SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS L. A. GEELHOED vom 20. November 2003 [1]

I — Einleitung

1. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof über vier Vorabentscheidungsfragen betreffend 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 Lieferund Bauaufträge [2] in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [3] zu entscheiden.

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.

3. Der sachliche und verfahrensrechtliche Kontext des Rechtsstreits, in dem sich die Vorabentscheidungsfragen stellen, ist komplex. Er wird in Abschnitt III dieser Schlussanträge dargestellt. Aus diesem Kontext ergibt sich, dass durchaus Zweifel an der Zulässigkeit dieser Vorabentscheidungsfragen möglich sind, die ganz oder zum Teil hypothetisch geworden sind, nachdem der Ausgangsrechtsstreit gegenstandslos geworden ist.

4. Die Fragen selbst sind zwar kompliziert formuliert, bieten jedoch im Zusammenhang mit der Begründung des Vorlagebeschlusses eine ausreichende Grundlage für eine Antwort. In Abschnitt III dieser Schlussanträge werden die relevanten Passagen des Beschlusses daher zusammengefasst. Im Wesentlichen fragt sich das Bundesvergabeamt als vorlegendes Gericht, ob die Art und Weise der Durchführung der Richtlinie 89/665 durch den österreichischen Gesetzgeber in Anbetracht seiner (beschränkten) Befugnisse sachgerecht ist

1 — Originalsprache: Niederländisch.
2 — ABl. L 395, S. 33.
3 — ABl. L 209, S. 1.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

5. Artikel 1 Absätze 1 und 3 der Richtlinie 89/665 lautet:

„(1) 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.

...

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss."

6. Artikel 2 Absätze 1, 6, 7 und 8 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(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.

(8) Eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der zuständigen Grundinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages (jetzt Artikel 234 EG) ist, gemacht werden können.

Für Ernennung und Ende der Amtszeit der Mitglieder dieser unabhängigen Instanz gelten bezüglich der für ihre Ernennung zuständigen Behörde, der Dauer ihrer Amtszeit und ihrer Absetzbarkeit die gleichen Bedingungen wie für Richter. Zumindest der Vorsitzende dieser unabhängigen Instanz muss die juristischen und beruflichen Qualifikationen eines Richters besitzen. Die unabhängige Instanz erkennt in einem kontradiktorischen Verfahren; ihre Entscheidungen sind in der von den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils zu bestimmenden Weise rechtsverbindlich."

7. Artikel 25 der Richtlinie 92/50 lautet:

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

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

8. Artikel 32 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„(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.

(4) Die in Artikel 31 und in den Absätzen 1, 2 und 3 des vorliegenden Artikels vorgesehenen Informationen dürfen nur so weit gefordert werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist; dabei muss der Auftraggeber die berechtigten Interessen der Dienstleistungserbringer am Schutz ihrer technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse berücksichtigen."

B — *Nationales Recht*

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

10. § 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."

11. § 40 BVergG — Widerruf der Ausschreibung während der Angebotsfrist — bestimmt:

„(1) 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.

(2) Der Widerruf ist in derselben Art bekanntzumachen wie die Ausschreibung.

(3) Vom Widerruf der Ausschreibung sind die Bieter sowie die Bewerber, an die die Ausschreibungsunterlagen bereits abgegeben wurden, unverzüglich unter Bekanntgabe des Grundes zu verständigen."

12. Die §§ 52, 53, 53a, 54, 55 und 56 BVergG — Prüfung der Angebote — lauten wie folgt:

„§ 52. Ausscheiden von Angeboten

(1) Vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag hat die vergebende Stelle auf

Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote unverzüglich auszuscheiden:

1. Angebote von Bietern, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

...

8. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder Teilangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden;

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;

...

§ 53. Wahl des Angebotes für den Zuschlag; Bestbieterprinzip

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen (Bestbieterprinzip). Die Gründe für die Vergabeentscheidung sind schriftlich ... festzuhalten.

§ 53a. Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

(1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich schriftlich oder durch Telefax ... mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung können, unter Bedachtnahme auf Abs. 4, den nicht erfolgreichen Bietern bereits die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes genannt werden.

(2) Der Zuschlag darf bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von zwei Wochen ab Bekanntgabe

der Zuschlagsentscheidung gemäß Abs. 1 erteilt werden ... Im Falle der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit verkürzt sich die Stillhaltefrist auf eine Woche.

(3) Nicht erfolgreiche Bieter können innerhalb einer Frist von einer Woche, im Falle der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit gemäß § 69 innerhalb einer Frist von drei Tagen, nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung schriftlich die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots beantragen.

(4) Der Auftraggeber hat unverzüglich nach Eingang des Antrages — sofern der Antrag rechtzeitig gestellt wurde –, jedenfalls aber drei Tage vor Ablauf der Stillhaltefrist, dem nicht erfolgreichen Bieter den Namen des erfolgreichen Bieters samt Vergabesumme bekannt zu geben. Dem nicht erfolgreichen Bieter sind auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde.

(5) Ist ein nicht erfolgreicher Bieter der Ansicht, dass die vom Auftraggeber getroffene Zuschlagsentscheidung gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes verstößt und ihm deshalb ein Schaden zu entstehen droht, so hat er den Auftraggeber unverzüglich unter Angabe von Gründen von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nachweislich zu verständigen.

§ 54. Zuschlag und Leistungsvertrag

(1) Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten oder weicht der Auftrag vom Angebot ab, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen.

(2) ...

§ 55. Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist

(1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen.

(2) Die Ausschreibung kann widerrufen werden, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 52 nur ein Angebot bleibt.

(3) Die Ausschreibung gilt als widerrufen, wenn kein oder nur ein Angebot eingelangt ist.

(4) Vom Widerruf der Ausschreibung sind die Bieter unverzüglich unter Bekanntgabe des Grundes zu verständigen.

(5) Ein Widerruf der Ausschreibung ... ist in derselben Art bekanntzumachen wie die Ausschreibung.

§ 56. Abschluss des Vergabeverfahrens

(1) Das Vergabeverfahren endet mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung.

(2) Jene Bieter, denen der Zuschlag nicht erteilt wurde, sind hievon unmittelbar nach Abschluss des Verfahrens schriftlich zu verständigen. ...“

13. In § 113 BVergG sind die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes festgelegt. Er lautet:

„(1) Das Bundesvergabeamt ist auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen des folgenden Hauptstückes zuständig.

(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. In einem solchen Verfahren ist das Bundesvergabeamt ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte."

14. § 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."

