstaaten insoweit obliegenden Verpflichtungen. Die Absätze 1, 6 und 7 dieses Artikels lauten:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden,

- a) damit so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen oder Maßnahmen der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber;
  
- b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;
  
- c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.

...

(6) Die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 genannten Befugnisse auf den nach Zuschlagserteilung des Auftrags geschlossenen Vertrag richten sich nach dem einzelstaatlichen Recht.

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadensersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die

Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen.

(7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.“

- 5 Die Richtlinie 92/50 enthält gemeinsame Bestimmungen über die Teilnahme an den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, darunter die Möglichkeit, einen Teil des Auftrags im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben. Hierzu bestimmt Artikel 25 dieser Richtlinie:

„In den Verdingungsunterlagen kann der Auftraggeber den Bieter auffordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags bekannt zu geben, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt.

Diese Bekanntgabe berührt nicht die Frage der Haftung des Hauptauftragnehmers.“

- 6 Die Richtlinie 92/50 legt weiter die qualitativen Auswahlkriterien für die Bewerber fest, die zur Teilnahme am Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zugelassen werden. Artikel 32 dieser Richtlinie lautet wie folgt:

„(1) Die Eignung von Dienstleistungserbringern für die Durchführung von Dienstleistungen kann insbesondere aufgrund ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Erfahrung und Zuverlässigkeit beurteilt werden.

(2) Der Nachweis der Eignung kann je nach Art, Umfang und Verwendungszweck der betreffenden Dienstleistungen folgendermaßen erbracht werden:

...

c) durch Angabe über die technische Leitung oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob sie dem Dienstleistungserbringer angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;

...

h) durch Angabe des Auftragsanteils, für den der Dienstleistungserbringer möglicherweise einen Unterauftrag zu erteilen beabsichtigt.

(3) Der Auftraggeber gibt in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, welche Nachweise vorzulegen sind.

...“

*Nationales Recht*

- 7 Die Richtlinien 89/665 und 92/50 wurden durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 1997 (Bundesvergabegesetz) (BGBl. I 1997/56 in der im BGBl. I 2000/125 veröffentlichten Fassung; im Folgenden: BVergG) in österreichisches Recht umgesetzt.

- 8 § 31 BVergG betrifft Subunternehmerleistungen und lautet:

„(1) In den Ausschreibungsunterlagen sind Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hievon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Bei Bauaufträgen ist die Weitergabe des überwiegenden Teiles der Leistungen ... unzulässig. ... Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass Subunternehmer des Auftragnehmers von den ihnen übertragenen Aufträgen den überwiegenden Teil selbst zu erbringen haben. In begründeten Ausnahmefällen kann jedoch die Zulässigkeit der Weitergabe des überwiegenden Teiles des Auftrages vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen werden. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Eignung besitzt.

(2) Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.“



- 9 § 40 Absatz 1 BVergG, der den Widerruf der Ausschreibung während der Angebotsfrist betrifft, bestimmt:

„Während der Angebotsfrist ist die Ausschreibung bei Vorliegen zwingender Gründe zu widerrufen, insbesondere wenn vor Ablauf der Angebotsfrist Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.“

- 10 Die §§ 52 ff. BVergG regeln die Prüfung der Angebote. § 52 Absatz 1 bestimmt:

„Vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote unverzüglich auszuschneiden:

...

9. Angebote von Bietern, die mit anderen Bietern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;

...“

- 11 § 113 BVergG legt die Zuständigkeiten des Bundesvergabebeamten fest. Seine Absätze 2 und 3 lauten:

„(2) Bis zur Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers.

(3) Nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist das Bundesvergabeamt zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. ...“

- 12 § 117 Absätze 1 und 3 BVergG lautet:

„(1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die in derselben Sache ergangene Empfehlung des Schlichtungssenates mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht und

2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...

