

TE Verg Bescheid 2001/4/20 N-43/01-20;, N-46/01-18;

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.04.2001

Norm

BVergG 1997 §1
BVergG 1997 §3
BVergG 1997 §4
BVergG 1997 §5 Abs2
BVergG 1997 §7 Abs1
BVergG 1997 §11 Abs1 Z4
BVergG 1997 §15 Z5
BVergG 1993 §27 Abs1
BVergG 1997 §31
BVergG 1997 §40 Abs1
BVergG 1997 §55 Abs1
BVergG 1997 §55 Abs2
BVergG 1997 §56 Abs1
BVergG 1997 §58
BVergG 1997 §59
BVergG 1997 §60
BVergG 1997 §74
BVergG 1997 §81
BVergG 1997 §115 Abs1
BVergG 1997 §115 Abs2
BVergG 1997 §116 Abs1
BVergG 1997 §116 Abs3
BVergG 1997 §117 Abs1 Z2
AVG 1991 §59 Abs1
AVG 1991 §68 Abs1
VwGG 1985 §41
ASVG §31
EGV Art234 Abs3
RL 89/440/EWG Baukoordinierungsänderungs-RL (ABI 1989 L 210 S 1) Art1
Abs3
RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungs-RL (ABI 1992 L 209 S 1)

Art32 Abs2 litc

RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungs-RL (ABl 1992 L 209 S 1)

Art25

RL 71/305/EWG Baukordinierungs-RL (ABl 1971 L 185 S 4) Art26 lite

RL 93/36/EWG Lieferkordinierungs-RL (ABl 1993 L 199 S 1) Art23 Abs1

litc

RL 93/36/EWG Lieferkordinierungs-RL (ABl 1993 L 199 S 1) Art17

1. ASVG § 31 heute
2. ASVG § 31 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
3. ASVG § 31 gültig von 01.07.2018 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2018
4. ASVG § 31 gültig von 01.07.2018 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 30/2018
5. ASVG § 31 gültig von 25.05.2018 bis 30.06.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2018
6. ASVG § 31 gültig von 19.01.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2017
7. ASVG § 31 gültig von 19.01.2017 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 30/2017
8. ASVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 18.01.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2017
9. ASVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 26/2017
10. ASVG § 31 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 162/2015
11. ASVG § 31 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 144/2015
12. ASVG § 31 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
13. ASVG § 31 gültig von 01.01.2015 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 46/2014
14. ASVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2013
15. ASVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2013
16. ASVG § 31 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2013
17. ASVG § 31 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2013
18. ASVG § 31 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
19. ASVG § 31 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
20. ASVG § 31 gültig von 01.07.2011 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
21. ASVG § 31 gültig von 01.07.2011 bis 30.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
22. ASVG § 31 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2010
23. ASVG § 31 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2011
24. ASVG § 31 gültig von 01.05.2011 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
25. ASVG § 31 gültig von 01.05.2011 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2011
26. ASVG § 31 gültig von 01.01.2011 bis 30.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
27. ASVG § 31 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
28. ASVG § 31 gültig von 01.01.2010 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
29. ASVG § 31 gültig von 01.01.2010 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2009
30. ASVG § 31 gültig von 01.01.2009 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
31. ASVG § 31 gültig von 01.01.2009 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2009
32. ASVG § 31 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
33. ASVG § 31 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2007
34. ASVG § 31 gültig von 01.07.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
35. ASVG § 31 gültig von 01.07.2006 bis 30.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2006
36. ASVG § 31 gültig von 01.07.2006 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2006
37. ASVG § 31 gültig von 01.01.2006 bis 30.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
38. ASVG § 31 gültig von 01.01.2006 bis 30.06.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 171/2004
39. ASVG § 31 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2005
40. ASVG § 31 gültig von 01.01.2006 bis 04.10.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2002
41. ASVG § 31 gültig von 01.07.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
42. ASVG § 31 gültig von 01.07.2005 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2005
43. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 30.06.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
44. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2004

45. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 156/2004
46. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 105/2004
47. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
48. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2003
49. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2004
50. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 171/2004
51. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2002
52. ASVG § 31 gültig von 01.01.2005 bis 04.10.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2002
53. ASVG § 31 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
54. ASVG § 31 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 105/2004
55. ASVG § 31 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2004
56. ASVG § 31 gültig von 01.01.2004 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2012
57. ASVG § 31 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2003
58. ASVG § 31 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 105/2004
59. ASVG § 31 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
60. ASVG § 31 gültig von 21.08.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
61. ASVG § 31 gültig von 01.05.2003 bis 20.08.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
62. ASVG § 31 gültig von 01.04.2003 bis 30.04.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
63. ASVG § 31 gültig von 01.01.2003 bis 31.03.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2002
64. ASVG § 31 gültig von 01.01.2003 bis 04.10.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2002
65. ASVG § 31 gültig von 01.01.2003 bis 30.09.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2002
66. ASVG § 31 gültig von 05.10.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2002
67. ASVG § 31 gültig von 01.10.2002 bis 04.10.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2002
68. ASVG § 31 gültig von 01.09.2002 bis 30.09.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 140/2002
69. ASVG § 31 gültig von 01.01.2002 bis 31.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2002
70. ASVG § 31 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
71. ASVG § 31 gültig von 01.09.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
72. ASVG § 31 gültig von 19.04.2001 bis 31.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2001
73. ASVG § 31 gültig von 01.03.2001 bis 18.04.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
74. ASVG § 31 gültig von 01.01.2001 bis 28.02.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
75. ASVG § 31 gültig von 01.10.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2000
76. ASVG § 31 gültig von 01.01.2000 bis 30.09.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2000
77. ASVG § 31 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
78. ASVG § 31 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
79. ASVG § 31 gültig von 01.01.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
80. ASVG § 31 gültig von 01.08.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 411/1996

Text

BESCHEID

Der Senat 9 des Bundesvergabeamtes hat am 18. April 2001 durch die Richterin Dr. Friederike LENK als Vorsitzende und die Beisitzer MR Dr. Friedrich RESEL als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut HEINDL als Mitglied der Auftragnehmerseite entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 BundesvergabeGesetz 1997 (BVergG) BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. I Nr. 27/1998, BGBl. I Nr. 80/1999, BGBl. I Nr. 120/1999, BGBl. I Nr. 125/2000 betreffend das Vergabeverfahren "Projekt SV-Chipkarte" des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, 1031 Wien, Kundmanngasse 21, wird über die Anträge vom 28. März 2001 der 1. A*** GmbH, ***, (in der Folge: Erstantragstellerin) vertreten durch ***, auf Nichtigkeitsklärung der Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung nicht zu widerrufen; sowie 2. über den Antrag vom 29. März 2001 der Mitglieder der ARGE D*** Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BundesvergabeGesetz 1997 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 1999,,

Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 125 aus 2000, betreffend das Vergabeverfahren "Projekt SV-Chipkarte" des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, 1031 Wien, Kundmanngasse 21, wird über die Anträge vom 28. März 2001 der 1. A*** GmbH, ***, (in der Folge: Erstantragstellerin) vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung nicht zu widerrufen; sowie 2. über den Antrag vom 29. März 2001 der Mitglieder der ARGE D***

(1. CB*** GmbH,

, 2. DA GmbH,

, 3. DB GmbH, ***, 4. DC*** AG, ***, 5. DE*** Gesellschaft für

Unternehmensberatung

mbH, ***, 6. DD*** AG, ***, in der Folge:

Zweit- bis Siebentantragsteller) sämtlich vertreten durch Rechtsanwälte ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung nicht zu widerrufen; wie folgt entschieden:

Spruch Pkt. 1: Den Anträgen wird

stattgegeben.

Die Entscheidung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, die Ausschreibung "SV-Chipkarte (Aufforderung zur Angebotslegung vom 15.3.2000) nicht zu widerrufen, wird für

nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage § 113 Abs. 2 Z 1 BVergG iVm § 55 Abs. 1 BVergG iVm Art. 25, Art. 32 Abs. 2 lit.c der Richtlinie 92/50/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bzw. Art. 17, Art. 23 Abs. 1 lit.c der Richtlinie 93/36/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge. Rechtsgrundlage Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 55, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Artikel 25,, Artikel 32, Absatz 2, Litera c, der Richtlinie 92/50/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bzw. Artikel 17,, Artikel 23, Absatz eins, Litera c, der Richtlinie 93/36/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge.

Spruch Pkt. 2: Die Anträge vom 28.3.2001 (der Erstantragstellerin) bzw. vom 29.3.2001 (der Zweit- bis Siebentantragsteller) jeweils auf Erlassung einstweiliger Verfügungen, mit denen dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt wird, werden, soweit sie sich auf den Zeitraum nach dem 20. April 2001 beziehen, als unzulässig zurückgewiesen. Rechtsgrundlage § 116 Abs. 1, 5 BVergG Spruch Pkt. 2: Die Anträge vom 28.3.2001 (der Erstantragstellerin) bzw. vom 29.3.2001 (der Zweit- bis Siebentantragsteller) jeweils auf Erlassung einstweiliger Verfügungen, mit denen dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt wird, werden, soweit sie sich auf den Zeitraum nach dem 20. April 2001 beziehen, als unzulässig zurückgewiesen. Rechtsgrundlage Paragraph 116, Absatz eins, 5, BVergG

Begründung:

Mit Eingabe vom 28. März 2001 (offensichtlich irrtümlicherweise mit 29.3.2001 datiert) stellte die Erstantragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und verband dieses mit zwei Eventualbegehren sowie mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages längstens für den Zeitraum von zwei Monaten nach Antragstellung untersagt wird. Zur Begründung führte sie im wesentlichen wie folgt aus:

Die Ausschreibung sei wegen Verletzung gemeinschaftsrechtlicher bzw. vergaberechtlicher Bestimmungen rechtswidrig und sei aus diesem Grunde sowie auf Grund des Umstandes, dass das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 19.3.2001, Zl. N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21, festgestellt habe, dass sämtliche Angebote bis auf eines wegen Verletzung der Grundsätze des lautereren Wettbewerbes auszuschneiden seien und sohin nur ein einziges für den Zuschlag geeignetes Angebot vorliege, zu widerrufen. Neben der Verletzung der §§ 55 Abs. 2 und 3 BVergG rügte die Erstantragstellerin, dass der Auftraggeber die Bestimmung des § 22 Abs. 2 BVergG nicht erfüllt habe, da er nicht wenigstens drei für den Zuschlag geeignete Angebote eingeholt habe. Ferner habe der Auftraggeber in Pkt. 1.8 der