15. Nach § 122 Absatz 1 BVergG „[hat b]ei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe einer vergebenden Stelle ... ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der

Angebotstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten".

16. 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 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.

17. § 5 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes bestimmt:

„(1) Die Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung oder zu einer Handlung, die sich wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit nicht durch einen Dritten bewerkstelligen lässt, wird dadurch vollstreckt, dass der Verpflichtete von der Vollstreckungsbehörde durch Geldstrafen oder durch Haft zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten wird.

(2) Die Vollstreckung hat mit der Androhung des für den Fall des Zuwiderhandelns oder der Säumnis zur Anwendung kommenden Nachteiles zu beginnen. Das angedrohte Zwangsmittel ist beim ersten Zuwiderhandeln oder nach fruchtlosem Ablauf der für die Vornahme der Handlung gesetzten Frist sofort zu vollziehen. Gleichzeitig ist für den Fall der Wiederholung oder des weiteren Verzuges ein stets schärferes Zwangsmittel anzudrohen. Ein angedrohtes Zwangsmittel ist nicht mehr zu vollziehen, sobald der Verpflichtung entsprochen ist.

(3) Die Zwangsmittel dürfen in jedem einzelnen Fall an Geld den Betrag von 10 000 S, an Haft die Dauer von vier Wochen nicht übersteigen.

(4) Die Vollstreckung durch Geldstrafen als Zwangsmittel ist auch gegen juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts und eingetragene Erwerbsgesellschaften mit Ausnahme der Körperschaften des öffentlichen Rechts zulässig."

18. § 879 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) lautet:

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

(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

...“

III — Sachlicher und verfahrensrechtlicher Kontext

A — *Sachverhalt und Verfahren vor den nationalen Instanzen*

19. Am 21. September 1999 gab der Hauptverband im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften die beabsichtigte Durchführung eines zweistufigen Vergabeverfahrens bekannt. Es ging 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 Systembetrieb erforderlichen Dienstleistungen.

20. Am 22. Februar 2000 beschloss der Hauptverband, fünf der sechs Bewerbergemeinschaften zur Angebotslegung einzuladen und den sechsten Bewerber auszuscheiden. In Punkt 1.9 der Bewerbungsunterlage vom 21. September 1999 wurde ebenso wie in Punkt 1.8 der Ausschreibungsunterlage „Aufforderung zur Angebotslegung“ vom 15. März 2000 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.“

21. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass die Vergabebehörde diese Vorschrift als Kriterium für einen technisch fehlerfreien Verlauf der Leistungserbringung vorgesehen hatte. Die persönliche Haftung des Kartenlieferanten sollte nämlich einen größeren Anreiz für eine fehlerfreie Leistungserbringung bewirken. So wurde eine effektivere Einflussmöglichkeit des Auftraggebers gewährleistet.

22. An drei der vier Bietergemeinschaften, die tatsächlich ein Angebot abgaben (dar-

unter Siemens und ARGE Telekom), war auch die Kartenlieferfirma Austria Card beteiligt, der jeweils die Erbringung des Leistungsteils „Lieferung der Karte" oblag. Die einzige Bietergemeinschaft, an der Austria Card nicht beteiligt war, war EDS/ ORGA.

23. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2000 teilte der Hauptverband als Auftraggeber drei Bietergemeinschaften gemäß § 53a BVergG mit, dass er beabsichtige, EDS/ ORGA den Zuschlag zu erteilen.

24. Die nicht für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Bietergemeinschaften ersuchten sodann die Bundesvergabekontrollkommission um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Diese lehnte in einem Fall die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ab und versuchte in den beiden anderen Fällen vergeblich, eine gütliche Einigung zu erzielen. Die drei abgewiesenen Bietergemeinschaften brachten daraufhin Nachprüfungsanträge beim Bundesvergabeamt ein, in denen sie primär die Nichtigerklärung der Entscheidung des Hauptverbands beantragten, den Zuschlag für die Ausschreibung der Bietergemeinschaft EDS/ ORGA zu erteilen, in eventu dem Hauptverband aufzutragen, die Ausschreibung zu widerrufen.

25. Mit Bescheid vom 19. März 2001 wies das Bundesvergabeamt (Senat 8) sämtliche Anträge mangels Antragslegitimation zurück und führte begründend aus, dass die Angebote der Antragsteller vom Auftraggeber gemäß § 52 Absatz 1 Ziffer 9 BVergG auszuscheiden gewesen seien, weil die Austria Card an allen drei betroffenen Bietergemeinschaften beteiligt gewesen sei. Der dadurch ermöglichte Informationsaustausch sowie die durch die dreifache Beteiligung zwingend verursachten Verhandlungen über die Gestaltung der Angebote seien als gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden zwischen Bietern anzusehen.

26. Aus den Akten ergibt sich, dass der Verfassungsgerichtshof diese Entscheidung des Bundesvergabeamtes mit Erkenntnis vom 12. Juni 2001 aufhob, weil die drei 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, dem Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob die zuständige Behörde einem vom Auftraggeber nicht ausgeschiedenen Bieter sein Recht auf ein Verfahren vor den zuständigen nationalen Instanzen vorenthalten könne.

27. Am 28. bzw. am 29. März 2001 leiteten debis, die dritte nicht für die Zuschlagserteilung vorgesehene Bietergemeinschaft, und ARGE Telekom beim Bundesvergabeamt erneut ein Nachprü-

fungsverfahren ein. Sie stellten den Antrag, 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 (debis) oder vor der Entscheidung des Bundesvergabeamtes (ARGE Telekom) zu erteilen.

28. Mit Bescheid vom 5. April 2001 untersagte das Bundesvergabeamt auf diese Anträge hin im Wege der einstweiligen Verfügung die Erteilung des Zuschlags bis 20. April 2001.