(3) Nach erfolgtem Zuschlag hat das Bundesvergabeamt unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.“

13 Nach § 125 Absatz 2 BVergG ist eine — vor den Zivilgerichten zu erhebende — Schadensersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung des Bundesvergabeamtes gemäß § 113 Absatz 3 dieses Gesetzes erfolgt ist. Das Zivilgericht, das über eine derartige Schadensersatzklage zu entscheiden hat, und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind an diese Feststellung gebunden.

14 § 879 Absatz 1 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt:

„Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

## Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 15 Am 21. September 1999 gab der Hauptverband im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* die beabsichtigte Durchführung eines zweistufigen Vergabeverfahrens bekannt, in dem es um die Vergabe des Auftrags zur Konzeption, Planung und Aufbau eines auf Chipkarten gestützten EDV-Systems einschließlich der Lieferung, Initialisierung, Personalisierung, Verteilung und Entsorgung der Karten, der österreichweiten Lieferung, Installation und flächendeckenden Wartung der Endgeräte sowie der Unterstützung beim EDV-Betrieb des Systems, der Unterstützung beim Call-Center-Betrieb, beim Kartenmanagement und bei anderen zum Betrieb dieses Systems erforderlichen Dienstleistungen ging.
- 16 Am 22. Februar 2000 beschloss der Hauptverband, fünf der sechs Bewerbergemeinschaften, die an der ersten Phase des Verfahrens teilgenommen hatten, zur Angebotslegung einzuladen und den sechsten Bewerber auszuschneiden. In Punkt 1.8 der Ausschreibungsunterlage vom 15. März 2000, der denselben Wortlaut hat wie Punkt 1.9 der Bewerbungsunterlage vom 21. September 1999, wurde auf Folgendes hingewiesen:

„Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist bis zum Umfang von 30 % der Leistungen und nur soweit zulässig, als die vertragstypischen Leistungsteile Projektmanagement, Konzeption des Systems, Entwicklung, Aufbau, Lieferung und Betrieb der projektspezifischen zentralen Komponenten des Gesamtsystems, Entwicklung, Lieferung und Management des Lebenszyklus der Karten sowie Entwicklung und Lieferung der Endgeräte beim Bieter/der Bietergemeinschaft verbleiben.“

- 17 Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass diese Klausel, die die persönliche Haftung des Kartenlieferanten hervorhebt, gewählt worden war, um einen technisch einwandfreien Verlauf der Leistungserbringung zu gewährleisten.

- 18 An drei der vier Bietergemeinschaften, die ein Angebot abgaben, d. h. Siemens, ARGE Telekom und debis Systemhaus Österreich GmbH (im Folgenden: debis), war auch die Kartenlieferfirma Austria Card, Plastikkarten und Ausweissysteme GmbH (im Folgenden: Austria Card) beteiligt, der die Lieferung der Karten oblag. Die vierte Bietergemeinschaft, an der Austria Card nicht beteiligt war, war die Bietergemeinschaft EDS/ORGA (im Folgenden: EDS/ORGA), die aus den Firmen Electronic Data Systems (EDS Austria) GmbH, Electronic Data Systems (EDS Deutschland) GmbH und ORGA Kartensysteme GmbH bestand.
- 19 Mit Schreiben vom 18. Dezember 2000 wurde den drei erstgenannten Bietergemeinschaften mitgeteilt, dass der Hauptverband beabsichtige, den Zuschlag EDS/ORGA zu erteilen.
- 20 Nachdem die drei nicht für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Bietergemeinschaften die Bundesvergabekontrollkommission vergeblich um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ersucht hatten, brachten sie Nachprüfungsanträge beim Bundesvergabeamt ein, in denen sie beantragten, die Entscheidung des Hauptverbands, den Zuschlag EDS/ORGA zu erteilen, für nichtig zu erklären, hilfsweise dem Hauptverband aufzutragen, die Ausschreibung zu widerrufen.
- 21 Mit Bescheid vom 19. März 2001 wies das Bundesvergabeamt alle bei ihm gestellten Anträge mangels Antragslegitimation zurück; die Angebote der Antragsteller hätten nämlich in jedem Fall vom Hauptverband gemäß § 52 Absatz 1 BVergG ausgeschlossen werden müssen, weil die Beteiligung von Austria Card an allen drei Bietergemeinschaften geeignet gewesen sei, durch den Informationsaustausch und die durch die dreifache Beteiligung zwingend verursachten Verhandlungen über die Gestaltung der Angebote den freien Wettbewerb zu beeinträchtigen.