Aufforderung zur Angebotslegung vom 15. März 2000 ein unzulässiges Eignungskriterium aufgestellt, weil er dort die Weitergabe von Teilen der Leistung über den Umfang von 30 % des Gesamtauftrages sowie jedenfalls hinsichtlich der vertragstypischen Leistungsteile, insbesondere Lieferung und Management des Lebenszyklus der Karten ausgeschlossen habe. Durch dieses Verbot der Subvergabe hinsichtlich des Leistungsteiles "Kartenlieferung" sei die Erstantragstellerin veranlasst worden, den Kartenlieferanten CB*** als Konsortialmitglied in die von ihr geführte Bietergemeinschaft A*** aufzunehmen. Ohne dieses Verbot der Subvergabe hätte die Erstantragstellerin bzw. die von ihr geführte Konsortialgemeinschaft sich diesbezüglich eines Subunternehmers bedienen können. Die Folge dieser vom Auftraggeber getroffenen Festlegung, nämlich dass der Bieter eine gewisse Eignung oder Leistung selbst erbringen müsse, sei aber unzulässig. Vielmehr müsse es den Bietern nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 2.12.1999, C 176/98, "Comune di Cagliari" offenstehen, die Leistung durch befugte Dritte erbringen zu lassen, sofern er deren Leistungsbereitschaft und Zuverlässigkeit nachweisen könne. Die vom Auftraggeber getroffene Festlegung sei gemeinschaftsrechtswidrig und sei daher die Ausschreibung schon aus diesem Grund zu widerrufen. Zudem bewirke diese Festlegung eine gemeinschaftsrechtswidrige Die Ausschreibung sei wegen Verletzung gemeinschaftsrechtlicher bzw. vergaberechtlicher Bestimmungen rechtswidrig und sei aus diesem Grunde sowie auf Grund des Umstandes, dass das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 19.3.2001, Zl. N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-21, festgestellt habe, dass sämtliche Angebote bis auf eines wegen Verletzung der Grundsätze des lautereren Wettbewerbes auszuschneiden seien und sohin nur ein einziges für den Zuschlag geeignetes Angebot vorliege, zu widerrufen. Neben der Verletzung der Paragraphen 55, Absatz 2 und 3 BVergG rügte die Erstantragstellerin, dass der Auftraggeber die Bestimmung des Paragraph 22, Absatz 2, BVergG nicht erfüllt habe, da er nicht wenigstens drei für den Zuschlag geeignete Angebote eingeholt habe. Ferner habe der Auftraggeber in Pkt. 1.8 der Aufforderung zur Angebotslegung vom 15. März 2000 ein unzulässiges Eignungskriterium aufgestellt, weil er dort die Weitergabe von Teilen der Leistung über den Umfang von 30 % des Gesamtauftrages sowie jedenfalls hinsichtlich der vertragstypischen Leistungsteile, insbesondere Lieferung und Management des Lebenszyklus der Karten ausgeschlossen habe. Durch dieses Verbot der Subvergabe hinsichtlich des Leistungsteiles "Kartenlieferung" sei die Erstantragstellerin veranlasst worden, den Kartenlieferanten CB*** als Konsortialmitglied in die von ihr geführte Bietergemeinschaft A*** aufzunehmen. Ohne dieses Verbot der Subvergabe hätte die Erstantragstellerin bzw. die von ihr geführte Konsortialgemeinschaft sich diesbezüglich eines Subunternehmers bedienen können. Die Folge dieser vom Auftraggeber getroffenen Festlegung, nämlich dass der Bieter eine gewisse Eignung oder Leistung selbst erbringen müsse, sei aber unzulässig. Vielmehr müsse es den Bietern nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 2.12.1999, C 176/98, "Comune di Cagliari" offenstehen, die Leistung durch befugte Dritte erbringen zu lassen, sofern er deren Leistungsbereitschaft und Zuverlässigkeit nachweisen könne. Die vom Auftraggeber getroffene Festlegung sei gemeinschaftsrechtswidrig und sei daher die Ausschreibung schon aus diesem Grund zu widerrufen. Zudem bewirke diese Festlegung eine gemeinschaftsrechtswidrige

Diskriminierung von Unternehmen anderer EU-Mitgliedstaaten. Für ein ausländisches Unternehmen sei es nämlich im allgemeinen schwieriger als Konsortialpartner an einer Ausschreibung teilzunehmen als bloß als Subauftragnehmer tätig zu werden. Dass sich an der Ausschreibung auch tatsächlich nur deutschsprachige Unternehmen beteiligt hätten, sei als Indiz für die diskriminierende Auswirkung der vom Auftraggeber festgelegten Bestimmung anzusehen. Überdies sei das vom Auftraggeber verwendete Bewertungsschema nicht transparent gewesen. Obwohl das Vergabeverfahren in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig sei, beabsichtigte der Auftraggeber den Zuschlag an das Bieterkonsortium B*** zu erteilen. Rechtens wäre er jedoch verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen. Die Erstantragstellerin sei ein Unternehmen der Computerbranche, dem es zusammen mit anderen Unternehmen möglich wäre, den gegenständlichen Auftrag auszuführen. Sie komme daher als Auftragnehmerin in Betracht, weshalb sie einen Rechtsanspruch auf Durchführung einer gesetzeskonformen Ausschreibung durch den Auftragnehmer habe.

Die Zweit- bis Siebentantragsteller stellten das im Spruch ersichtliche Begehren mit Eingabe vom 29. März 2001, die gemäß § 13 Abs. 8 AVG als am 30. März 2001 eingelangt gilt und verbanden dieses Begehren mit weiteren Eventualanträgen sowie mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren verboten wird. Zur Begründung behaupteten die Zweit- bis Siebentantragsteller imDie Zweit- bis Siebentantragsteller stellten das im Spruch ersichtliche Begehren mit Eingabe vom 29. März 2001, die gemäß Paragraph 13, Absatz 8, AVG als am 30. März 2001 eingelangt gilt und verbanden dieses Begehren mit weiteren Eventualanträgen sowie mit dem

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren verboten wird. Zur Begründung behaupteten die Zweit- bis Siebentantragsteller im

wesentlichen eine Verletzung des § 55 Abs. 2 BVergG durch den Auftraggeber und erstatteten zur Frage der Antragslegitimation im wesentlichen Ausführungen, die mit denen im Schriftsatz der Erstantragstellerin übereinstimmen. wesentlichen eine Verletzung des Paragraph 55, Absatz 2, BVergG durch den Auftraggeber und erstatteten zur Frage der Antragslegitimation im wesentlichen Ausführungen, die mit denen im Schriftsatz der Erstantragstellerin übereinstimmen.

Mit Schriftsätzen vom 1. April 2001 (N-43/01-8) bzw. vom 2. April 2001 (N-46/01-5) nahm der Auftraggeber zu den beiden Anträgen - inhaltlich gleichlautend - im wesentlichen wie folgt Stellung:

Die Anträge seien als verspätet und unzulässig bzw. bloß in Verzögerungsabsicht eingebracht anzusehen, die von den Antragstellern gerügten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung seien diesen bereits seit längerem bekannt gewesen, der Umstand dass drei von vier Angeboten aus dem Vergabeverfahren - nach Rechtsmeinung des BVA - auszuscheiden gewesen wären, weil der selbe Kartenlieferant an diesen drei Bietergemeinschaften beteiligt war, sei den Antragstellern selbst zuzuschreiben. Zudem sei die Antragslegitimation der Antragsteller nicht gegeben. Dies habe das Bundesvergabeamt nämlich bereits mit rechtskräftigem Bescheid vom 19. März 2001 festgestellt. Auch könne den Antragstellern aus der von ihnen angefochtenen Entscheidung, die im übrigen gar nicht vorliege, kein Schaden drohen, da sie für den Zuschlag ohnehin nicht in Betracht kämen. Der Antrag der Erstantragstellerin sei auch deswegen unzulässig, weil Antragslegitimation nur der Bietergemeinschaft als solches zukomme, nicht aber einem einzelnen Mitglied der Bietergemeinschaft. Im weiteren bestritt der Auftraggeber die von den Antragstellern behaupteten Widerrufsgründe und führte insbesondere zur behaupteten Rechtswidrigkeit des Verbotes der Subvergaben aus, dass das Bundesvergabeamt in seiner Bescheidbegründung vom 19. März 2001 diese Bestimmung als rechtlich zulässig angesehen habe und dort ausgeführt habe, dass der Auftraggeber nur dann zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet gewesen wäre, wenn diese Bestimmung dazu geführt hätte, dass mangels

ausreichender Anzahl von Angeboten kein echter Wettbewerb möglich gewesen wäre. Das Ermittlungsverfahren des BVA habe jedoch ergeben, dass es europaweit mehrere Chipkartenlieferanten gebe, weshalb echter Wettbewerb auch mit dieser in der Ausschreibung enthaltenen Bestimmung betreffend das Verbot von Subvergaben, möglich gewesen wäre. Die Behauptung, dass es einem Bieter in jedem Falle offen stehen müsse, alle Leistungen durch befugte Dritte erbringen zu lassen, sofern er deren Leistungsbereitschaft und Zuverlässigkeit nachweisen könne, ergebe sich auch nicht aus der von der Erstantragstellerin zitierten EuGH-Entscheidung. Vielmehr ergebe sich aus dem System des Vergaberechts, insbesondere dem § 31 BVergG, dass es sehr wohl zulässig sei, die Erbringung von Kernleistungen durch ein Mitglied der Bietergemeinschaft zu verlangen. Aus der zitierten EuGH-Entscheidung ergebe sich lediglich, dass die fachliche Befähigung zur Leistungserbringung bei neu gegründeten Unternehmen auch anders als durch Referenzprojekte ausreichender Anzahl von Angeboten kein echter Wettbewerb möglich gewesen wäre. Das Ermittlungsverfahren des BVA habe jedoch ergeben, dass es europaweit mehrere Chipkartenlieferanten gebe, weshalb echter Wettbewerb auch mit dieser in der Ausschreibung enthaltenen Bestimmung betreffend das Verbot von Subvergaben, möglich gewesen wäre. Die Behauptung, dass es einem Bieter in jedem Falle offen stehen müsse, alle Leistungen durch befugte Dritte erbringen zu lassen, sofern er deren Leistungsbereitschaft und Zuverlässigkeit nachweisen könne, ergebe sich auch nicht aus der von der Erstantragstellerin zitierten EuGH-Entscheidung. Vielmehr ergebe sich aus dem System des Vergaberechts, insbesondere dem Paragraph 31, BVergG, dass es sehr wohl zulässig sei, die Erbringung von Kernleistungen durch ein Mitglied der Bietergemeinschaft zu verlangen. Aus der zitierten EuGH-Entscheidung ergebe sich lediglich, dass die fachliche Befähigung zur Leistungserbringung bei neu gegründeten Unternehmen auch anders als durch Referenzprojekte

nachgewiesen werden könne. Aus dieser Entscheidung ergebe sich jedoch in keiner Weise, dass eine 100 %ige Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer vom Auftraggeber jedenfalls akzeptiert werden müsse. Diese Argumentation würde nämlich jede vergaberechtliche Überprüfung eines Bewerbers auf seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit obsolet machen. Auf diese Weise könnte jeder Bewerber sich über eigene Unzulänglichkeiten hinweghelfen, indem er entsprechend potente Subunternehmer namhaft mache. Ziel des Vergaberechts sei es jedoch nicht, jedem beliebigen Unternehmen den Zugang zu jedem beliebigen Markt zu eröffnen, sondern den Wettbewerb zwischen leistungsfähigen und befugten Unternehmen zu sichern und dem öffentlichen

Auftraggeber die Auffindung der optimalen am Markt verfügbaren Lösung zu sichern. Der Auftraggeber könne daher fordern, dass projektkritische Leistungsteile - wie im gegenständlichen Fall die Lieferung und das Management der Karte - vom Bieter selbst, bzw. von einem Konsortialmitglied, welches auch persönlich für das Gelingen des Gesamtprojektes haftet, erbracht werden. Die behauptete gemeinschaftsrechtswidrige Diskriminierung sei nicht gegeben bzw. würden die diesbezüglichen Argumente der Erstantragstellerin bereits durch die Tatsache widerlegt, dass das erfolgreiche Angebot von einem deutschen Chipkartenlieferant abgegeben worden sei. In jeder im Vergabeverfahren aufgetretenen Bietergemeinschaft einschließlich jener, in der die Erstantragstellerin vertreten war, seien sowohl österreichische als auch Unternehmen aus dem EU-Raum oder zumindest Tochtergesellschaften internationaler Konzerne vertreten gewesen. Die behaupteten Schwierigkeiten, sich als Bieter und nicht als bloßer Subauftragnehmer zu beteiligen, bestünden nicht, vielmehr sei der hauptsächliche Unterschied zwischen beiden Positionen, dass die Bieter für den Gesamterfolg des Unternehmens persönlich zur ungeteilten Hand haften würden, was bei einem Subunternehmer nicht der Fall sei. Die Behauptung der Erstantragstellerin, ohne das Verbot der Subvergabe wäre es ihr möglich gewesen, andere Chipkartenlieferanten als Sublieferanten zu gewinnen und auf diese Weise ein anderes Angebot zu legen und unter Umständen Bestbieter zu werden, sei unzutreffend. An der Konsortialgemeinschaft "A****", in der die Erstantragstellerin an der Vergabe teilgenommen habe, sei beispielsweise eine der größten deutschen Chipkartenhersteller beteiligt gewesen. Dieser hätte über zumindest ausreichende wenn nicht sogar überlegene Referenzen verfügt, und bereits im ersten Verfahrensabschnitt zur positiven Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft "A****" geführt.