29. debis und ARGE Telekom trugen in ihren Antragsschriften für ihre Auffassung, die Ausschreibung sei rechtswidrig, Argumente vor, die teils auf nationales Recht, teils auf Gemeinschaftsrecht gestützt waren. Sie machten geltend, die Ausschreibung sei zu widerrufen, weil sich aus dem Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. März 2001 ergebe, dass nur ein einziges für den Zuschlag geeignetes Angebot vorliege. Wenn nämlich die Angebote von Siemens, ARGE Telekom und debis wegen Verletzung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs gemäß § 52 Absatz 1 BVergG auszuscheiden seien, folge aus § 55 Absätze 2 und 3 BVergG, dass die Ausschreibung widerrufen werden müsse. Es verbliebe nämlich nur ein Bieter (EDS/ORGA). Die Ausschreibung verstoße ferner gegen das Gemeinschaftsrecht, da in Punkt 1.8 der Aufforderung zur Angebotslegung vom 15. März 2000 ein unzulässiges Eignungskriterium aufgestellt worden sei. Dort sei die Weitergabe von Teilen der Leistung über den Umfang von 30 % des Gesamtauftrags sowie jedenfalls hinsichtlich der vertragstypischen Leistungsteile, insbesondere Lieferung und Management des Lebenszyklus der Karten, ausgeschlossen worden. Hierdurch seien die Antragsteller veranlasst worden, Austria Card als Konsortialmitglied in die von ihnen geführten Bietergemeinschaften aufzunehmen. Ohne das in Punkt 1.8 der Aufforderung zur Angebotslegung aufgestellte Verbot hätten die Antragsteller sich diesbezüglich eines Subunternehmers bedienen können. Nach ihrer Auffassung verstößt diese Forderung des Auftraggebers gegen das Gemeinschaftsrecht. Sie verweisen insoweit auf das Urteil des Gerichtshofes vom 2. Dezember 1999 in der Rechtssache Holst Italia [4]. Nach diesem Urteil müsse es möglich sein, die Leistung durch befugte Dritte erbringen zu lassen.

30. Mit Bescheid vom 20. April 2001 gab das Bundesvergabeamt (Senat 9) 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. Das Bundesvergabeamt begründete seinen Bescheid im Wesentlichen damit, dass die Ausschreibung zu widerrufen sei, weil sie eine wesentliche rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung enthalte. Das vom Hauptverband aufgestellte Verbot der Subvergabe verletze nämlich das auf dem Gemeinschaftsrecht in der Auslegung durch den Gerichtshof in seinem Urteil Holst Italia [5] beruhende Recht des Bieters, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auch auf Subunternehmer berufen zu können.

4 — Rechtssache C-176/98, Slg. 1999, I-8607.

5 — Zitiert in Fußnote 4.

31. Trotz dieser Entscheidung beschloss der Hauptverband am 23. April 2001, den Auftrag der Bietergruppe EDS/ORGA zu erteilen und somit den Vertragsschluss mit dieser Bietergruppe zu genehmigen. Die einstweilige Verfügung des Bundesvergabeamtes vom 5. April 2001 sei am 20. April 2001 abgelaufen und nicht verlängert worden. Die Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2001 enthalte lediglich eine nicht eindeutig nachvollziehbare Äußerung über eine „Nichtigerklärung eines Nicht-Widerrufs". Somit sei nicht rechtsverbindlich entschieden worden, dass die Entscheidung des Hauptverbands, den Auftrag der bestbietenden Bietergruppe zu erteilen, nicht rechtwirksam gewesen sei oder hätte aufgehoben werden müssen.

32. Gleichzeitig beschloss der Hauptverband, den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2001 beim Verfassungsgerichtshof anzufechten. Gemäß den Akten wies der Verfassungsgerichtshof zunächst mit Beschluss vom 22. Mai 2001 den Antrag des Hauptverbands zurück, den Bescheid des Bundesvergabeamtes auszusetzen, und erklärte diesen dann mit Urteil vom 2. März 2002 für nichtig.

33. Siemens beantragte am 30. April 2001 beim Bundesvergabeamt erneut die Nichtigerklärung mehrerer Entscheidungen des Hauptverbands im Zusammenhang mit dessen Entscheidung, EDS/ORGA den Zuschlag zu erteilen. Sie machte geltend, die Nichtigerklärung der Entscheidung des Hauptverbands, das im Herbst 1999 veranstaltete Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, führe zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Hauptverbands, den Zuschlag zu erteilen, da diese in einem zweiten, nicht bekannt gemachten Vergabeverfahren getroffen worden sei. Zugleich beantragte Siemens die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Das Bundesvergabeamt wies diesen Antrag mit Bescheid vom 11. Mai 2001 ab und behielt die Entscheidung über die weiteren Anträge der Hauptentscheidung vor.

34. Am 17. Mai 2001 stellte ARGE Telekom ebenfalls Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie Anträge auf Nichtigerklärung verschiedener Einzelentscheidungen, die der Hauptverband im Zusammenhang mit seiner Entscheidung getroffen habe, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen.

35. Am 18. Mai 2001 stellte Siemens erneut Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und auf Nichtigerklärung der Entscheidungen des Hauptverbands, das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen, EDS/ORGA den Zuschlag erteilen zu wollen, ein Zuschlagsschreiben zu versenden und hierdurch den Vertrag abzuwickeln, ohne die Zuschlagsentscheidung rechtswirksam bekanntgegeben zu haben.

36. Das Bundesvergabeamt wies mit Bescheid vom 9. Juli 2001 die Anträge der ARGE Telekom und von Siemens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück und behielt die Entscheidung über die weiteren Anträge der Hauptentscheidung vor.

37. Da das Bundesvergabeamt (Senat 9) für die Entscheidung über die von Siemens am 30. April und am 18. Mai 2001 sowie von ARGE Telekom am 17. Mai 2001 gestellten Anträge eine Auslegung mehrerer Vorschriften der Richtlinie 89/665 für erforderlich hält, hat es dem Gerichtshof mit Beschluss vom 11. Juli 2001 folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

B — *Die Vorabentscheidungsfragen und die Ausführungen hierzu*

1. Sind die Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG, 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 Zusammenhalt 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 4.a): 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?

38. In seinem Vorlagebeschluss hat das Bundesvergabeamt umfangreiche Ausführungen zu den vorstehenden Vorabentscheidungsfragen gemacht. Diese lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen.

davon ausgegangen, dass jeder Bieter das Recht habe, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer zu verweisen, wenn er nachweisen könne, dass er tatsächlich über deren Mittel verfüge. Es könne daher davon ausgehen, dass eine Ausschreibungsbestimmung, die einen Rückgriff auf Subunternehmer von vorneherein größtenteils ausschließe, im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehe und dass ein Vergabeverfahren, in dem solche Bedingungen aufgestellt würden, nicht zu Ende geführt werden dürfe, sondern widerrufen werden müsse.