- 22 Aus den Akten ergibt sich, dass der österreichische Verfassungsgerichtshof diese Entscheidung des Bundesvergabebeamten mit Erkenntnis vom 12. Juni 2001 aufhob, weil die drei betroffenen Bietergemeinschaften in ihrem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter dadurch verletzt worden seien, dass das Bundesvergabeamt es vor Erlassung seiner Entscheidung versäumt habe, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen.
- 23 Am 28. bzw. 29. März 2001 leiteten debis und ARGE Telekom beim Bundesvergabeamt erneut ein Nachprüfungsverfahren ein, in dem sie u. a. den Antrag stellten, die Entscheidung des Hauptverbands, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig zu erklären und ihm im Wege der einstweiligen Verfügung zu verbieten, den Auftrag vor Ablauf von zwei Monaten nach Einleitung des Verfahrens – so der Antrag von debis – oder vor der Entscheidung des Bundesvergabeamtes – so der Antrag von ARGE Telekom – zu erteilen.
- 24 Mit Bescheid vom 5. April 2001 entschied das Bundesvergabeamt auf die Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen hin, dass dem Hauptverband die Erteilung des Zuschlags bis 20. April 2001 untersagt sei.
- 25 Mit Bescheid vom 20. April 2001 gab das Bundesvergabeamt den Anträgen von debis und ARGE Telekom statt und erklärte die Entscheidung des Hauptverbands, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, gemäß § 113 Absatz 2 Ziffer 2 BVergG für nichtig. Die Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Ausschreibung zu widerrufen sei, weil sie ein rechtswidriges Auswahlkriterium enthalte; das in Punkt 1.8 der Ausschreibungsunterlage festgelegte Verbot der Subvergabe verletze nämlich das auf dem Gemeinschaftsrecht im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. u. a. Urteil vom 2. Dezember 1999 in der Rechtssache C-176/98, *Holst Italia*, Slg. 1999, I-8607) beruhende Recht des Bieters, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auch auf Subunternehmer berufen zu können. Wenn die Ausschreibung die betreffende Bedingung nicht enthalten hätte, hätten die ausgeschiedenen Bietergemeinschaften einen Subunternehmer mit der Lieferung der Karten betrauen können.