Mit weiterem Schriftsatz von 6. April 2001 (N-43/01-13) erstattete der Auftraggeber über entsprechende Aufforderung der Behörde ergänzendes Vorbringen zu seinen Beweggründen für das in Pkt. 1.8 der Ausschreibungsbedingungen enthaltene Verbot von Subvergaben. Der Auftraggeber führte im

wesentlichen aus, dass er bei der Formulierung der Bestimmung darauf gezielt habe, eine zuverlässige Ausführung des Projektes zu garantieren, ohne den Freiraum allfälliger Bieter unnötig einzuschränken. Es sei ausführlich überlegt worden, welche Bestandteile des Auftrages von so herausragender Wichtigkeit für das Gesamtsystem seien, dass ein Fehler bei deren Ausführung den Erfolg des Gesamtprojektes gefährden würden. Schlüsselfunktionen wie die Lieferung und das Management des Lebenszyklus der Karte sowie die weiteren in Pkt. 1.8 der Ausschreibung angeführten Leistungen müssten jedenfalls von einem Bieter erbracht werden, weil nur dieser direkter Vertragspartner sei und bei allenfalls drohender Vertragsverletzung, wesentlich besser zur Leistung angehalten werden könne, als ein Subunternehmer, welcher nur über den Umweg der Druckausübung auf den Bieter zu korrekter Leistung angehalten werden könne. Ein Subauftragnehmer werde bei einem Misserfolg in der Projektentwicklung angesichts eines möglicherweise kleinen Anteils am Gesamtumfang auch leichter diese Entwicklung des Projekts aufgeben und den gegenständlichen Auftrag "abschreiben", was in der IT-Branche ebenfalls sehr oft vorkomme. Ein persönlich für den Gesamterfolg haftender Bieter werde mehr Energien in die umgehende Behebung eines systemgefährdenden Fehlers investieren als ein Subunternehmer. Auch sei zu bedenken, dass der Name des Bieters in der Öffentlichkeit mit dem Projekt verknüpft werde, während ein bloßer Subunternehmer anonym bleiben könne. Für die Frage, welcher Leistungsteil vom Bieter selbst erbracht werden müsse, sei es auch nicht relevant, ob es sich um den Leistungsteil, bei dem Subvergaben ausgeschlossen seien, um standardisierte oder nicht standardisierte Leistungen handle. Auch bei ersteren könnten schwierig zu behebbende Fehler auftreten. Der vom Verbot der Subvergabe betroffene Leistungsteil betreffe Kernfunktionen des ausgeschriebenen Systems, dieses Eignungskriterium sei damit auch keinesfalls unangemessen.

Mit ha. Bescheid vom 5. April 2001, Zl. N-43/01-10, N-46/01-7,

sprach das Bundesvergabeamt aus, dass es sich bei den gestellten Anträgen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen um Ansprüche handelt, über die mittels Teilbescheid im Sinne des § 59 Abs. 1 dritter Satz AVG entschieden werden kann und sprach über die gestellten Anträge insoweit ab, als dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis 20. April 2001 untersagt wurde. Die Entscheidung über die verbleibenden Teile der gestellten Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen wurde einer gesonderten Erledigung vorbehalten, die erst nach Durchführung eines kontradiktorischen Ermittlungsverfahrens betreffend die Frage des Überwiegens der durch die beantragte einstweilige Verfügung verursachten nachteiligen Folgen ergehen sollte. sprach das Bundesvergabeamt aus, dass es sich bei den gestellten Anträgen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen um Ansprüche handelt, über die mittels Teilbescheid im Sinne des Paragraph 59, Absatz eins, dritter Satz AVG entschieden werden kann und sprach über die gestellten

Anträge insoweit ab, als dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis 20. April 2001 untersagt wurde. Die Entscheidung über die verbleibenden Teile der gestellten Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen wurde einer gesonderten Erledigung vorbehalten, die erst nach Durchführung eines kontradiktorischen Ermittlungsverfahrens betreffend die Frage des Überwiegens der durch die beantragte einstweilige Verfügung verursachten nachteiligen Folgen ergehen sollte.

Nach der Erlassung des EV-Bescheids erstatteten die Antragsteller und der Auftraggeber noch weiteres Vorbringen, dessen Inhalt im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidungserheblich ist. Ferner erstatteten Mitglieder der für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft B*** (in der Folge: mitbeteiligte Parteien mPar) in der mündlichen Verhandlung vom 18.4.2001 Vorbringen, aus dessen gesamten Inhalt hervorgeht, dass die Zurück- bzw. Abweisung der Anträge begehrt wird, wobei im wesentlichen mit den Ausführungen des Auftraggebers gleichlautende Begründungen erstattet wurden. Unter anderem wendeten die mPen, dass es unzulässig sei, allfällige ehler der Ausschreibung zur Begründung einer Widerrufspflicht heranzuziehen. Weiters brachten die mPar vor, dass sie selbst keine Schwierigkeiten mit dem Verbot der Subvergabe gehabt hätten.

Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens (insbesondere auf Grund der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der mündlichen Verhandlung vom 18. April 2001) wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat am 21.9.1999 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft die beabsichtigte Durchführung eines zweistufigen Vergabeverfahrens zur Vergabe des Auftrages zur Konzeption, Planung und Aufbau eines Chipkarten gestützten EDV-Systems, einschließlich der österreichweiten Lieferung, Initialisierung, Personalisierung, Verteilung und Entsorgung der Karten, Lieferung, Installation und flächendeckende 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 bekannt gemacht. In dieser Bekanntmachung wurde der Leistungsgegenstand einerseits den CPV-Kategorien "Datenverarbeitungsgeräte und Einrichtungen", "Installation von Computern und anderen datenverarbeitenden Geräten" und andererseits den CPV-Kategorien "Software-Beratung und andere Software-Dienste", "Planung von Informationssystemen (IS) oder -technologie (IT)", "Dienstleistungen der Datenverarbeitungsdienste" sowie "andere Dienstleistungen" zugeordnet (vgl. A1 der Vergabeunterlagen). Der Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. ATS 900 Millionen geschätzt. Der Auftraggeber hat am 21.9.1999 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft die beabsichtigte Durchführung eines zweistufigen Vergabeverfahrens zur Vergabe des Auftrages zur Konzeption, Planung und Aufbau eines Chipkarten gestützten EDV-Systems, einschließlich der österreichweiten Lieferung, Initialisierung, Personalisierung, Verteilung und Entsorgung der Karten, Lieferung, Installation und flächendeckende 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 bekannt gemacht. In dieser Bekanntmachung wurde der Leistungsgegenstand einerseits den CPV-Kategorien "Datenverarbeitungsgeräte und Einrichtungen", "Installation von Computern und anderen datenverarbeitenden Geräten" und andererseits den CPV-Kategorien "Software-Beratung und andere Software-Dienste", "Planung von Informationssystemen (IS) oder -technologie (IT)", "Dienstleistungen der Datenverarbeitungsdienste" sowie "andere Dienstleistungen" zugeordnet (vergleiche A1 der Vergabeunterlagen). Der Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. ATS 900 Millionen geschätzt.

An der ersten Stufe des Verfahrens beteiligten sich sechs Bewerbergemeinschaften, nachdem 57 Unternehmer Bewerbungsunterlagen angefordert hatten, von denen tatsächlich nur mehr 11 an Bewerbungen beteiligt waren (A2 der Unterlagen). An einer ("A****") von diesen war die Erstantragstellerin zusammen mit vier anderen Unternehmen, hievon eines die CB***, beteiligt. Eine weitere Bewerbergemeinschaft wurde von den nunmehrigen Zweit- bis Siebentantragstellern gebildet. Ferner war die CB*** an einer weiteren Bewerbergemeinschaft, bestehend aus ihr und der CA*** AG Österreich wie CC***, beteiligt. Am 22. Februar 2000 beschloss der "Chipkartenausschuss" des Auftraggebers fünf Bewerbergemeinschaften zur Angebotslegung einzuladen und den sechsten Bewerber auszuscheiden (vgl. zu allem Ordner SE 1, Beilage 11b = Protokoll der Sitzung des Chipkarten-Ausschusses sowie den bezug habenden Bericht der Bewertungskommission = Beilage 11a). In Punkt 1.9 der Bewerbungsunterlage vom 21.9.1999 sowie in Punkt 1.8 der Ausschreibungsunterlage "Aufforderung zur Angebotslegung" vom 15.3.2000 war die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen wie folgt festgelegt: An der ersten Stufe des Verfahrens beteiligten sich sechs Bewerbergemeinschaften, nachdem 57 Unternehmer Bewerbungsunterlagen angefordert hatten, von denen

tatsächlich nur mehr 11 an Bewerbungen beteiligt waren (A2 der Unterlagen). An einer ("A****") von diesen war die Erstantragstellerin zusammen mit vier anderen Unternehmen, hievon eines die CB***, beteiligt. Eine weitere Bewerbungsgemeinschaft wurde von den nunmehrigen Zweit- bis Siebentantragstellern gebildet. Ferner war die CB*** an einer weiteren Bewerbungsgemeinschaft, bestehend aus ihr und der CA*** AG Österreich wie CC***, beteiligt. Am 22. Februar 2000 beschloss der "Chipkartenausschuss" des Auftraggebers fünf Bewerbungsgemeinschaften zur Angebotslegung einzuladen und den sechsten Bewerber auszuschneiden vergleiche zu allem Ordner SE 1, Beilage 11b = Protokoll der Sitzung des Chipkarten-Ausschusses sowie den bezug habenden Bericht der Bewertungskommission = Beilage 11a). In Punkt 1.9 der Bewerbungsunterlage vom 21.9.1999 sowie in Punkt 1.8 der Ausschreibungsunterlage "Aufforderung zur Angebotslegung" vom 15.3.2000 war die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen wie folgt festgelegt:

"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", (vgl. A1 und A2 der Vergabeunterlagen)."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", vergleiche A1 und A2 der Vergabeunterlagen).

Der Auftraggeber hatte diese Bestimmung ausschließlich als Eignungskriterium zur Gewährleistung der technisch fehlerfreien Leistungserbringung festgesetzt, weil durch die persönliche Haftung des Kartenlieferanten ein größerer Anreiz für eine fehlerfreie Leistungserbringung und effektivere Einflussmöglichkeiten des Auftraggebers bewirkt werden sollten (vgl. die Ausführungen im Schriftsatz vom 6. April 2001 sowie die Erwägungen in der Beweiswürdigung). Die Bewerbungsunterlage war Grundlage sämtlicher Bewerbungen für die erste Verfahrensstufe. Die Aufforderung zur Angebotslegung wurde sämtlichen zur Angebotsabgabe geladenen Bewerbungsgemeinschaften übermittelt. Zumindest hinsichtlich der Erstantragstellerin sowie hinsichtlich der Zweit- bis Siebentantragsteller ist davon auszugehen, dass diese ohne diese Bestimmung in der Ausschreibung bzw. der Bewerbungsunterlage versucht hätten, andere Unternehmen als die CB*** als Subauftragnehmer bzw. die CB*** fehlerfreie Leistungserbringung festgesetzt, weil durch die persönliche Haftung des Kartenlieferanten ein größerer Anreiz für eine fehlerfreie Leistungserbringung und effektivere Einflussmöglichkeiten des Auftraggebers bewirkt werden sollten vergleiche die Ausführungen im Schriftsatz vom 6. April 2001 sowie die Erwägungen in der Beweiswürdigung). Die Bewerbungsunterlage war Grundlage sämtlicher Bewerbungen für die erste Verfahrensstufe. Die Aufforderung zur Angebotslegung wurde sämtlichen zur Angebotsabgabe geladenen Bewerbungsgemeinschaften übermittelt. Zumindest hinsichtlich der Erstantragstellerin sowie hinsichtlich der Zweit- bis Siebentantragsteller ist davon auszugehen, dass diese ohne diese Bestimmung in der Ausschreibung bzw. der Bewerbungsunterlage versucht hätten, andere Unternehmen als die CB*** als Subauftragnehmer bzw. die CB***

selbst als Subauftragnehmer und nicht als Mitbieter zu gewinnen (vgl. Verhandlungsschrift und Erwägungen zur Beweiswürdigung).selbst als Subauftragnehmer und nicht als Mitbieter zu gewinnen vergleiche Verhandlungsschrift und Erwägungen zur Beweiswürdigung).