39. Zur ersten Frage führt das Bundesvergabeamt u. a. aus, dass seine Entscheidungen gemäß § 113 Absatz 2 Ziffer 2 BVergG keinen auf Antrag der obsiegenden Antragsteller vollstreckbaren Auftrag an den Auftraggeber enthielten. Insoweit wichen die Befugnisse des Bundesvergabeamtes von denjenigen vergleichbarer anderer innerstaatlicher Stellen, z. B. im Bereich des Gewerberechts, des Baurechts oder des Wasserrechts, ab. Diese könnten durchaus zwangsweise vollstreckbare Verfügungen erlassen. Ein Bieter im Bereich des Vergaberechts sei damit wesentlich schlechter gestellt als ein Bieter in anderen Bereichen. Es stelle sich die Frage, ob diese Auswirkung des nationalen Rechts mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 89/665, vereinbar sei.

Das Bundesvergabeamt verkenne keineswegs, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens keine ausdrücklichen Anordnungen darüber enthielten, inwiefern rechtswidrige Vergaben zur Unwirksamkeit der auf ihrer Grundlage geschlossenen Verträge führten. Demnach könnte die Frage der Wirksamkeit des Vertrages als eine solche des innerstaatlichen Rechts angesehen werden.

Dieses Ergebnis wäre jedoch im Hinblick auf die Wirksamkeit der Vorschriften der Gemeinschaft unbefriedigend. Ein öffentlicher Auftraggeber, der sich an die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts nicht halte und sogar Entscheidungen der Nachprüfungsbehörde missachte, hätte es nämlich in der Hand, die Erreichung der Ziele des Gemeinschaftsrechts zu vereiteln, ohne dass er hierfür irgendeine Sanktion fürchten müsste, wenn wie im vorliegenden Fall die innerstaatliche Rechtsordnung die zwangsweise Durchsetzung der Entscheidungen der Nachprüfungsbehörden nicht gewährleisten könne.

40. Zur zweiten Frage führt das Bundesvergabeamt aus, in seinem Bescheid vom 20. April 2001 sei es in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes

In diesem Zusammenhang erscheint dem Bundesvergabeamt eine Antwort auf die Frage geboten, ob ein Vertrag, der unter Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Vergabevorschriften geschlossen wurde, als gesetz- oder sittenwidrig und damit zivilrechtlich unwirksam anzusehen ist.

41. Ergänzend verweist das Bundesvergabeamt zu den ersten beiden Fragen darauf, dass es im Fall der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages noch immer zur Aufhebung von Auftraggeberentscheidungen (und — falls der Gerichtshof die Fragen 4.a) und 4.b) bejahen sollte — zu weiteren Maßnahmen) zuständig wäre, da die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses dazu führe, dass auch die Auftragsvergabe als unwirksam anzusehen sei. Zur Beurteilung der Zuständigkeit des innerstaatlichen Gerichts in Bezug auf die Feststellung der Wirksamkeit des Zuschlags und des auf dieser Grundlage geschlossenen Vertrages sei daher eine nähere Auslegung des Gemeinschaftsrechts erforderlich.

42. Zur dritten Frage führt das Bundesvergabeamt aus, der Hauptverband habe als Auftraggeber bei Abschluss des Vertrages nicht nur die materiellrechtlichen Bestimmungen des gemeinschaftlichen Vergaberechts missachtet, sondern sich auch über die Entscheidung der innerstaatlichen Nachprüfungsinstanz im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 vorsätzlich hinweggesetzt. Ein solches Verhalten sei als sittenwidrig anzusehen, mit den entsprechenden Folgen für die Wirksamkeit des Vertrages.

43. Zu den Fragen 4.a) und 4.b) verweist das Bundesvergabeamt darauf, dass die innerstaatlichen Bestimmungen nicht die wirksame Durchsetzbarkeit der Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen gewährleisteten, weil die zwangsweise Durchsetzung der Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung nach innerstaatlichem Recht nicht vorgesehen sei. Zwar lasse Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665 den Mitgliedstaaten erheblichen Spielraum bei der Erteilung von Befugnissen an die Nachprüfungsinstanzen; wenn dies jedoch dazu führe, dass das gemeinschaftliche Vergaberecht keine ausreichende praktische Wirksamkeit habe, sei von einer unmittelbaren Anwendung der in der Richtlinie vorgesehenen Befugnisse der Nachprüfungsbehörde auszugehen. Vor diesem Hintergrund fragt sich das Bundesvergabeamt ferner, ob die nach nationalem Recht vorgesehenen administrativen Zwangsmittel ausreichten, um eine effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu erzwingen.

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

44. In seinem Vorlagebeschluss hat das Bundesvergabeamt den Gerichtshof er-

sucht, die von ihm zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen in einem beschleunigten Verfahren gemäß § 104a der Verfahrensordnung zu behandeln. Ein beschleunigtes Verfahren könne verhindern, dass der Auftraggeber durch Schaffung vollendeter Tatsachen die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der Auslegung durch den Gerichtshof vereiteln könne. Im Fall der Bejahung der Vorlagefragen könne eine rasche Entscheidung größere Schäden vermeiden, da es zum Zeitpunkt des Erlasses des Vorlagebeschlusses noch nicht zur eigentlichen Durchführung des Vertrages zwischen dem Hauptverband und EDS/ORGA gekommen sei.

45. Mit Beschluss vom 13. September 2001 hat der Präsident des Gerichtshofes den Antrag mit der Begründung abgelehnt, dass sich aus den vom vorlegenden Gericht dargelegten Umständen keine außergewöhnliche Dringlichkeit der Entscheidung über die Vorlagefragen ergebe.

46. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 9. August 2001 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden. Gemäß Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes haben ARGE Telekom, der Hauptverband, EDS/ORGA, die österreichische Regierung und die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht. In der mündlichen Verhandlung haben der Hauptverband, die österreichische Regierung und die Kommission ihren Standpunkt näher dargelegt.

V — Rechtliche Würdigung

A — *Vorbemerkungen*

47. Die in den Nummern 19 bis 37 ausführlich wiedergegebene Vorgeschichte des Vorlagebeschlusses sowie die Ausführungen des vorlegenden Gerichts zu seinen Vorabentscheidungsfragen veranlassen mich zu einigen einleitenden Randbemerkungen.

48. Ab dem Zeitpunkt, zu dem der Hauptverband als Auftraggeber gemäß § 53 BVergG den am Vergabeverfahren noch beteiligten Bietern mitteilte, dass er beabsichtige, EDS/ORGA den Zuschlag zu erteilen, sind vor dem Bundesvergabeamt drei Kategorien von Verfahren durchgeführt worden:

1. In einer ersten Reihe von Verfahren beantragten die Antragsteller des Ausgangsverfahrens, die Entscheidung des Hauptverbands, EDS/ORGA den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären und die Ausschreibung zu

widerrufen. Damit hatten sie keinen Erfolg: Ihr Antrag wurde mit Bescheid vom 19. März 2001 als unzulässig zurückgewiesen.