- 26 Trotz dieser Entscheidung beschloss der Hauptverband am 23. April 2001, den Auftrag EDS/ORGA zu erteilen. Da die einstweilige Verfügung des Bundesvergabebeamtes vom 5. April 2001 am 20. April 2001 abgelaufen und nicht verlängert worden sei und da dessen Entscheidung vom 20. April 2001 lediglich eine nicht eindeutig nachvollziehbare Äußerung über eine „Nichtigerklärung eines Nicht-Widerrufs“ enthalte, sei nicht rechtsverbindlich entschieden worden, dass die Entscheidung des Hauptverbands, den Auftrag der bestbietenden Bietergruppe zu erteilen, nicht rechtswirksam gewesen sei oder hätte aufgehoben werden müssen.
- 27 Gleichzeitig beschloss der Hauptverband, den Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 20. April 2001 beim Verfassungsgerichtshof anzufechten. Wie sich aus den vom vorlegenden Gericht übermittelten Akten und den beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen ergibt, wies der Verfassungsgerichtshof zunächst mit Beschluss vom 22. Mai 2001 den Antrag des Hauptverbands, seiner Beschwerde gegen diesen Bescheid aufschiebende Wirkung zu verleihen, zurück, weil der fragliche Auftrag jedenfalls bereits erteilt sei, und erklärte den Bescheid dann mit Urteil vom 2. März 2002 für nichtig, weil es der Natur der Sache nach unmöglich sei, eine Entscheidung für nichtig zu erklären, die dahin gehe, etwas zu unterlassen, und die entsprechenden Anträge von debis und ARGE Telekom für unzulässig hätten erklärt werden müssen.
- 28 Am 30. April 2001 beantragte Siemens beim Bundesvergabeamt erneut die Nichtigerklärung mehrerer Entscheidungen, die der Hauptverband im Anschluss an seine Entscheidung, EDS/ORGA den Zuschlag zu erteilen, getroffen hatte; im Wesentlichen machte sie geltend, die Nichtigerklärung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, durch dieses Gericht führe zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Hauptverbands, den Zuschlag zu erteilen, da diese in einem zweiten Vergabeverfahren getroffen worden sei, das nicht – wie erforderlich – bekannt gemacht worden sei.
- 29 Am 17. Mai 2001 stellte ARGE Telekom ebenfalls Anträge auf Nichtigerklärung von elf Entscheidungen, die der Hauptverband im Anschluss an seine Entscheidung getroffen hatte, das streitige Vergabeverfahren ungeachtet der Entscheidung des Bundesvergabebeamtes vom 20. April 2001 nicht zu widerrufen.

30 Da das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über diese dritte Serie von Klagen eine Auslegung mehrerer Vorschriften der Richtlinie 89/665 für erforderlich hält, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Bestimmungen der Richtlinie 89/665, insbesondere Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b, allenfalls im Zusammenhang mit Artikel 2 Absatz 7, so auszulegen, dass die Rechtswirkung einer Entscheidung einer innerstaatlichen Nachprüfungsbehörde im Sinne von Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 betreffend die Aufhebung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, darin besteht, dass, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung keine Grundlage dafür bietet, die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde wirksam und zwangsweise gegen den öffentlichen Auftraggeber durchzusetzen, das betreffende Vergabeverfahren durch die Entscheidung der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörde ohne weiteres beendet wird, ohne dass der öffentliche Auftraggeber selbst noch einen weiteren Akt zu setzen hätte?
2. Ergibt sich aus den Bestimmungen der Richtlinie 89/665, insbesondere Artikel 2 Absatz 7, allenfalls im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Richtlinie 92/50, insbesondere Artikel 25 und Artikel 32 Absatz 2 Buchstabe c, oder aus einer sonstigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere unter Bedachtnahme auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts nach dem Prinzip des *effet utile*, dass eine Ausschreibungsbestimmung, die durch das Verbot der Subvergabe hinsichtlich wesentlicher Leistungsteile entgegen der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere im Urteil *Holst Italia*, den Bieter daran hindert, mittels des Beweismittels des Vertrages mit dem Subunternehmer nachzuweisen, dass er über die Mittel Dritter tatsächlich verfügt, und ihm so das Recht nimmt, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Mittel Dritter zu berufen bzw. nachzuweisen, dass er tatsächlich über die Mittel Dritter verfügt, so offenkundig gemeinschaftsrechtswidrig ist, dass ein aufgrund einer solchen Ausschreibung geschlossener Vertrag als unwirksam anzusehen ist, insbesondere wenn die innerstaatliche Rechtsordnung ohnehin Bestimmungen enthält, die die Unwirksamkeit gesetzwidriger Verträge vorsehen?