Vier der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerbungsgemeinschaften erstatteten jeweils als Bietergemeinschaften ein Angebot. An dreien dieser Bietergemeinschaften war jeweils die CB***

Gesellschaft m.b.H. beteiligt

und oblag diesem Bieter jeweils die Erbringung des Leistungsteiles "Lieferung der Karte". An einer dieser Bietergemeinschaften ("A****") war die nunmehrige Erstantragstellerin als Konsortialführerin beteiligt. Eine weitere Bietergemeinschaft wurde von den nunmehrigen Zweitbis Siebentantragstellern gebildet, eine dritte Bietergemeinschaft wurde von den Firmen B*** gebildet (vgl. Unterlagen des Vergabeverfahrens).und oblag diesem Bieter jeweils die Erbringung des Leistungsteiles "Lieferung der Karte". An einer dieser Bietergemeinschaften ("A****")

war die nunmehrige Erstantragstellerin als Konsortialführerin beteiligt. Eine weitere Bietergemeinschaft wurde von den nunmehrigen Zweit- bis Siebentantragstellern gebildet, eine dritte Bietergemeinschaft wurde von den Firmen B*** gebildet (vergleiche Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Mit Schreiben vom 18.12.2000 wurde drei Bietergemeinschaften mitgeteilt, dass der Auftraggeber beabsichtige, den Zuschlag der vierten Bietergemeinschaft, der Bietergemeinschaft B*** mit 20.1.2001 zu erteilen. Die nicht für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Bietergemeinschaften ersuchten sodann die Bundes-Vergabekontrollkommission um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Die Bundes-Vergabekontrollkommission lehnte in einem Fall die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ab und versuchte in den beiden anderen Fällen eine gütliche Einigung zu erzielen, eine solche gütliche Einigung konnte jedoch nicht erreicht werden. Alle drei nicht für die Zuschlagserteilung

vorgesehenen Bietergemeinschaften brachten daraufhin Nachprüfungsanträge beim Bundesvergabeamt ein. Im Nachprüfungsantrag vom 15.1.2000 der Mitglieder jener Bietergemeinschaft, an der die nunmehrige Erstantragstellerin als Konsortialführerin beteiligt war, wurde die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, den Zuschlag betreffend die gegenständliche Ausschreibung an die Bietergemeinschaft B*** zu erteilen, beantragt, in eventu wurde beantragt, dem Auftraggeber aufzutragen, die Ausschreibung zu widerrufen. Im Nachprüfungsantrag vom 26.1.2001 der nunmehrigen Zweit- bis Siebentantragsteller wurde die Nichtigerklärung einer Vielzahl von Bestimmungen der Ausschreibung sowie einiger Entscheidungen des Auftraggebers im Zuge der Bewertung der Angebote bzw. der Durchführung des Vergabeverfahrens beantragt sowie auch die Nichtigerklärung der Entscheidung, den Zuschlag an die Bietergemeinschaft B*** zu erteilen sowie die Nichtigerklärung der Entscheidung, ein Verhandlungsverfahren überhaupt durchzuführen. Weiters wurde beantragt, dem Auftraggeber aufzutragen, die Durchführung des Vergabeverfahrens in denjenigen Status zurückzusetzen, damit die näher beschriebenen angefochtenen Entscheidungen rechtmäßig getroffen werden können und ab diesem Status das Vergabeverfahren neu durchzuführen. In eventu wurde die Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventu die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung beantragt.

Mit Bescheid vom 19. März 2001 wies das Bundesvergabeamt sämtliche Anträge mangels Antragslegitimation zurück und führte begründend aus, dass die Angebote der Antragsteller vom Auftraggeber gemäß § 52 Abs. 1 auszuschneiden gewesen wären, weil die CB*** an allen drei (nunmehr antragstellenden) Bietergemeinschaften beteiligt war und der dadurch ermöglichte Informationsaustausch sowie die durch die dreifache Beteiligung zwingend verursachten Verhandlungen über die Gestaltung der Angebote als gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden zwischen Bietern anzusehen seien. Mit Bescheid vom 19. März 2001 wies das Bundesvergabeamt sämtliche Anträge mangels Antragslegitimation zurück und führte begründend aus, dass die Angebote der Antragsteller vom Auftraggeber gemäß Paragraph 52, Absatz eins, auszuschneiden gewesen wären, weil die CB*** an allen drei (nunmehr antragstellenden) Bietergemeinschaften beteiligt war und der dadurch ermöglichte Informationsaustausch sowie die durch die dreifache Beteiligung zwingend verursachten Verhandlungen über die Gestaltung der Angebote als gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden zwischen Bietern anzusehen seien.

Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel. Gegen Echtheit und Richtigkeit der bezogenen Urkunden sind von den Parteien keine Bedenken vorgetragen worden und sind solche Bedenken auch nicht beim Senat entstanden. Ferner waren folgende Erwägungen für die Beweiswürdigung maßgebend:

Betreffend die Feststellung, dass der Auftraggeber die Bestimmung 1.8 der Bewerbungsunterlage bzw. 1.9 der Angebotsunterlage ausschließlich zur Gewährleistung der technischen Leistungsfähigkeit aufgestellt hat: Diese Feststellung gründet sich auf die Ausführungen im Schriftsatz des Auftraggebers, wo stets von der Gewährleistung einer möglichst fehlerfreien Leistungsabwicklung sowie den dazu notwendigen rechtlichen Mechanismen die Rede war, sowie auf die Aussage der Vertreterin des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung, wonach ausschließlich nur die im erwähnten Schriftsatz vorgetragenen Gründe für die Festlegung dieser Ausschreibungsbestimmung maßgebend waren.

Betreffend die Feststellung, dass die nunmehrigen

Antragsteller ohne die Bestimmung 1.9 der Bewerbungsunterlage bzw. 1.8 der Ausschreibungsunterlage versucht hätten, für den Leistungsteil "Lieferung der Karte" einen Subauftragnehmer zu gewinnen: Erstes Indiz für die Relevanz dieser Ausschreibungsbestimmung für die Gestaltung der Angebote ist der Umstand, dass tatsächlich ein und die selbe

Kartenlieferfirma an drei von vier Bietergemeinschaften beteiligt war. Entscheidend für diese Feststellung sind jedoch die Angaben der Erstantragstellerin in der mündlichen Verhandlung, die konkrete Unternehmen namhaft gemacht hat, die sie im Falle der Möglichkeit einer Subvergabe herangezogen hätte. Die Behörde hatte keine Anhaltspunkte diese Angaben zu bezweifeln und konnte der Auftraggeber selbst diese Angaben auch nicht widerlegen. Soweit der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 1. April 2001 ausführt, dass an der Bietergemeinschaft, an der die nunmehrige Erstantragstellerin beteiligt war, neben der CB*** noch ein großer

deutscher Chipkartenhersteller beteiligt war und damit offensichtlich zum Ausdruck bringen möchte, dass die im Ergebnis vergaberechtlich schädliche Beteiligung der CB*** an der Bietergemeinschaft der nunmehrigen Erstantragstellerin gar nicht erforderlich gewesen wäre, verkennt er, dass dies nichts über die Möglichkeiten der Erstantragstellerin aussagt, bei anderen Ausschreibungsbestimmungen andere rechtliche Konstruktionen für die Erbringung der Leistung "Lieferung der Karte" zu erarbeiten und dementsprechend ein anders gestaltetes Angebot zu legen. Es geht eben nicht darum, dass der Bieter gezwungen gewesen wäre, auf Subunternehmer auszuweichen, um die erforderliche Leistungsfähigkeit zu gewährleisten, sondern um die Frage, ob ihm diese Möglichkeit - unabhängig davon, ob sie für ihn unbedingt erforderlich war oder nicht - genommen wurde.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zu Spruchpunkt 1:

I. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und zur Zulässigkeit der Anträge römisch eins. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und zur Zulässigkeit der Anträge:

Der Auftraggeber ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 BVergG. Der von ihm geschätzte Auftragswert Der Auftraggeber ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG. Der von ihm geschätzte Auftragswert

überschreitet mit ATS 905 Millionen jedenfalls die

gesetzlichen Schwellenwerte, wobei es im vorliegenden Fall dahinstehen kann, ob - wovon der Auftraggeber offensichtlich ausgegangen ist - das Beschaffungsvorhaben als Dienstleistungsauftrag gemäß § 3 BVergG oder aber als Lieferauftrag gemäß § 1 BVergG anzusehen ist. Diese auf Grund von § 4 BVergG zu lösende Frage war im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich und waren diesbezügliche Sachverhaltsfeststellungen daher auch entbehrlich. In beiden Fällen würde nämlich der jeweils normierte gesetzliche Schwellenwert gemäß § 7 Abs. 1 BVergG für Dienstleistungsaufträge und gemäß § 5 Abs. 2 BVergG für Lieferaufträge in der Höhe von jeweils EURO 200.000 (= ATS 2,752.060,--) bei weitem überschritten. Der Auftrag fällt daher jedenfalls in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes und ist die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung - nach Auskunft des Auftraggebers wurde der Zuschlag noch nicht erteilt - gegeben. gesetzlichen Schwellenwerte, wobei es im vorliegenden Fall dahinstehen kann, ob - wovon der Auftraggeber offensichtlich ausgegangen ist - das Beschaffungsvorhaben als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 3, BVergG oder aber als Lieferauftrag gemäß Paragraph eins, BVergG anzusehen ist. Diese auf Grund von Paragraph 4, BVergG zu lösende Frage war im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich und waren diesbezügliche Sachverhaltsfeststellungen daher auch entbehrlich. In beiden Fällen würde nämlich der jeweils normierte gesetzliche Schwellenwert gemäß Paragraph 7, Absatz eins, BVergG für Dienstleistungsaufträge und gemäß Paragraph 5, Absatz 2, BVergG für Lieferaufträge in der Höhe von jeweils EURO 200.000 (= ATS 2,752.060,--) bei weitem überschritten. Der Auftrag fällt daher jedenfalls in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes und ist die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung - nach Auskunft des Auftraggebers wurde der Zuschlag noch nicht erteilt - gegeben.

Auch zur inhaltlichen Beurteilung der Anträge war eine Entscheidung darüber, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder um einen Lieferauftrag handelt, nicht erforderlich. Die für den vorliegenden Fall relevanten Gesetzesbestimmungen sind nämlich für beide Arten von öffentlichen Aufträgen ident. Im Interesse der Verfahrensökonomie sei jedoch angemerkt, dass im Falle einer neuerlichen Durchführung des Vergabeverfahrens der Auftraggeber schon zur Entscheidung, ob überhaupt ein Verhandlungsverfahren gewählt werden darf, ermitteln wird müssen, ob der Lieferanteil oder der Dienstleistungsanteil des Vorhabens überwiegt.

Soweit der Auftraggeber die mangelnde Antragslegitimation der Antragsteller unter Bezugnahme auf die ha.