2. In einer zweiten Reihe von Verfahren beantragten die abgewiesenen Bewerber beim Bundesvergabeamt u. a., die — fiktive — Entscheidung des Hauptverbands als Auftraggeber, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig zu erklären. Sie waren gezwungen, diesen Weg zu beschreiten, weil es — wie der Hauptverband und die österreichische Regierung in ihren schriftlichen und mündlichen Ausführungen vorgetragen haben — nicht möglich war, die Zuschlagsentscheidung selbst ein zweites Mal vor dem Bundesvergabeamt anzufechten. Mit diesem zweiten Antrag hatten die abgewiesenen Bewerber Erfolg. Mit einstweiliger Verfügung vom 5. April 2001 wurde dem Hauptverband bis zum 20. April 2001 die Erteilung des Zuschlags untersagt. Mit Bescheid vom 20. April 2001 erklärte das Bundesvergabeamt die fiktive Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig. Dies verhinderte allerdings nicht, dass einige Tage später der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und EDS/ORGA geschlossen wurde.

3. Es folgte eine dritte Reihe von Verfahren, mit denen die nicht erfolgreichen Bieter im Wesentlichen die Nichtigerklärung der Entscheidungen verfolgten, die der Hauptverband nach seiner Entscheidung, EDS/ORGA als „Bestbieter" auszuwählen, getroffen hatte, d. h. unter Missachtung des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2001, aus dem sich ergab, dass die Ausschreibung widerrufen werden musste. Im Rahmen dieser dritten Reihe von Verfahren hat das Bundesvergabeamt die vorliegenden Vorabentscheidungsfragen gestellt. Dem Vorabentscheidungsersuchen ist zu entnehmen, dass die Antragsteller in diesem Verfahren ihre Anträge in der Hauptsache auf zwei Argumente stützen:

— Die Zuschlagserteilung sei von Anfang an nichtig, da die hierzu erforderliche Genehmigung durch den sogenannten Chipkartenausschuss noch nicht vorgelegen habe;

— die Entscheidungen, die zum Vertragsschluss zwischen dem Hauptverband und EDS/ORGA geführt hätten, seien alle nichtig, da sie im Rahmen einer rechtswidrigen Ausschreibung getroffen worden seien.

49. Es steht fest, dass zwischen dem Hauptverband und EDS/ORGA ein Vertrag geschlossen wurde, durch den die am 22. Februar 2000 begonnene zweite Stufe des Vergabeverfahrens abgeschlossen wurde.

Für die Beurteilung der Gültigkeit dieses Vertrages und eines damit eventuell verbundenen Schadensersatzanspruchs sind nach österreichischem Recht allein die Zivilgerichte zuständig.

50. Den vorgelegten Fragen im Zusammenhang mit den ausführlichen Ausführungen hierzu ist zu entnehmen, dass das Bundesvergabeamt Zweifel hat, ob die ihm gewährten Befugnisse ausreichen, um eine wirksame Durchführung der Richtlinie 89/665 zu gewährleisten, da ein von ihm als gemeinschaftsrechtswidrig angesehenes Vergabeverfahren doch zur Zuschlagserteilung und zum Abschluss eines Vertrages über einen umfangreichen Auftrag geführt hat.

51. Soweit dieser Hintergrund der Fragen das vorlegende Gericht dazu veranlasst hat, in seinen Fragen mal implizit, mal eher explizit die Vereinbarkeit der gesetzlichen Regelung des österreichischen Vergaberechts als solchem mit der Richtlinie 89/665 in Frage zu stellen, überschreitet es damit den durch Artikel 234 EG gezogenen Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, der das Verfahren der Zusammenarbeit zwischen dem nationalen Gericht und dem Gerichtshof auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts für die Zwecke einer Entscheidung im Ausgangsverfahren beschränkt.

52. Daher muss geprüft werden, ob eine Beantwortung der vorgelegten Vorabentscheidungsfragen durch den Gerichtshof für eine Entscheidung im Ausgangsverfahren zweckmäßig sein kann.

53. Vor diesem Hintergrund ist nunmehr die Zulässigkeit der betreffenden Fragen zu prüfen.

B — *Zulässigkeit*

54. Der Hauptverband, die österreichische Regierung und die Kommission haben in ihren schriftlichen Erklärungen und in ihren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung — wenn auch aus ganz unterschiedlichen Gründen — die Auffassung vertreten, die Fragen seien unzulässig.

55. Die Kommission hat Zweifel am Gerichtscharakter des Bundesvergabeamtes, da dieses im Vorabentscheidungsersuchen selbst ausgeführt habe, seine Entscheidung enthalte „keinen vollstreckbaren Auftrag an den Auftraggeber". Daher sei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere den Urteilen Victoria Film [6] und Salzmann [7], denen zufolge die nationalen Gerichte nur zur Vorlage gemäß Artikel 234 EG berechtigt seien, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig sei und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden hätten, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abziele, die Zulässigkeit der Vorlagefragen des Bundesvergabeamtes in der vorliegenden Rechtssache fraglich.

6 — Urteil vom 12. November 1998 in der Rechtssache C-134/97 (Slg. 1998, I-7023, Randnr. 14).

7 — Urteil vom 14. Juni 2001 in der Rechtssache C-178/99 (Slg. 2001, I-4421, Randnr. 14).

56. Die österreichische Regierung hält die Vorlagefragen für unzulässig, da sie in einer Art und Weise formuliert seien, dass sie für jemanden, der mit dem österreichischen formellen und materiellen Vergaberecht nicht vertraut sei, unverständlich seien. Man müsse von einem vorlegenden Gericht verlangen können, dass Vorlagefragen, die höchst schwierige und grundsätzliche Fragen des Aufbaus des nationalen Rechtsschutzsystems zum Gegenstand hätten, so formuliert würden, dass sie auch für jemanden, der mit der betreffenden nationalen Rechtsordnung nicht vertraut sei, klar und verständlich seien.

57. Der Hauptverband hält die vorgelegten Fragen für unzulässig, da der Vorlagebeschluss nur eine unvollständige Darstellung des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens enthalte. Er sei nicht in einer Rechtssache ergangen, sondern in drei unterschiedlichen Rechtssachen. Außerdem habe das Bundesvergabeamt es in seinem Vorlagebeschluss versäumt, auf die beim Verfassungsgerichtshof und beim Handelsgericht Wien laufenden Verfahren zu verweisen.