3. Ergibt sich aus den Bestimmungen der Richtlinie 89/665, insbesondere Artikel 2 Absatz 7, oder aus einer sonstigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere unter Bedachtnahme auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts nach dem Prinzip des *effet utile*, dass ein entgegen dem Inhalt einer Entscheidung einer innerstaatlichen Nachprüfungsbehörde im Sinne von Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 betreffend die Aufhebung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, geschlossener Vertrag unwirksam ist, insbesondere wenn die innerstaatliche Rechtsordnung ohnehin Bestimmungen enthält, die die Unwirksamkeit sitten- oder gesetzwidriger Verträge vorsehen, und andererseits die innerstaatliche Rechtsordnung keine Grundlage dafür bietet, die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde wirksam und zwangsweise gegen den öffentlichen Auftraggeber durchzusetzen?
4. a) Sind die Bestimmungen der Richtlinie 89/665, insbesondere Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b, allenfalls im Zusammenhang mit Artikel 2 Absatz 7, so auszulegen, dass wenn die innerstaatliche Rechtsordnung ansonsten keine Grundlage dafür bietet, die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde wirksam und zwangsweise gegen den öffentlichen Auftraggeber durchzusetzen, die Nachprüfungsbehörde die Befugnis hat, den öffentlichen Auftraggeber in direkter Anwendung des Artikels 2 Absatz 1 Buchstabe b im Zusammenhang mit Artikel 2 Absatz 7 durch zwangsweise vollstreckbaren Auftrag zu verpflichten, die Aufhebung der rechtswidrigen Entscheidung zu veranlassen, obwohl die innerstaatliche Rechtsordnung die Nachprüfungsbehörde im Verfahren über Nachprüfungsanträge von Bietern im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 nur zu nicht zwangsweise vollstreckbaren Aufhebungen der Entscheidungen der Auftraggeber ermächtigt?
- b) Für den Fall der Bejahung von Frage 4a: Hat die Nachprüfungsbehörde in einem solchen Fall aufgrund von Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 89/665, allenfalls in Verbindung mit anderen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die Befugnis, selbst die zur Durchsetzung der Aufträge erforderlichen, nach richterlichem Ermessen angemessenen Geldstrafen gegen öffentliche Auftraggeber bzw. Geldstrafen und Haftstrafen gegen die Mitglieder des Leitungsorgans des öffentlichen Auftraggebers als Beugestrafen anzudrohen und auch zu verhängen, wenn die Auftraggeber bzw. die Mitglieder des Leitungsorgans des öffentlichen Auftraggebers den Aufträgen der Nachprüfungsbehörde nicht entsprechen?

## Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

- 31 Wie sich aus den Fragen des vorlegenden Gerichts ergibt, hat dieses Zweifel an der Vereinbarkeit der Verfahrensvorschriften des österreichischen Vergaberechts mit der Richtlinie 89/665 insofern, als diese nicht ausreichten, um die Durchführung der von der Nachprüfungsstelle getroffenen Entscheidungen wirksam zu gewährleisten, da im Ausgangsverfahren der streitige Auftrag ungeachtet der Entscheidung des Bundesvergabesachverständigen vom 20. April 2001, mit der die Entscheidung des Hauptverbands, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig erklärt worden sei, an EDS/ORGA vergeben worden sei.
- 32 Unstreitig hat der Verfassungsgerichtshof den Bescheid des Bundesvergabesachverständigen vom 20. April 2001 mit Urteil vom 2. März 2002 für nichtig erklärt.
- 33 Nach ständiger Rechtsprechung ist das in Artikel 234 EG vorgesehene Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten (vgl. insbesondere Urteile vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90, Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnr. 14, und vom 12. Juni 2003 in der Rechtssache C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 30, sowie die dort zitierte Rechtsprechung).
- 34 Im Rahmen dieser Zusammenarbeit ist das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht, das allein über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens verfügt und in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, zweifellos am besten in der Lage, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der Fragen, die es dem Gerichtshof vorlegt, zu beurteilen (vgl. insbesondere Urteil Lourenço Dias, Randnr. 15, Urteil vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99, Canal Satélite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnr. 18, und Urteil Schmidberger, Randnr. 31).