Entscheidung vom 19. März 2001 geltend macht, verkennt er, dass die im Verfahren N-12/01 ua. ergangene Entscheidung über die mangelnde Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der beabsichtigten Zuschlagserteilung nicht auf die vorliegenden Anträge übertragen werden kann. Gemäß § 115 Abs. 1 BVergG kann nämlich ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Folglich hängt die Antragslegitimation davon ab, welche rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers nachgeprüft werden soll und ob bei Setzung des rechtmäßigen Verhaltens durch den Auftraggeber weiterhin ein Schaden für den Antragsteller droht oder dieser entfällt. Als Schaden im Sinne dieser Bestimmung ist hierbei der Verlust der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, anzusehen. Wird jedoch die Rechtswidrigkeit der Entscheidung, den Auftrag nicht zu widerrufen, behauptet, kommt es diesbezüglich nicht auf die Möglichkeit der Zuschlagserteilung im konkreten Vergabeverfahren an, sondern vielmehr darauf, ob der Antragsteller im Falle eines auf den Widerruf hin zu erwartenden neuerlichen Vergabeverfahrens die Möglichkeit hätte, in diesem nachfolgenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen. Eine andere Sichtweise würde nämlich entgegen der Rechtsprechung des Bundesvergabeamts (vgl. BVA vom 15.7.1999, N-48/99-14, N-51/99-8 = CONNEX 2/2000, 32 f) unterstellen, dass die Bieter kein subjektives Recht auf Durchsetzung eines gesetzlich gebotenen Widerrufs hätten. In einem solchen Falle kann nämlich denkmöglicherweise ein drohender Schaden - der durch die allfällige Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung abgewendet werden soll - nur im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages im Folgeverfahren bestehen. Wird daher wie im vorliegenden Fall behauptet, dass ein zwingender Widerrufsgrund vorliegt, bestünde bei Zutreffen dieser Behauptung die Verpflichtung des Auftraggebers zum Widerruf und hätten jene Bieter, die an sich für die Auftragsvergabe in Betracht kommen, in der Folge die Möglichkeit sich neuerlich um den Auftrag zu bewerben und allenfalls den Zuschlag zu erhalten. Folglich droht einem Unternehmer, der in einem nachfolgenden Verfahren für die Zuschlagserteilung in Betracht käme, durch das Unterlassen des Widerrufs ein Schaden und ist er deshalb zur Nachprüfung dieser Entscheidung antragslegitimiert. Sohin ist die Antragslegitimation der Antragsteller im gegenständlichen Verfahren, in dem sie die Nichtigerklärung der Entscheidung nicht zu widerrufen, beantragen, anders zu beurteilen als in dem Verfahren zu N-12/01, in dem die Nichtigerklärung der vorgesehenen Zuschlagserteilung an einen anderen Mitbieter beantragt worden war. Soweit der Auftraggeber die mangelnde Antragslegitimation der Antragsteller unter Bezugnahme auf die ha. Entscheidung vom 19. März 2001 geltend macht, verkennt er, dass die im Verfahren N-12/01 ua. ergangene Entscheidung über die mangelnde Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der beabsichtigten Zuschlagserteilung nicht auf die vorliegenden Anträge übertragen werden kann. Gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVergG kann nämlich ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Folglich hängt die Antragslegitimation davon ab, welche rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers nachgeprüft werden soll und ob bei Setzung des rechtmäßigen Verhaltens durch den Auftraggeber weiterhin ein Schaden für den Antragsteller droht oder dieser entfällt. Als Schaden im Sinne dieser Bestimmung ist hierbei der Verlust der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, anzusehen. Wird jedoch die Rechtswidrigkeit der Entscheidung, den Auftrag nicht zu widerrufen, behauptet, kommt es diesbezüglich nicht auf die Möglichkeit der Zuschlagserteilung im konkreten Vergabeverfahren an, sondern vielmehr darauf, ob der Antragsteller im Falle eines auf den Widerruf hin zu erwartenden neuerlichen Vergabeverfahrens die Möglichkeit hätte, in diesem nachfolgenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen. Eine andere Sichtweise würde nämlich entgegen der Rechtsprechung des Bundesvergabeamts vergleiche BVA vom 15.7.1999, N-48/99-14, N-51/99-8 = CONNEX 2 aus 2000,, 32 f) unterstellen, dass die Bieter kein subjektives Recht auf Durchsetzung eines gesetzlich gebotenen Widerrufs hätten. In einem solchen Falle kann nämlich denkmöglicherweise ein drohender Schaden - der durch die allfällige Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung abgewendet werden soll - nur im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages im Folgeverfahren bestehen. Wird daher wie im vorliegenden Fall behauptet, dass ein zwingender Widerrufsgrund vorliegt, bestünde bei Zutreffen dieser Behauptung die Verpflichtung des Auftraggebers zum Widerruf und hätten jene Bieter, die an sich für die Auftragsvergabe in Betracht kommen, in der Folge die Möglichkeit sich neuerlich um den Auftrag zu bewerben und allenfalls den Zuschlag zu erhalten. Folglich droht einem Unternehmer, der in einem nachfolgenden Verfahren für die Zuschlagserteilung in Betracht käme, durch das Unterlassen des Widerrufs ein Schaden und ist er deshalb zur Nachprüfung dieser

Entscheidung antragslegitimiert. Sohin ist die Antragslegitimation der Antragsteller im gegenständlichen Verfahren, in dem sie die Nichtigerklärung der Entscheidung nicht zu widerrufen, beantragen, anders zu beurteilen als in dem Verfahren zu N-12/01, in dem die Nichtigerklärung der vorgesehenen Zuschlagserteilung an einen anderen Mitbieter beantragt worden war.

Soweit der Auftraggeber behauptet, dass die Erstantragstellerin schon mangels Interesse am Vertragsabschluss nicht geschädigt sein könne, da sie nicht allein in der Lage sei, den Auftrag auszuführen, verkennt er, dass die Erstantragstellerin sich auch im Falle einer neuerlichen Ausschreibung mit anderen Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen könnte und auf diese Weise gemeinsam mit anderen Vertragspartner werden könnte, so dass ihr Interesse am Vertragsabschluss nicht abgesprochen werden kann. Dass die Antragsteller im Falle eines neuerlichen Vergabeverfahrens von vorneherein nicht als Bieter/Mitglieder einer Bietergemeinschaft für den Zuschlag aus bestimmten Gründen in Betracht kommen könnten, hat das Ermittlungsverfahren nicht ergeben und wurde vom Auftraggeber auch nicht behauptet.

Der Hinweis, die Antragstellerin habe am alten

Vergabeverfahren nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft teilgenommen und könne nunmehr auch ohne die anderen Mitglieder dieser Gemeinschaft keinen Nachprüfungsantrag stellen, findet keine Grundlage im Gesetz. Gemäß § 115 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer einen Antrag auf Nachprüfung einer Auftraggeberentscheidung stellen. Ein Unternehmer ist aber gemäß § 15 Z 5 BVergG eine natürliche oder juristische Person, handelsrechtliche Personengesellschaft, eingetragene Erwerbsgesellschaft oder Arbeitsgemeinschaft. Die Bietergemeinschaft, der keine Rechtsfähigkeit zukommt, ist daher schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht antragslegitimiert. Auch die hier zur Auslegung der Bestimmung des § 115 Abs. 1 BVergG heranzuziehende Rechtsmittelrichtlinie 89/440/EWG ordnet in ihrem Artikel I Abs. 3 an, dass das Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stehen hat, der ein Interesse an einem bestimmten Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, dass Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nur eine natürliche oder juristische Person sein kann, nicht aber die nicht rechtsfähige Bietergemeinschaft. Andererseits ergibt sich aus dieser Formulierung aber auch, dass diesen natürlichen oder juristischen Personen, die Interesse am Vertragsabschluss behaupten können und durch einen behaupteten Rechtsverstoß geschädigt werden könnten, das Nachprüfungsverfahren zur Verfügung zu stehen hat und bleibt diesbezüglich kein Raum für den innerstaatlichen Gesetzgeber, die Antragslegitimation von weiteren Umständen, wie etwa dem gemeinsamen Auftreten einer Bietergemeinschaft, abhängig zu machen. Der gegenteiligen Argumentation der früheren Rechtsprechung (vgl. BVA v. 21.6.1995, F-5/95) vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen, da diese aus den dargelegten Gründen in Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben steht. Auch ein einzelnes Mitglied einer Bietergemeinschaft ist daher legitimiert, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Dies gilt um so mehr für den vorliegenden Fall, in dem ja das Recht auf Widerruf einer rechtswidrigen Ausschreibung durchgesetzt werden soll, sodass die Frage der Gestaltung des Angebotes des Antragstellers in dem - nach den Behauptungen der Antragsteller zu widerrufenden Vergabeverfahren - ohnehin irrelevant ist. Vergabeverfahren nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft teilgenommen und könne nunmehr auch ohne die anderen Mitglieder dieser Gemeinschaft keinen Nachprüfungsantrag stellen, findet keine Grundlage im Gesetz. Gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer einen Antrag auf Nachprüfung einer Auftraggeberentscheidung stellen. Ein Unternehmer ist aber gemäß Paragraph 15, Ziffer 5, BVergG eine natürliche oder juristische Person, handelsrechtliche Personengesellschaft, eingetragene Erwerbsgesellschaft oder Arbeitsgemeinschaft. Die Bietergemeinschaft, der keine Rechtsfähigkeit zukommt, ist daher schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht antragslegitimiert. Auch die hier zur Auslegung der Bestimmung des Paragraph 115, Absatz eins, BVergG heranzuziehende Rechtsmittelrichtlinie 89/440/EWG ordnet in ihrem Artikel römisch eins Absatz 3, an, dass das Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stehen hat, der ein Interesse an einem bestimmten Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, dass Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nur eine natürliche oder juristische Person sein kann, nicht aber die nicht rechtsfähige Bietergemeinschaft. Andererseits ergibt sich aus dieser Formulierung aber auch, dass diesen natürlichen oder juristischen Personen, die Interesse am Vertragsabschluss behaupten können und durch einen behaupteten Rechtsverstoß geschädigt werden könnten, das Nachprüfungsverfahren zur Verfügung zu stehen hat und bleibt diesbezüglich kein Raum für den innerstaatlichen Gesetzgeber, die Antragslegitimation von weiteren Umständen, wie

etwa dem gemeinsamen Auftreten einer Bietergemeinschaft, abhängig zu machen. Der gegenteiligen Argumentation der früheren Rechtsprechung vergleiche BVA v. 21.6.1995, F-5/95) vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen, da diese aus den dargelegten Gründen in Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben steht. Auch ein einzelnes Mitglied einer Bietergemeinschaft ist daher legitimiert, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Dies gilt um so mehr für den vorliegenden Fall, in dem ja das Recht auf Widerruf einer rechtswidrigen Ausschreibung durchgesetzt werden soll, sodass die Frage der Gestaltung des Angebotes des Antragstellers in dem - nach den Behauptungen der Antragsteller zu widerrufenden Vergabeverfahren - ohnehin irrelevant ist.