58. Das Bundesvergabeamt sei überdies nicht befugt, Vorabentscheidungsfragen zu stellen, weil seit seiner Entscheidung vom 19. März 2001 kein Verfahren betreffend die Zuschlagserteilung mehr bei ihm anhängig sei. Das Bundesvergabeamt sei daher nicht mehr für die Prüfung der Wirksamkeit der Zuschlagsentscheidung oder der vom Hauptverband im Anschluss daran getroffenen Entscheidungen zuständig. Schließlich besitze das Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit für die Überprüfung zivilrechtlicher Vorgänge nach Abschluss des Vergabeverfahrens.

59. Schließlich haben die österreichische Regierung und der Hauptverband in der mündlichen Verhandlung auf die Auswirkungen des Urteils des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 2002 auf die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens hingewiesen. Mit diesem Urteil wird der Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2001 aufgehoben. Der Verfassungsgerichtshof hält es für der Natur der Sache nach unmöglich, eine Entscheidung für nichtig zu erklären, die dahin gehe, etwas nicht zu tun. Der entsprechende Antrag der nicht für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Bietergemeinschaften hätte daher für unzulässig erklärt werden müssen. Da das Bundesvergabeamt aufgrund eines unzulässigen Antrags in der Sache selbst entschieden habe, habe es eine Zuständigkeit in Anspruch genommen, die ihm nicht zugestanden habe. Damit habe es den Hauptverband in seinem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt.

60. Die österreichische Regierung und der Hauptverband tragen vor, durch dieses Urteil des Verfassungsgerichtshofes seien die dem Gerichtshof gestellten Fragen zumindest teilweise, nämlich soweit sie sich ausdrücklich oder implizit auf den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2001 bezögen, für das Ausgangsverfahren bedeutungslos geworden und damit hypothetisch. Deshalb seien sie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes unzulässig.

Dies gelte jedenfalls für die Frage 1, möglicherweise aber auch für die Fragen 3, 4.a und 4.b.

61. Die Antwort auf das erste von der Kommission gegen die Zulässigkeit der Fragen vorgebrachte Argument kann kurz sein. Erst kürzlich hat der Gerichtshof in der Rechtssache GAT [8] ausdrücklich festgestellt, dass die Entscheidungen des Bundesvergabeamtes durchaus Rechtsprechungscharakter haben und der Gerichtshof daher für die Beantwortung der von diesem Amt vorgelegten Fragen zuständig ist. Er hat dabei darauf hingewiesen, dass sich aus dem Wortlaut von § 125 Absatz 2 BVergG ergibt, dass eine Feststellung des Bundesvergabeamtes gemäß § 113 Absatz 3 dieses Gesetzes nicht nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung für jede wegen eines schuldhaften Verstoßes gegen die genannte Regelung bei den Zivilgerichten erhobene Schadensersatzklage darstellt, sondern dass sie auch die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt und das angerufene Zivilgericht bindet. Folglich ist der Gerichtshof für die Beantwortung der vom Bundesvergabeamt vorgelegten Fragen zuständig.

62. Auch die zweite, von der österreichischen Regierung erhobene Rüge der Unzulässigkeit ist meines Erachtens nicht zutreffend. Dem ausführlichen Vorlagebeschluss und der darin enthaltenen Begründung ist ohne weiteres zu entnehmen, was das Bundesverwaltungsamt mit den vorgelegten Fragen bezweckt, auch wenn deren Formulierung auf den ersten Blick nicht immer ganz deutlich ist. Überdies verkennt die österreichische Regierung mit dieser Rüge, die sich vor allem auf das nationale Recht bezieht, offensichtlich, dass das Verfahren des Artikels 234 EG nicht die Auslegung und Gültigkeit des nationalen Rechts zum Gegenstand hat, sondern die des Gemeinschaftsrechts, im vorliegenden Fall insbesondere die Auslegung einzelner Vorschriften der Richtlinien 89/665 und 92/50 [9].

63. Die dritte, vom Hauptverband erhobene Rüge der Unzulässigkeit der Vorlagefragen ist — auch im Licht meiner einleitenden Randbemerkungen in den Nummern 48 bis 53 — eher von Belang. Zwar ist es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, ob der Vorlagebeschluss mit dem formellen und materiellen nationalen Recht übereinstimmt [10], und es ist dessen Sache, den relevanten Sachverhalt festzustellen [11] und zu beurteilen [12], doch ist diese Befugnis nicht unbeschränkt. Wenn sich aus dem Vorlagebeschluss, den über-

8 — Urteil vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-315/01 (GAT, Slg. 2003, I-6351, Randnrn. 25 bis 29).

9 — Siehe u. a. Urteil vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 63/76 (Inzirillo, Slg. 1976, 2057, Randnr. 6).

10 — Siehe u. a. Urteile vom 16. März 1978 in der Rechtssache 104/77 (Oehlschläger, Slg. 1978, 791, Randnr. 4) und vom 28. Januar 1999 in der Rechtssache C-181/96 (Wilkens, Slg. 1999, I-399, Randnr. 33).

11 — U. a. Urteile vom 5. Oktober 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-175/98 und C-177/98 (Lirussi und Bizzarro, Slg. 1999, I-6881, Randnrn. 37 f.), vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99 (Canal Satélite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnr. 18) und vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-167/01 (Inspire Art, Slg. 2003, I-10155, Randnr. 43).

12 — U. a. Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90 (Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnr. 14) und Urteil Canal Satélite Digital (siehe oben Fußnote 11, Randnr. 43).

mittelten Verfahrensakten sowie den schriftlichen und mündlichen Erklärungen ergibt, dass die Beantwortung der gestellten Fragen offensichtlich nicht zur Entscheidung über den Ausgangsrechtsstreit beitragen kann und sie somit hypothetischen Charakter haben, kann der Gerichtshof sie nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung [13] nicht zur Entscheidung annehmen.

64. Im Licht der vorangegangenen Erwägungen muss daher geprüft werden, ob die vom Bundesverwaltungsamt vorgelegten Fragen für die Entscheidung im Ausgangsverfahren erheblich sind.

65. Wie bereits oben in den Nummern 48 bis 51 ausgeführt, hat der Hauptverband mit EDS/ORGA einen Vertrag geschlossen, ohne dem Bescheid des Bundesvergabeamtes Rechnung zu tragen, durch den die — fiktive — Entscheidung des Hauptverbands, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig erklärt wurde. Im Ausgangsverfahren haben die Antragsteller u. a. geltend gemacht, die Entscheidungen des Hauptverbands, die schließlich zum Vertragsschluss geführt hätten, seien alle nichtig, da sie im Rahmen eines ungültigen Ausschreibungsverfahrens getroffen worden seien.