- 35 Gleichwohl obliegt es dem Gerichtshof erforderlichenfalls, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen, unter denen er vom nationalen Gericht angerufen wird, und insbesondere festzustellen, ob die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts einen Bezug zu den tatsächlichen Gegebenheiten und dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits aufweist, um nicht Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abgeben zu müssen. Stellt sich heraus, dass die vorgelegte Frage für die in diesem Rechtsstreit zu treffende Entscheidung offensichtlich nicht erheblich ist, so muss der Gerichtshof feststellen, dass er keine Entscheidung treffen kann (Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80, Foglia, Slg. 1981, 3045, Randnr. 21, Urteil Lourenço Dias, Randnr. 20, Urteil Canal Satélite Digital, Randnr. 19, und Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155, Randnrn. 44 f.).
- 36 Demnach ist zu prüfen, ob die Fragen, die das nationale Gericht gestellt hat, für die in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten zu treffende Entscheidung erheblich geblieben sind, nachdem der Verfassungsgerichtshof den Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 20. April 2001 für nichtig erklärt hat.
- 37 Insoweit ergibt sich aus dem Vorlagebeschluss, dass das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen im Wesentlichen darauf zurückgeht, dass dieser Bescheid vom 20. April 2001 nach österreichischem Recht nicht zwangsweise vollstreckbar war, so dass diese Fragen mit der Nichtigerklärung dieses Beschlusses rein hypothetisch geworden sind, wie dies im Übrigen der Verfassungsgerichtshof in seinem Urteil vom 2. März 2002 unterstreicht.
- 38 Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Antwort auf die zweite Frage, in der es inzident um die Tragweite des Urteils *Holst Italia* geht, für die in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten zu treffende Entscheidung weiterhin von

Interesse ist, namentlich für den Fall, dass die Rechtsstreitigkeiten nach einer vom Bundesvergabeamt gemäß § 113 Absatz 3 BVergG getroffenen Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens ihre Fortsetzung vor den Zivilgerichten finden, die nach österreichischem Recht über einen nach Zuschlagserteilung gestellten Schadensersatzantrag zu entscheiden haben.

- 39 Nach alledem ist es angebracht, die erste, dritte und vierte Frage nicht zu beantworten und die Antwort des Gerichtshofes auf die zweite Frage zu beschränken.

### Zur zweiten Frage

- 40 Diese Frage des vorlegenden Gerichts geht im Wesentlichen dahin, ob Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 89/665 in Verbindung mit den Artikeln 25 und 32 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen ist, dass ein im Anschluss an ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsauftrags geschlossener Vertrag, der womöglich wegen der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Ausschreibungsbestimmung rechtswidrig ist, als nichtig anzusehen ist, weil das anwendbare nationale Recht die Nichtigkeit gesetzwidriger Verträge vorsieht.
- 41 Diese Frage beruht auf der Prämisse, dass eine Ausschreibungsbestimmung, die die Subvergabe wesentlicher Leistungsteile verbietet, gegen die Richtlinie 92/50 in der vom Gerichtshof in seinem Urteil *Holst Italia* vertretenen Auslegung verstößt.