Ebenso wenig finden die Hinweise des Auftraggebers wie auch der mitbeteiligten Parteien auf eine angebliche Verspätung der Antragsteller Grundlage im Gesetz. Das Bundesvergabegesetz kennt im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Nachprüfungsanträgen weder die vom Auftraggeber und den mitbeteiligten Parteien behaupteten Rügepflichten noch Fristen ab Kenntnis der später angefochtenen Auftraggeberentscheidung binnen derer der Nachprüfungsantrag gestellt werden müsste. Auch die Darlegung des Auftraggebers, die Antragsteller hätten ihr Recht auf Nachprüfung verwirkt, weil sie die von ihnen gerügte Situation selbst herbeigeführt hätten, vermag mangels irgendeiner gesetzlichen Grundlage die Unzulässigkeit der Anträge nicht darzutun. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers liegt auch die von den Antragstellern angefochtene Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, zweifellos vor. Der Auftraggeber hat zwar nicht ausdrücklich erklärt, die Ausschreibung nicht widerrufen zu wollen, doch kommen auch Unterlassungen des Auftraggebers als Willenserklärung, sohin als anfechtbare Entscheidung, in Betracht, wenn sich unter Beachtung aller Umstände des Vergabeverfahrens eindeutig ergibt, dass der Auftraggeber damit einen für das Vergabeverfahren relevanten Willen zum Ausdruck bringt (vgl. BVA vom 30.11.98, N-33/98 = wbl 1999, 199). Bereits durch die gegenüber den anderen Bietern erfolgte Bekanntgabe vom 18. Dezember 2000, der Bietergemeinschaft XXX/YYY den Zuschlag erteilen zu wollen, ergibt sich eindeutig, dass der Auftraggeber nicht die Absicht hat, die Ausschreibung zu widerrufen. Auch in seinem Schriftsatz vom 1. April 2001 hat der Auftraggeber wiederum ausgeführt, dass er beabsichtigt, den Zuschlag zu erteilen. In dieser Absicht liegt jedenfalls auch die Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen. Ebenso wenig finden die Hinweise des Auftraggebers wie auch der mitbeteiligten Parteien auf eine angebliche Verspätung der Antragsteller Grundlage im Gesetz. Das Bundesvergabegesetz kennt im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Nachprüfungsanträgen weder die vom Auftraggeber und den mitbeteiligten Parteien behaupteten Rügepflichten noch Fristen ab Kenntnis der später angefochtenen Auftraggeberentscheidung binnen derer der Nachprüfungsantrag gestellt werden müsste. Auch die Darlegung des Auftraggebers, die Antragsteller hätten ihr Recht auf Nachprüfung verwirkt, weil sie die von ihnen gerügte Situation selbst herbeigeführt hätten, vermag mangels irgendeiner gesetzlichen Grundlage die Unzulässigkeit der Anträge nicht darzutun. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers liegt auch die von den Antragstellern angefochtene Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, zweifellos vor. Der Auftraggeber hat zwar nicht ausdrücklich erklärt, die Ausschreibung nicht widerrufen zu wollen, doch kommen auch Unterlassungen des Auftraggebers als Willenserklärung, sohin als anfechtbare Entscheidung, in Betracht, wenn sich unter Beachtung aller Umstände des Vergabeverfahrens eindeutig ergibt, dass der Auftraggeber damit einen für das Vergabeverfahren relevanten Willen zum Ausdruck bringt vergleiche BVA vom 30.11.98, N-33/98 = wbl 1999, 199). Bereits durch die gegenüber den anderen Bietern erfolgte Bekanntgabe vom 18. Dezember 2000, der Bietergemeinschaft XXX/YYY den Zuschlag erteilen zu wollen, ergibt sich eindeutig, dass der Auftraggeber nicht die Absicht hat, die Ausschreibung zu widerrufen. Auch in seinem Schriftsatz vom 1. April 2001 hat der Auftraggeber wiederum ausgeführt, dass er beabsichtigt, den Zuschlag zu erteilen. In dieser Absicht liegt jedenfalls auch die Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen.

Ebenso wenig sind die Anträge der Antragsteller

zurückzuweisen, weil es sich um eine entschiedene Sache im Sinne des § 68 Abs. 1 AVG handeln würde. Soweit der Auftraggeber diesbezüglich auf den bereits erlassenen Bescheid vom 19.1.2001, Zl. N-12/01-33, N-16/01-32, verweist, verkennt er, dass es sich bei den durch diesen Bescheid erledigten Verfahren nicht um die selbe Sache wie im gegenständlichen Verfahren handelt. Dieselbe Sache würde nämlich die Identität des Verfahrensgegenstands im Verfahren zur Zahl N-12/01, N- 16/01 einerseits und im Verfahren N-43/01 und N-46/01 voraussetzen. Der Verfahrensgegenstand bestimmt sich bei antragsbedürftigen Verwaltungsverfahren in erster Linie nach dem zugrundeliegenden Antrag (VwGH 21.12.1987, 87/10/0051). Im erstgenannten Verfahren wurde von den Parteien wesentlich andere Anträge als im zweitgenannten Verfahren gestellt. Entscheidend für den Prozessgegenstand des

Nachprüfungsverfahrens ist nämlich einerseits die vom Antragsteller angefochtene Entscheidung und andererseits das von ihm diesbezüglich gestellte Begehren, etwa auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung oder auf Feststellung, dass der Zuschlag wegen Verletzung des Bundesvergabegesetzes nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Im Verfahren N-12/01, N- 16/01 wurde nun von den Antragstellern jeweils die Zuschlagsentscheidung bzw. die Ausschreibung bzw. einzelne Teile der Ausschreibung angefochten sowie einige andere auf die Durchführung des Vergabeverfahrens bezughabende Entscheidungen. Die Entscheidung, vom Widerruf abzusehen, wurde nicht angefochten und wurde ihre Nichtigerklärung auch nicht beantragt. Da sich aus § 115 Abs. 1 BVergG ergibt, dass die angefochtene Entscheidung den Prozessgegenstand des Nachprüfungsverfahrens festlegt, handelt es sich bei den nunmehr gestellten Anträgen nicht um die selbe Sache. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts durch den Umstand, dass sämtliche nunmehrigen Antragsteller im Vorverfahren begehrt haben, dem Auftraggeber den Widerruf der Ausschreibung aufzutragen. Da das Bundesvergabeamt gemäß § 113 Abs. 2 BVergG nur zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen nicht jedoch zu Aufträgen an den Auftraggeber zuständig ist, handelte es sich bei diesen Anträgen um von vornherein unzulässige Begehren, die unabhängig von der Frage der Antragslegitimation zurückzuweisen waren. Schon aus diesem Grund handelt es sich bei den nunmehr gestellten Anträgen auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, um wesentlich andere Anträge und daher nicht um die selbe Sache. Mit seinem Hinweis auf die Begründung des ha. Bescheids vom 19.3.2001, in dem die Frage der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses von Subvergaben gemäß Pkt. 1.8 der Ausschreibung nicht behandelt wurde, verkennt der Auftraggeber, dass der Gegenstand eines in Rechtskraft erwachsenen Bescheides ausschließlich nach dem Inhalt des Spruchs bestimmt wird und nur der Spruch in Rechtskraft erwächst. Der Bescheidebegründung kommt allenfalls zur Auslegung des Spruchs Bedeutung zu (vgl. die umfangreiche Judikatur des VwGH bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I (1998) E. 50-59 zu § 68 AVG). zurückzuweisen, weil es sich um eine entschiedene Sache im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, AVG handeln würde. Soweit der Auftraggeber diesbezüglich auf den bereits erlassenen Bescheid vom 19.1.2001, Zl. N-12/01-33, N-16/01-32, verweist, verkennt er, dass es sich bei den durch diesen Bescheid erledigten Verfahren nicht um die selbe Sache wie im gegenständlichen Verfahren handelt. Dieselbe Sache würde nämlich die Identität des Verfahrensgegenstands im Verfahren zur Zahl N-12/01, N- 16/01 einerseits und im Verfahren N-43/01 und N-46/01 voraussetzen. Der Verfahrensgegenstand bestimmt sich bei antragsbedürftigen Verwaltungsverfahren in erster Linie nach dem zugrundeliegenden Antrag (VwGH 21.12.1987, 87/10/0051). Im erstgenannten Verfahren wurde von den Parteien wesentlich andere Anträge als im zweitgenannten Verfahren gestellt. Entscheidend für den Prozessgegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist nämlich einerseits die vom Antragsteller angefochtene Entscheidung und andererseits das von ihm diesbezüglich gestellte Begehren, etwa auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung oder auf Feststellung, dass der Zuschlag wegen Verletzung des Bundesvergabegesetzes nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Im Verfahren N-12/01, N- 16/01 wurde nun von den Antragstellern jeweils die Zuschlagsentscheidung bzw. die Ausschreibung bzw. einzelne Teile der Ausschreibung angefochten sowie einige andere auf die Durchführung des Vergabeverfahrens bezughabende Entscheidungen. Die Entscheidung, vom Widerruf abzusehen, wurde nicht angefochten und wurde ihre Nichtigerklärung auch nicht beantragt. Da sich aus Paragraph 115, Absatz eins, BVergG ergibt, dass die angefochtene Entscheidung den Prozessgegenstand des Nachprüfungsverfahrens festlegt, handelt es sich bei den nunmehr gestellten Anträgen nicht um die selbe Sache. An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts durch den Umstand, dass sämtliche nunmehrigen Antragsteller im Vorverfahren begehrt haben, dem Auftraggeber den Widerruf der Ausschreibung aufzutragen. Da das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG nur zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen nicht jedoch zu Aufträgen an den Auftraggeber zuständig ist, handelte es sich bei diesen Anträgen um von vornherein unzulässige Begehren, die unabhängig von der Frage der Antragslegitimation zurückzuweisen waren. Schon aus diesem Grund handelt es sich bei den nunmehr gestellten Anträgen auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, um wesentlich andere Anträge und daher nicht um die selbe Sache. Mit seinem Hinweis auf die Begründung des ha. Bescheids vom 19.3.2001, in dem die Frage der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses von Subvergaben gemäß Pkt. 1.8 der Ausschreibung nicht behandelt wurde, verkennt der Auftraggeber, dass der Gegenstand eines in Rechtskraft erwachsenen Bescheides ausschließlich nach dem Inhalt des Spruchs bestimmt wird und nur der Spruch in Rechtskraft erwächst. Der Bescheidebegründung kommt allenfalls zur Auslegung des Spruchs Bedeutung zu vergleiche die umfangreiche Judikatur des VwGH bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze römisch eins (1998) E. 50-59 zu Paragraph 68, AVG).

II. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

Die Erstantragstellerin behauptet unter anderem, dass die Ausschreibung gemäß § 55 Abs. 1 BVergG aus zwingenden Gründen zu widerrufen ist, weil sie eine rechtswidrige Bestimmung, nämlich Punkt 1.8, enthält. Die Zweit- bis Siebenantragsteller haben im ursprünglichen Schriftsatz keine Verletzung des § 55 Abs. 1 BVergG gerügt, jedoch in nachfolgenden Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung sich den Ausführungen der Erstantragstellerin angeschlossen. Mangels einer dem § 41 VwGG entsprechenden Vorschrift ist das Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren nicht an die von den Antragstellern geltend gemachten Gründe gebunden, sondern nur an die von ihnen angefochtene Entscheidung, die den Prozessgegenstand festlegt. Da die Zweit- bis Siebenantragsteller die selbe Entscheidung wie die Erstantragstellerin angefochten haben, nämlich die Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, ist auch bei der Behandlung ihrer Anträge zu prüfen, ob - wie die Erstantragstellerin behauptet - die Ausschreibung gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG aus zwingenden Gründen zu widerrufen ist, weil sie eine rechtswidrige Bestimmung, nämlich Punkt 1.8, enthält. Die Zweit- bis Siebenantragsteller haben im ursprünglichen Schriftsatz keine Verletzung des Paragraph 55, Absatz eins, BVergG gerügt, jedoch in nachfolgenden Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung sich den Ausführungen der Erstantragstellerin angeschlossen. Mangels einer dem Paragraph 41, VwGG entsprechenden Vorschrift ist das Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren nicht an die von den Antragstellern geltend gemachten Gründe gebunden, sondern nur an die von ihnen angefochtene Entscheidung, die den Prozessgegenstand festlegt. Da die Zweit- bis Siebenantragsteller die selbe Entscheidung wie die Erstantragstellerin angefochten haben, nämlich die Entscheidung, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, ist auch bei der Behandlung ihrer Anträge zu prüfen, ob - wie die Erstantragstellerin behauptet - die

Ausschreibung aus zwingenden Gründen gemäß § 55 Abs. 1 BVergG zu widerrufen ist Ausschreibung aus zwingenden Gründen gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG zu widerrufen ist.

Nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. RV 972/Blg.NR 18. GP 62) liegen nach Ablauf der Angebotsfrist zwingende Gründe für einen Widerruf insbesondere dann vor, wenn die in § 27 Abs. 1 BVergG 1993 (nunmehr § 40 Abs. 1 BVergG) genannten Umstände nach Ablauf der Angebotsfrist eintreten. Gemäß § 40 Abs. 1 BVergG liegen solche zwingende Gründe für den Widerruf vor, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Umstände die zu einer anderen Ausschreibung geführt hätten, liegen entgegen den mPar jedenfalls vor, wenn eine Ausschreibungsbestimmung als rechtswidrig erkannt wird, da die Ausschreibung ja dann rechtens ohne diese rechtswidrige Bestimmung zu erstellen wäre. Unter Bedachtnahme auf die in § 117 Abs. 1 Z 2 BVergG enthaltene Wertung, dass die Rechtswidrigkeit einer Auftraggeberentscheidung nur zu ihrer Nichtigkeitserklärung führen soll, wenn die Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, wird man auch im Zusammenhang mit den Widerrufsgründen anzunehmen haben, dass eine rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung dann zu einer inhaltlich wesentlichen anderen Ausschreibung geführt hätte, wenn sie einen wirtschaftlich relevanten Sachverhalt betrifft und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Bieter ohne diese Ausschreibungsbestimmung andere Angebote oder inhaltlich anders gestaltete Angebote erstattet hätten (vgl. schon BVA vom 25.8.1998, N-20/98-9 = CONNEX 1998 Heft 10). Entgegen den mPar ist die Frage, ob andere Bieter auch ohne die inkriminierte Bestimmung ein identes Angebot gelegt hätten, irrelevant. Nach dem Willen des Gesetzgebers (vergleiche Regierungsvorlage 972/Blg.NR 18. Gesetzgebungsperiode 62) liegen nach Ablauf der Angebotsfrist zwingende Gründe für einen Widerruf insbesondere dann vor, wenn die in Paragraph 27, Absatz eins, BVergG 1993 (nunmehr Paragraph 40, Absatz eins, BVergG) genannten Umstände nach Ablauf der Angebotsfrist eintreten. Gemäß Paragraph 40, Absatz eins, BVergG liegen solche zwingende Gründe für den Widerruf vor, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Umstände die zu einer anderen Ausschreibung geführt hätten, liegen entgegen den mPar jedenfalls vor, wenn eine Ausschreibungsbestimmung als rechtswidrig erkannt wird, da die Ausschreibung ja dann rechtens ohne diese rechtswidrige Bestimmung zu erstellen wäre. Unter Bedachtnahme auf die in Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG enthaltene Wertung, dass die Rechtswidrigkeit einer Auftraggeberentscheidung nur zu ihrer Nichtigkeitserklärung führen soll, wenn die Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, wird man auch im Zusammenhang mit den Widerrufsgründen anzunehmen haben, dass eine rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung dann zu einer inhaltlich wesentlichen anderen Ausschreibung geführt hätte, wenn sie

einen wirtschaftlich relevanten Sachverhalt betrifft und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Bieter ohne diese Ausschreibungsbestimmung andere Angebote oder inhaltlich anders gestaltete Angebote erstattet hätten (vergleiche schon BVA vom 25.8.1998, N-20/98-9 = CONNEX 1998 Heft 10). Entgegen den mPar ist die Frage, ob andere Bieter auch ohne die inkriminierte Bestimmung ein identes Angebot gelegt hätten, irrelevant.

Die Frage, ob die Weitergabe von Teilen, insbesondere von wesentlichen Teilen wie im gegenständlichen Fall des Leistungsteiles "Lieferung der Karte" an Subunternehmer zulässig ist oder nicht, stellt schon im Hinblick auf die vom Auftraggeber selbst eingestandene Bedeutung der persönlichen Haftung des Bieters einen wirtschaftlich relevanten Sachverhalt dar. Im vorliegenden Fall kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Bieter ihre Angebote anders gestaltet hätten oder andere Angebote abgegeben hätten, wenn die in Punkt 1.8 der Ausschreibung bzw. Punkt 1.9 der Bewerbungsunterlage enthaltene Bestimmung dort nicht enthalten gewesen wäre: Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass zwar 57 Unternehmer Bewerbungsunterlagen vom Auftraggeber angefordert haben, sich jedoch aus dieser Gesamtanzahl lediglich 11 Unternehmer in der Folge an der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens beteiligt haben. Darüber hinaus konnte im Ermittlungsverfahren wie bereits ausgeführt nicht festgestellt werden, dass sich die nunmehrigen Antragsteller nicht wenigstens bemüht hätten, entsprechende Subauftragnehmer zu gewinnen, wenn die Ausschreibung dies nicht ausgeschlossen hätte. Ob ihnen tatsächlich gelungen wäre bzw. ob ihre Angebote dann besser bewertet worden wären, lässt sich rückblickend offenkundig nicht mehr feststellen, sodass diese Frage zur Beurteilung der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit nicht herangezogen werden kann. Bei dem in der Ausschreibung wie auch in der Bewerbungsunterlage enthaltenen Verbot der Subvergabe bezüglich der dort beschriebenen Leistungsteile handelt es sich damit um eine Ausschreibungsbestimmung, die, falls sie als rechtswidrig beurteilt wird, jedenfalls einen zwingenden Widerrufsgrund darstellt.

Der Auftraggeber hat die Rechtmäßigkeit der genannten Ausschreibungsbestimmung im wesentlichen damit begründet, dass es sich um ein notwendiges Eignungskriterium zur Gewährleistung der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters handle. Das Bundesvergabegesetz normiert in den §§ 58 bis 60 jene Kriterien, die als Eignungskriterium in Betracht kommen und jene Nachweise, die vom Auftraggeber zur Überprüfung der Eignung einschließlich der technischen Leistungsfähigkeit, verlangt werden dürfen. Die dort enthaltenen Bestimmungen entsprechen inhaltlich den in Artikel 20 bis 25 der Lieferkoordinierungsrichtlinie bzw. in Artikel 29 bis 35 der Dienstleistungsrichtlinie enthaltenen Bestimmungen. Hinsichtlich der zulässigerweise verlangbaren Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit (vgl. Artikel 32 Dienstleistungsrichtlinie, Artikel 23 der Lieferkoordinierungsrichtlinie) hat der EuGH bereits ausgesprochen, dass der Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit keine anderen Nachweise als die in den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie genannten verlangen darf (vgl. EuGH vom 10.2.1982, C76/81, SA Transporoute et travaux gegen ministere des travaux publics). Zu der im konkreten Fall entscheidenden Frage, inwieweit der Bieter selbst (innerhalb seines Unternehmens) über die zur Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit verlangten Nachweise verfügen muss oder sich diesbezüglich auf Dritte berufen kann, hat der EuGH bereits mehrfach Stellung genommen. Der Auftraggeber hat die Rechtmäßigkeit der genannten Ausschreibungsbestimmung im wesentlichen damit begründet, dass es sich um ein notwendiges Eignungskriterium zur Gewährleistung der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters handle. Das Bundesvergabegesetz normiert in den Paragraphen 58 bis 60 jene Kriterien, die als Eignungskriterium in Betracht kommen und jene Nachweise, die vom Auftraggeber zur Überprüfung der Eignung einschließlich der technischen Leistungsfähigkeit, verlangt werden dürfen. Die dort enthaltenen Bestimmungen entsprechen inhaltlich den in Artikel 20 bis 25 der Lieferkoordinierungsrichtlinie bzw. in Artikel 29 bis 35 der Dienstleistungsrichtlinie enthaltenen Bestimmungen. Hinsichtlich der zulässigerweise verlangbaren Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit vergleiche Artikel 32 Dienstleistungsrichtlinie, Artikel 23 der Lieferkoordinierungsrichtlinie) hat der EuGH bereits ausgesprochen, dass der Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit keine anderen Nachweise als die in den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie genannten verlangen darf (vergleiche EuGH vom 10.2.1982, C76/81, SA Transporoute et travaux gegen ministere des travaux publics). Zu der im konkreten Fall entscheidenden Frage, inwieweit der Bieter selbst (innerhalb seines Unternehmens) über die zur Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit verlangten Nachweise verfügen muss oder sich diesbezüglich auf Dritte berufen kann, hat der EuGH bereits mehrfach Stellung genommen.

In den Urteilen Ballast Nedam I und II (vgl. EuGH vom 14.4.1994, C-389/92 und EuGH vom 18.12.1997, C-5/97) hat der EuGH dem Bieter ein subjektives Recht zuerkannt, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf Dritte, in diesen Fällen auf im Konzernverbund stehende Unternehmen, zu berufen, falls er nachweisen kann, dass er tatsächlich über

die für die technische Leistungsfähigkeit maßgeblichen Mittel dieser Dritten verfügen kann. Unter anderem unter Hinweis auf Artikel 26 lit. e der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG vom 26. Juli 1971 (entspricht Artikel 32 Abs. 2 lit. c der nunmehrigen Dienstleistungsrichtlinie bzw. Artikel 23 Abs. 1 lit. c der nunmehrigen Lieferkoordinierungsrichtlinie), wonach der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Vorlage einer Erklärung erbracht werden kann, in der die Techniker oder die technischen Stellen anzugeben sind, über die der Unternehmer, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen angehören oder nicht, bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird, ausgesprochen, dass eine Person, die nicht die Absicht oder die Mittel hat, die Arbeiten selbst auszuführen, an einem Verfahren zur Vergabe von Bauaufträgen teilnehmen kann (vgl. Rz. 14 von Ballast Nedam 2). Unter Hinweis auf diese Vorjudikatur hat der EuGH sodann am 2. Dezember 1999 (C176/98, Holst Italia SpA gegen Comune di Cagliari) auf Grund eines Ersuchens um Vorabentscheidung des Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna ausgesprochen, dass die Dienstleistungsrichtlinie 92/50 dahin auszulegen ist, 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. Das nationale Gericht hat zu prüfen, ob ein solcher Nachweis im Ausgangsverfahren erbracht ist. In den Urteilen Ballast Nedam römisch eins und römisch zwei vergleiche EuGH vom 14.4.1994, C-389/92 und EuGH vom 18.12.1997, C-5/97) hat der EuGH dem Bieter ein subjektives Recht zuerkannt, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf Dritte, in diesen Fällen auf im Konzernverbund stehende Unternehmen, zu berufen, falls er nachweisen kann, dass er tatsächlich über die für die technische Leistungsfähigkeit maßgeblichen Mittel dieser Dritten verfügen kann. Unter anderem unter Hinweis auf Artikel 26 Litera e, der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG vom 26. Juli 1971 (entspricht Artikel 32 Absatz 2, Litera c, der nunmehrigen Dienstleistungsrichtlinie bzw. Artikel 23 Absatz eins, Litera c, der nunmehrigen Lieferkoordinierungsrichtlinie), wonach der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Vorlage einer Erklärung erbracht werden kann, in der die Techniker oder die technischen Stellen anzugeben sind, über die der Unternehmer, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen angehören oder nicht, bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird, ausgesprochen, dass eine Person, die nicht die Absicht oder die Mittel hat, die Arbeiten selbst auszuführen, an einem Verfahren zur Vergabe von Bauaufträgen teilnehmen kann (vergleiche Rz. 14 von Ballast Nedam 2). Unter Hinweis auf diese Vorjudikatur hat der EuGH sodann am 2. Dezember 1999 (C176/98, Holst Italia SpA gegen Comune di Cagliari) auf Grund eines Ersuchens um Vorabentscheidung des Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna ausgesprochen, dass die Dienstleistungsrichtlinie 92/50 dahin auszulegen ist, 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. Das nationale Gericht hat zu prüfen, ob ein solcher Nachweis im Ausgangsverfahren erbracht ist.