66. Da feststeht, dass für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit des am 23. April 2002 geschlossenen Vertrages zwischen dem Hauptverband und EDS/ORGA nach österreichischem Recht nicht das Bundesvergabeamt, sondern die Zivilgerichte zuständig sind, kann die Beantwortung der vorgelegten Fragen grundsätzlich keinen Beitrag zur Entscheidung im Ausgangsverfahren leisten.

67. Nach österreichischem Recht sind die Zivilgerichte für die Prüfung der Verträge zuständig, die nach der Zuschlagserteilung zustande gekommen sind. Hiernach sind — in Übereinstimmung mit Artikel 2 Absatz 6 letzter Satz der Richtlinie 89/665 — die Befugnisse dieser gerichtlichen Instanz darauf beschränkt, einer durch einen Verstoß gegen die Vergabevorschriften geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen.

68. Nachdem offensichtlich feststeht, dass in dem dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Fall diese vom Auftraggeber getroffene Zuschlagsentscheidung nicht vom Bundesvergabeamt für nichtig erklärt wurde und zu ihrer Durchführung im Anschluss an die Zuschlagserteilung ein Vertrag oder mehrere Verträge geschlossen wurden, ist davon auszugehen, dass nur die Zivilgerichte für die Beurteilung der Verträge, zu denen das vorliegende Vergabeverfahren geführt hat, zuständig ist.

69. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist meines Erachtens davon auszugehen, dass die vom Bundesvergabeamt vorgelegten Fragen, die im Wesentlichen auf die

13 — U. a. Urteile vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia/Novello, Slg. 1981, 3045, Randnr. 21) und vom 21. März 2002 in der Rechtssache C-451/99 (Cura Anlagen, Slg. 2002, I-3193, Randnr. 26) sowie Urteil Inspire Art (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 47).

Frage hinauslaufen, ob die diesem durch das BVergG eingeräumten Befugnisse den insofern durch Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 89/665 aufgestellten Mindestanforderungen entsprechen, rein hypothetisch sind.

70. Der hypothetische Charakter der Fragen kommt im Übrigen auch in ihrem Inhalt zum Ausdruck. Gemeinsam betrachtet laufen sie, wie bereits oben in Nummer 51 ausgeführt, darauf hinaus, dass der Gerichtshof ersucht wird, in sehr entferntem Zusammenhang mit dem eigentlichen Ausgangsrechtsstreit das im nationalen Vergaberecht enthaltene Rechtsschutzsystem insgesamt auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu prüfen. Damit verkennt das vorlegende Gericht, dass das Verfahren des Artikels 234 EG dem Gerichtshof die Aufgabe überträgt, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, nicht aber, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben [14].

71. Als letztes Element für die Beurteilung der Zulässigkeit der vorgelegten Fragen sind noch die Auswirkungen der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 2002 zu berücksichtigten.

72. Dem Vorlagebeschluss zufolge hat das Bundesvergabeamt seine Fragen insbesondere deswegen gestellt, weil sein Bescheid vom 20. April 2001, mit dem die — fiktive — Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig erklärt wurde, nach österreichischem Recht nicht vollstreckbar ist. Dies kommt in den Fragen 1, 3, 4a und 4b unmissverständlich zum Ausdruck. Nachdem der Verfassungsgerichtshof eben diesen Bescheid vom 20. April 2001 aufgehoben hat, da das Bundesvergabeamt für den Erlass einer solchen Entscheidung nicht zuständig war, ist die Grundlage für die unmittelbar auf diesen Bescheid bezogenen Fragen entfallen. Damit sind sie — auch unabhängig von den bereits zuvor hierfür angeführten Argumenten — zu rein hypothetischen Fragen geworden.

73. Auch wenn die Frage 2 sich nicht unmittelbar auf den Bescheid vom 20. April 2001 bezieht, wird sie meines Erachtens gleichwohl von der genannten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes erfasst. Inhaltlich war die Begründung des — aufgehobenen — Bescheides vom 20. April 2001 nämlich auf die Annahme gestützt, das Vergabeverfahren sei rechtswidrig, da es eine Ausschreibungsbestimmung enthalten habe, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen habe, wie es der Gerichtshof in der Rechtssache Holst Italia [15] ausgelegt habe. Diese Annahme ist in der Frage 2 von

14 — Siehe zuletzt Urteil Inspire Art (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 45).

15 — Zitiert in Fußnote 4.

zentraler Bedeutung. Unabhängig davon, ob sie richtig ist, darf der Gerichtshof hierauf nicht eingehen, da sie Teil eines Bescheides des Bundesvergabeamtes ist, dem im Ausgangsverfahren keine Bedeutung mehr zukommen kann.

74. Aufgund all dessen komme ich zu dem Ergebnis, dass die dem Gerichtshof in dieser Rechtssache vom Bundesvergabeamt vorgelegten Fragen für die Entscheidung im Ausgangsverfahren nicht relevant sind und daher als rein hypothetisch für unzulässig zu erklären sind.

C — *Zur Sache*

75. Hilfsweise gehe ich — sofern der Gerichtshof nicht meiner Auffassung folgen sollte, dass alle vorgelegten Fragen unzulässig sind, sondern nur die Fragen, die unmittelbar von der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 2002 betroffen sind, d. h. die Fragen 1, 3, 4a und 4b — noch auf die Frage 2 ein.

76. Hierzu hat die Kommission — meines Erachtens berechtigt — darauf hingewiesen, dass die Prämisse, auf der diese Frage beruhe, nämlich dass sich aus dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Holst Italia [16] ergebe, dass die in Punkt 1.8 der Aufforderung zur Angebotslegung vom 15. März 2000 aufgestellte Voraussetzung für die Zulassung von Leistungen von Subunternehmern gemeinschaftsrechtswidrig sei, unzutreffend sei.

77. Tatsächlich enthält die für die vorliegende Ausschreibung geltende Richtlinie 92/50 keine Vorschrift, nach der ein Verbot der Subvergabe als solches unzulässig wäre. Nach Artikel 25 der Richtlinie 92/50 kann der Auftraggeber den Bieter auffordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags bekanntzugeben, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt. Ferner kann nach Artikel 32 Absatz 2 Buchstabe h dieser Richtlinie der Nachweis der Eignung je nach Art, Umfang und Verwendungszweck der betreffenden Dienstleistungen u. a. durch Angabe des Auftragsanteils, für den der Dienstleistungserbringer möglicherweise einen Unterauftrag zu erteilen beabsichtigt, erbracht werden.