- 42 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 92/50, die Behinderungen des freien Dienstleistungsverkehrs bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verhindern soll, dem Bieter in Artikel 25 ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, einen Teil des Auftrags an Dritte zu vergeben; nach dieser Bestimmung kann der Auftraggeber den Bieter nämlich auffordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags bekannt zu geben, den er im Wege von Unteraufträgen zu vergeben gedenkt. Ferner sieht Artikel 32 Absatz 2 Buchstaben c und h der Richtlinie in Verbindung mit den qualitativen Auswahlkriterien ausdrücklich die Möglichkeit vor, die Eignung des Dienstleistungserbringers durch Angaben über die technische Leitung oder die technischen Stellen, über die er zur Ausführung des Auftrags verfügt, nachzuweisen, unabhängig davon, ob sie dem Dienstleistungserbringer angeschlossen sind oder nicht, oder aber durch Angabe des Teils des Auftrags, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt.
- 43 Wie der Gerichtshof in den Randnummern 26 und 27 des Urteils *Holst Italia* festgestellt hat, ergibt sich sowohl aus dem Zweck als auch aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen, dass eine Person nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ausgeschlossen werden kann, weil sie zur Ausführung des Auftrags Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören. Demnach steht es einem Dienstleistungserbringer, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Zuschlag erteilt wird.
- 44 Allerdings hat der Dienstleistungserbringer, der im Hinblick auf seine Zulassung zu einem Vergabeverfahren auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweisen will, zu denen er unmittelbare oder mittelbare Verbindungen hat, nachzuweisen, dass er tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (*Urteil Holst Italia*, Randnr. 29).

- 45 Wie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Recht ausgeführt hat, steht die Richtlinie 92/50 einem Verbot oder einer Einschränkung der Subvergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags nicht entgegen, wenn der öffentliche Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Bestbieters die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Subunternehmer nicht hat prüfen können.
- 46 Nach alledem ist festzustellen, dass die Prämisse, auf der die zweite Frage beruht, nur dann zutreffend wäre, wenn nachgewiesen wäre, dass Punkt 1.8 der Ausschreibung bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Auftragnehmers Letzterem die Subvergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags verbietet. Derjenige, der auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Dritter verweist, auf die er zurückgreifen möchte, wenn ihm der Auftrag erteilt wird, kann nämlich nur ausgeschlossen werden, wenn er nicht den Nachweis erbringen kann, dass er tatsächlich über diese Leistungsfähigkeit verfügt.
- 47 Nun bezieht sich Punkt 1.8 der Ausschreibung offensichtlich nicht auf die Prüfungs- und Auswahlphase des Vergabeverfahrens, sondern auf die Durchführungsphase, und er soll gerade verhindern, dass die Ausführung wesentlicher Leistungsteile an Einrichtungen vergeben wird, deren technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der öffentliche Auftraggeber bei der Auswahl des Auftragnehmers nicht hat prüfen können. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob dies der Fall ist.
- 48 Sollte sich herausstellen, dass eine Ausschreibungsklausel tatsächlich gegen die Richtlinie 92/50 verstößt, insbesondere durch ein rechtswidriges Verbot der Subvergabe, genügt der Hinweis darauf, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 1

Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 89/665 die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen haben, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können, falls diese Entscheidungen gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht verstoßen haben sollten.

- 49 Im Falle einer mit dem gemeinschaftlichen Vergaberecht unvereinbaren Ausschreibungsklausel muss daher das innerstaatliche Recht des betreffenden Mitgliedstaats die Möglichkeit bieten, dies im Rahmen der durch die Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren geltend zu machen.
- 50 Folglich ist die zweite Frage so zu beantworten, dass die Richtlinie 89/665, insbesondere ihre Artikel 1 Absatz 1 und 2 Absatz 7, dahin auszulegen ist, dass das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten im Falle einer mit dem gemeinschaftlichen Vergaberecht unvereinbaren Ausschreibungsklausel die Möglichkeit bieten muss, dies im Rahmen der durch die Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren geltend zu machen.

## Kosten

- 51 Die Auslagen der österreichischen Regierung und der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Bundesvergabebeamten mit Beschluss vom 11. Juli 2001 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

Die Richtlinie 89/665/EWG 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 in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geänderten Fassung, insbesondere ihre Artikel 1 Absatz 1 und 2 Absatz 7, ist dahin auszulegen, dass das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten im Falle einer mit dem gemeinschaftlichen Vergaberecht unvereinbaren Ausschreibungsklausel die Möglichkeit bieten muss, dies im Rahmen der durch die Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren geltend zu machen.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. März 2004.

Der Kanzler

Der Präsident

R. Grass

V. Skouris