

An

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

P e r e - m a i l

Betrifft: EuGH Rs C-314/01 – Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner gegen
Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger („Chipkarte“);
Vergaberecht: Zulässigkeit des Verbots der Subvergabe;
Urteil des EuGH vom 18. März 2004

1. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften erließ am 18. März 2004 das Urteil in der Rechtssache C-314/01. Der Rechtssache liegt ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesvergabeamtes zugrunde, das unter anderem die Frage betrifft, ob eine Ausschreibungsbestimmung, die ein Verbot der Subvergabe wesentlicher Leistungsteile enthält, so offenkundig gemeinschaftsrechtswidrig ist, dass ein aufgrund einer solchen Ausschreibung geschlossener Vertrag als unwirksam anzusehen ist, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung Bestimmungen enthält, die die Unwirksamkeit gesetzwidriger Verträge vorsehen. (Die anderen vom Bundesvergabeamt gestellten Fragen wies der Gerichtshof als hypothetisch und daher unzulässig zurück; auf sie soll daher hier nicht näher eingegangen werden.)
2. Der dem Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt stellt sich zusammengefasst wie folgt dar: Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger als öffentlicher Auftraggeber schrieb einen Auftrag 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 aus. In den Ausschreibungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass die Weitergabe von Teilen der Leistung bis zum Umfang von 30% der Leistungen und nur soweit zulässig sei, als die (näher aufgezählten) vertragstypischen Leistungsteile beim Bieter bzw. bei der Bietergemeinschaft bleiben würden. In einem von mehreren Bietergemeinschaften eingeleiteten Nachprüfungsverfahren erklärte das Bundesvergabeamt die „Entscheidung des Hauptverbandes, die Ausschreibung nicht zu widerrufen“ für nichtig. Die Ausschreibung wäre nach Ansicht des Bundesvergabeamtes zu widerrufen gewesen, weil sie mit dem Verbot der Subvergabe ein rechtswidriges Auswahlkriterium enthalte. Trotz dieser Entscheidung beschloss der Hauptverband, den Auftrag einer Bietergemeinschaft zu erteilen; gleichzeitig erhob er Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof, welcher den Bescheid des Bundesvergabeamtes mit Erkenntnis vom 2. März 2002 aufhob. Auf Grund neuerlicher Anträge der Bietergemeinschaften Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner u.a. auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Hauptverbandes, den Zuschlag zu erteilen, stellte das Bundesvergabeamt das dem Urteil zugrunde liegende Vorabentscheidungsersuchen.

3. Der Gerichtshof weist in seinem Urteil zunächst darauf hin, dass die Frage des Bundesvergabeamtes auf der Prämisse beruht, dass eine Ausschreibungsbestimmung, die die Subvergabe wesentlicher Leistungsteile verbietet, gegen die RL 92/50/EWG (Dienstleistungsrichtlinie) in der vom Gerichtshof in seinem Urteil *Holst Italia* vertretenen Auslegung verstößt. Er erinnert unter Hinweis auf das Urteil vom 2. Dezember 1999, Rs C-176/98, *Holst Italia*, daran, 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.

4. In weiterer Folge stellt der Gerichtshof fest (Rz 45 - 47):

„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.“

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.

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.“

5. Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst sind diese Aussagen des Gerichtshofes wie folgt zu verstehen:

- 5.1. Der Gerichtshof unterscheidet – wie bereits zuvor GA Geelhoed – bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Verbots der Subvergabe zwischen zwei „Phasen“ der Vergabeverfahrens: der „Auswahlphase“ und der „Durchführungsphase“.
- 5.2. In der **Auswahlphase**, das heißt, bei der Auswahl der Unternehmer für ein Vergabeverfahren (= Prüfung der Eignungskriterien im Sinne des § 20 Z 19 lit c BVergG) und bei der Angebotsprüfung ist ein **Verbot bzw. eine Beschränkung der Subvergabe jedenfalls unzulässig**. Denn nach der Aussage des EuGH „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“ (Hervorhebung nicht im Original). In der Auswahlphase kann daher seitens des Auftraggebers ein allfälliger Rückgriff eines Unternehmers auf (technische oder wirtschaftliche) Ressourcen Dritter a priori nicht eingeschränkt werden. Die Prüfung des Auftraggebers hat sich in dieser Phase darauf zu beschränken, dass der betreffende Unternehmer **nachgewiesen** hat, dass er tatsächlich über die diesen Dritten zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt.
- 5.3. Hingegen ist in der **Durchführungsphase**, das heißt bei der Ausführung des Auftrags (= nach Zuschlagserteilung), ein **Verbot bzw. eine Beschränkung der Subvergabe zulässig, sofern der Auftraggeber in der Auswahlphase**

die Subauftragnehmer nicht hat prüfen können. E contrario folgt daraus, dass ein Verbot bzw. eine Beschränkung der Subvergabe in dieser Phase unzulässig wäre, wenn der Auftraggeber im Vergabeverfahren (Eignungs- und Angebotsprüfung) die Möglichkeit hatte, die Leistungsfähigkeit und Qualität der Subunternehmer bzw. deren Leistung zu prüfen.

Für eine ex ante Beurteilung der Zulässigkeit eines Verbots oder einer Beschränkung der Subvergabe in der Ausschreibung (= Bekanntmachung, Ausschreibungsunterlagen) lässt sich daraus freilich nichts gewinnen. Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst empfiehlt es sich daher für Auftraggeber, in den Ausschreibungsunterlagen ein allfälliges Verbot bzw. eine allfällige Einschränkung der Subvergabe explizit auf die Durchführungsphase zu beschränken und darüber hinaus mit einer Klausel zu ergänzen, dass ein solches Verbot bzw. eine solche Einschränkung nicht gilt, wenn der Bieter dem Auftraggeber im Rahmen der Eignungs- bzw. Angebotsprüfung die Möglichkeit eingeräumt hat, Leistungsfähigkeit und Qualität der Subunternehmer bzw. deren Leistung zu prüfen.

6. Zur Frage der Unwirksamkeit des Vertrages stellt der Gerichtshof lediglich fest, 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/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) vorgesehenen Nachprüfungsverfahren geltend zu machen.
7. Es wird ersucht, die dargelegte Auffassung des Europäischen Gerichtshofs bei künftigen Auftragsvergaben entsprechend zu berücksichtigen.

Für den Bundeskanzler:

Elektronisch gefertigt