78. Wie die Kommission, die österreichische Regierung und der Hauptverband zu Recht ausgeführt haben, muss bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Verbotes der Subvergabe unterschieden werden zwischen einem solchen Verbot im Zusammenhang mit der Prüfung der Eignung der

16 — Zitiert in Fußnote 4.

Bieter und einem Verbot im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrags nach Erteilung des Zuschlags.

79. Das vom Bundesvergabeamt angeführte Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Holst Italia [17] bezog sich auf die Beurteilungs- und Auswahlphase des Vergabeverfahrens.

In Randnummer 26 des Urteils stellte der Gerichtshof insoweit fest: „Sowohl aus dem Zweck als auch aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen ergibt sich, 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."

In Randnummer 31 schloss der Gerichtshof seine Begründung wie folgt ab: „[D]ie Richtlinie 92/50 [ist] dahin auszulegen ..., dass sie es einem Dienstleistungserbringer gestattet, für den Nachweis, dass er die wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Voraussetzungen für die Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfüllt, auf die Leistungsfähigkeit anderer Einrichtungen zu verweisen, welcher Rechtsnatur seine Verbindungen zu ihnen auch sein mögen, sofern er beweisen kann, dass er tatsächlich über die Mittel dieser Einrichtungen, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt ..."

80. Ich verstehe dieses Urteil wie folgt: Potenzielle Bewerber um einen Auftrag können nicht deswegen ausgeschlossen werden, weil sie selbst nicht über alle Fähigkeiten verfügen, die zur Ausführung eines Auftrags erforderlich sind. Ein derartiges Verbot könnte insbesondere bei größeren und technisch komplizierten Aufträgen dazu führen, dass der Kreis der Bewerber von vornherein stark eingeschränkt wird. Damit würde gegen den Zweck der Richtlinie 92/50 verstoßen. Um sicherzustellen, dass der einmal vergebene Auftrag ordnungsgemäß ausgeführt wird, kann der Auftraggeber jedoch verlangen, dass der Bieter, wenn er auf die Leistungsfähigkeit anderer Einrichtungen verweist, für die Verfügbarkeit der Mittel dieser Einrichtungen einsteht.

81. Aus dem Wortlaut von Punkt 1.8 der Aufforderung zur Angebotslegung — wie oben in Nummer 20 dieser Schlussanträge zitiert — ergibt sich jedoch, dass diese Bedingungen sich nicht auf die Beurteilungs- und Auswahlphase des Vergabeverfahrens beziehen, sondern auf die Phase, in der der Vertrag über die Ausführung des Auftrags geschlossen wird.

82. In dieser Phase steht die Richtlinie 92/50 einem Verbot oder einer Einschränkung der Subvergabe, wodurch der Auftraggeber verhindern möchte, dass die Aus-

17 — Zitiert in Fußnote 4.

führung wesentlicher Teile des Auftrags Einrichtungen überlassen wird, deren Leistungsfähigkeit und Qualität er im Laufe des Vergabeverfahrens nicht hat prüfen können, nicht entgegen. Artikel 25 der Richtlinie gilt seinem Wortlaut nach ausdrücklich für die Beurteilungs- und Auswahlphase des Vergabeverfahrens. Diese Vorschrift soll dem Auftraggeber einen Einblick in die Leistungsfähigkeit der betreffenden Einrichtungen geben, der für eine zutreffende Beurteilung der abgegebenen Angebote erforderlich ist. Hieraus kann kein Argument für ein Verbot der Subvergabe in der Phase entnommen werden, in der nach der Zuschlagserteilung der Vertrag mit dem für die Ausführung ausgewählten Bieter geschlossen wird.

83. Daraus folgt, dass die Prämisse, auf der der Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2001 beruht, nämlich dass Punkt 1.8 der Aufforderung zur Angebotslegung gemeinschaftsrechtswidrig ist und das Vergabeverfahren daher insgesamt widerrufen werden muss, in sich unzutreffend ist.

84. Auch wenn das vorlegende Gericht in seinen Fragen nicht um eine Prüfung seiner Auslegung des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache Holst Italia [18] ersucht hat, kann der Gerichtshof eine offensichtlich unzutreffende Auslegung seiner Rechtsprechung schwerlich unwidersprochen lassen. Dies gilt umso mehr, als diese der Entscheidung des vorlegenden Gerichts zugrunde liegt, auf die seine Vorabentscheidungsfragen bezogen sind, und diese, auch aus diesen Gründen, hypothetisch werden lassen kann.

85. Im Übrigen bestimmen sich, unabhängig von der inhaltlichen Prämisse des Bescheides vom 20. April 2001 — unterstellt, es sei eine Ausschreibung durchgeführt worden, die eine gemeinschaftsrechtswidrige Ausschreibungsbestimmung enthalten habe, oder sie sei ungeachtet einer in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz im Sinne von Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 durchgeführt worden —, die Gültigkeit und gegebenenfalls die Rückabwicklung der bereits geschlossenen Verträge nach dem anwendbaren nationalen Recht.

86. Diese Auffassung findet u. a. eine Stütze im Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Alcatel [19] und in den Schlussanträgen des Generalanwalts Alber in der Rechtssache Kommission/Österreich [20].

18 — Zitiert in Fußnote 4.

19 — Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-81/98 (Alcatel Austria u. a., Slg. 1999, I-7671, Randnr. 49).

20 — Schlussanträge vom 19. Januar 1999 zum Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-328/96 (Slg. 1999, I-7479, Randnr. 48).

VI — Ergebnis

87. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

— die dem Gerichtshof durch Vorlagebeschluss des Bundesvergabeamtes vom 11. Juli 2001 zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen für unzulässig zu erklären,

— hilfsweise die Fragen 1, 3, 4a und 4b für unzulässig zu erklären und die Frage 2 wie folgt zu beantworten:

Hat ein Vergabeverfahren stattgefunden, das eine gemeinschaftsrechtswidrige Ausschreibungsbestimmung enthielt, oder ist die Zuschlagserteilung ungeachtet einer in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz im Sinne von Artikel 2 Absatz 8 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 gleichwohl erfolgt, so bestimmen sich die Wirksamkeit und gegebenenfalls die Rückabwicklung der bereits geschlossenen Verträge nach dem anwendbaren nationalen Recht.