Unter anderem hat der EuGH in diesem Urteil zur Begründung seiner Rechtsansicht auf Artikel 25 der Dienstleistungsrichtlinie (= Artikel 17 der Lieferrichtlinie) hingewiesen, wonach die Möglichkeit besteht, einen Teil der Auftrags im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben, sowie auf den bereits erwähnten Artikel 32 Abs. 2 lit. c der Dienstleistungsrichtlinie. Der EuGH führt sodann aus, dass sich sowohl aus dem Zweck als auch dem Wortlaut dieser Bestimmungen ergebe, dass eine Person nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ausgeschlossen werden kann, weil sie zur Ausführung des Auftrages Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören. Einem Dienstleistungserbringer, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, stehe es daher frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird (vgl. das zitierte Urteil, Rz. 26 und 27). Nach dem EuGH hat der Dienstleistungserbringer in diesem Fall jedoch nachzuweisen, dass er tatsächlich über die diesen Einrichtungen und/oder Unternehmen zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt. Im Rahmen dieser Prüfung erlaube es aber die Richtlinie 92/50 weder, bestimmte Beweismittel von vornherein auszuschließen, noch zu vermuten, dass der Dienstleistungserbringer über die Mittel Dritter verfügt, wenn dies nur darauf gestützt wird, dass

dieser zur selben Unternehmensgruppe gehört. Unter anderem hat der EuGH in diesem Urteil zur Begründung seiner Rechtsansicht auf Artikel 25 der Dienstleistungsrichtlinie (= Artikel 17 der Lieferrichtlinie) hingewiesen, wonach die Möglichkeit besteht, einen Teil der Auftrags im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben, sowie auf den bereits erwähnten Artikel 32 Absatz 2, Litera c, der Dienstleistungsrichtlinie. Der EuGH führt sodann aus, dass sich sowohl aus dem Zweck als auch dem Wortlaut dieser Bestimmungen ergebe, dass eine Person nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ausgeschlossen werden kann, weil sie zur Ausführung des Auftrages Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören. Einem Dienstleistungserbringer, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, stehe es daher frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird (vergleiche das zitierte Urteil, Rz. 26 und 27). Nach dem EuGH hat der Dienstleistungserbringer in diesem Fall jedoch nachzuweisen, dass er tatsächlich über die diesen Einrichtungen und/oder Unternehmen zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt. Im Rahmen dieser Prüfung erlaube es aber die Richtlinie 92/50 weder, bestimmte Beweismittel von vornherein auszuschließen, noch zu vermuten, dass der Dienstleistungserbringer über die Mittel Dritter verfügt, wenn dies nur darauf gestützt wird, dass dieser zur selben Unternehmensgruppe gehört.

Ziel der Bestimmungen des Artikel 234 über das Vorabentscheidungsverfahren ist es, die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Hinsichtlich der Wirkung der Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Vorabentscheidungsverfahren geht der EuGH von einer allgemeinen Bindung - über den Ausgangsfall des Vorabentscheidungsverfahrens hinaus - aus (vgl. EuGH in den Rechtssachen 66, 127, 128/79, *Amministrazione della finanze dello stato/Saluni*). Für das Bundesvergabeamt als letztinstanzliches Gericht im Sinne des Artikel 234 Abs. 3 EGV ergibt sich darüberhinaus eine materielle Bindungswirkung auch bereits aus dem Urteil des EuGHs in der Rechtssache 283/81, *C.I.L.F.I.T.*. Den Urteilen des EuGH kommt daher auch außerhalb des Ausgangsrechtsstreites eine Leitfunktion für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu, die über den Einzelfall hinaus eine tatsächlich rechtsbildende Kraft entfaltet (vgl. dazu Schwarze (Herausgeber) EU-Kommentar (2000) Rz. 66 zu Artikel 234 EGV). Entgegen der Ansicht des Auftraggebers kommt es daher nicht allein auf den Sachverhalt der Vorabentscheidung an, sondern sind auch die in der Begründung enthaltenen allgemein formulierten Rechtssätze des EuGH - die in den zitierten Urteilen deutlich über die eher zurückhaltenderen Ausführungen des Generalanwalts hinausgehen - von Bedeutung. Aus dem klaren Wortlaut dieser ohne Einschränkung formulierten Rechtssätze, insbesondere im Urteil *Holst Italia* ergibt sich, dass der EuGH jedem Bieter das Recht einräumt, am Vergabeverfahren teilzunehmen, ohne im eigenen Unternehmen über die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlichen Mittel zu verfügen, sofern er sich zum Nachweis der Leistungsfähigkeit auf Dritte berufen und nachweisen kann, dass er über deren Mittel tatsächlich verfügt. Dabei kommt es dem EuGH offensichtlich bloß auf die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Mittel Dritter an und darf daher eine bestimmte Rechtsform keine Rolle spielen. Aus den wiedergegebenen Ausführungen des EuGH ergibt sich, dass bestimmte Beweismittel, die den Nachweis der Verfügung über die erforderlichen Mittel Dritter gewährleisten könnten, vom Auftraggeber nicht von vornherein ausgeschlossen werden dürfen. Das Verbot der Subvergabe nimmt nun einem Unternehmer die Möglichkeit, sich auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen und die tatsächliche Verfügung über deren Mittel in einer bestimmten Weise, nämlich durch den Vertrag mit dem Subunternehmer, nachzuweisen und widerspricht daher den wiedergegebenen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen in jener Bedeutung, die ihnen der EuGH offensichtlich in den zitierten Urteilen zumisst. Ob es sich auch bei dem Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages um eine im Sinne der vorstehenden Ausführung gemeinschaftswidrige Ausschreibungsbestimmung handeln würde - woran im Hinblick auf den Wortlaut von Artikel 25 der Dienstleistungsrichtlinie Zweifel bestehen könnten - kann im gegebenen Zusammenhang dahinstehen, da es sich bei dem gegenständlichen Verbot von Subvergaben nicht um ein Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages, sondern lediglich um ein Verbot der Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages handelt. Ziel der Bestimmungen des Artikel 234 über das Vorabentscheidungsverfahren ist es, die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Hinsichtlich der Wirkung der Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Vorabentscheidungsverfahren geht der EuGH von einer allgemeinen Bindung - über den Ausgangsfall des Vorabentscheidungsverfahrens hinaus - aus (vergleiche EuGH in den Rechtssachen 66, 127, 128/79, *Amministrazione della finanze dello stato/Saluni*). Für das Bundesvergabeamt als letztinstanzliches Gericht im Sinne des Artikel 234 Absatz 3, EGV ergibt sich darüberhinaus eine materielle Bindungswirkung auch bereits aus dem Urteil des EuGHs in der Rechtssache 283/81, *C.I.L.F.I.T.*. Den Urteilen

des EuGH kommt daher auch außerhalb des Ausgangsrechtsstreites eine Leitfunktion für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu, die über den Einzelfall hinaus eine tatsächlich rechtsbildende Kraft entfaltet (vergleiche dazu Schwarze (Herausgeber) EU-Kommentar (2000) Rz. 66 zu Artikel 234 EGV). Entgegen der Ansicht des Auftraggebers kommt es daher nicht allein auf den Sachverhalt der Vorabentscheidung an, sondern sind auch die in der Begründung enthaltenen allgemein formulierten Rechtssätze des EuGH - die in den zitierten Urteilen deutlich über die eher zurückhaltenderen Ausführungen des Generalanwalts hinausgehen - von Bedeutung. Aus dem klaren Wortlaut dieser ohne Einschränkung formulierten Rechtssätze, insbesondere im Urteil *Holst Italia* ergibt sich, dass der EuGH jedem Bieter das Recht einräumt, am Vergabeverfahren teilzunehmen, ohne im eigenen Unternehmen über die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlichen Mittel zu verfügen, sofern er sich zum Nachweis der Leistungsfähigkeit auf Dritte berufen und nachweisen kann, dass er über deren Mittel tatsächlich verfügt. Dabei kommt es dem EuGH offensichtlich bloß auf die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Mittel Dritter an und darf daher eine bestimmte Rechtsform keine Rolle spielen. Aus den wiedergegebenen Ausführungen des EuGH ergibt sich, dass bestimmte Beweismittel, die den Nachweis der Verfügung über die erforderlichen Mittel Dritter gewährleisten könnten, vom Auftraggeber nicht von vornherein ausgeschlossen werden dürfen. Das Verbot der Subvergabe nimmt nun einem Unternehmer die Möglichkeit, sich auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen und die tatsächliche Verfügung über deren Mittel in einer bestimmten Weise, nämlich durch den Vertrag mit dem Subunternehmer, nachzuweisen und widerspricht daher den wiedergegebenen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen in jener Bedeutung, die ihnen der EuGH offensichtlich in den zitierten Urteilen zumisst. Ob es sich auch bei dem Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages um eine im Sinne der vorstehenden Ausführung gemeinschaftsrechtswidrige Ausschreibungsbestimmung handeln würde - woran im Hinblick auf den Wortlaut von Artikel 25 der Dienstleistungsrichtlinie Zweifel bestehen könnten - kann im gegebenen Zusammenhang dahinstehen, da es sich bei dem gegenständlichen Verbot von Subvergaben nicht um ein Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages, sondern lediglich um ein Verbot der Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages handelt.

Das vom Auftraggeber aufgestellte Verbot der Subvergabe hinsichtlich wesentlicher Leistungsteile ist daher gemeinschaftsrechtswidrig. Wie oben bereits ausgeführt, stellt diese sohin rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung daher einen zwingenden Widerrufsgrund dar. Die Entscheidung des Auftraggebers, hievon abzusehen, war daher rechtswidrig und als für den Ausgang des Vergabeverfahrens (vgl. nur § 56 Abs. 1 BVergG) jedenfalls wesentliche Entscheidung für nichtig zu erklären. Das vom Auftraggeber aufgestellte Verbot der Subvergabe hinsichtlich wesentlicher Leistungsteile ist daher gemeinschaftsrechtswidrig. Wie oben bereits ausgeführt, stellt diese sohin rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung daher einen zwingenden Widerrufsgrund dar. Die Entscheidung des Auftraggebers, hievon abzusehen, war daher rechtswidrig und als für den Ausgang des Vergabeverfahrens (vergleiche nur Paragraph 56, Absatz eins, BVergG) jedenfalls wesentliche Entscheidung für nichtig zu erklären.

Soweit der Auftraggeber ausgeführt hat, aus welchen Gründen er die gegenständliche Ausschreibungsbestimmung aufgestellt hat, ist festzustellen, dass die von ihm ins Treffen geführten, unmittelbaren rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf den Bieter zwar nicht unbeachtlich sind, jedoch - unabhängig von ihrer tatsächlichen Bedeutung - die Rechtmäßigkeit der Ausschreibungsbestimmung nicht bewirken können. Entscheidend ist nämlich, dass das Gemeinschaftsrecht nach der Judikatur des EuGH ein Recht des Auftragnehmers, sich hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit auf Dritte, einschließlich Subunternehmer zu berufen, vorsieht und daher die vom Auftraggeber geltend gemachten Gründe nicht relevant sind. Andere Motive, als technische Leistungsfähigkeit bzw. Eignung zu gewährleisten, hat der Auftraggeber ausdrücklich verneint.

Obwohl inhaltlich zutreffend vermögen im Ergebnis auch die Ausführungen des Auftraggebers, wonach sich aus § 31 BVergG die Zulässigkeit des Verbots einer Subvergabe jedenfalls hinsichtlich der wesentlichen Leistungsteile ableiten lasse, diesem nicht zum Erfolg zu verhelfen. Das Recht des Unternehmers, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Mittel Dritter zu berufen und sein Recht, dass der Auftraggeber diesbezüglich nicht bestimmte Formen des Nachweises, wie beispielsweise ein Subauftragsverhältnis von vornherein ausschließen darf, ist nämlich so wie es der EuGH aus den Richtlinien ableitet, hinreichend genau und unbedingt, um als unmittelbar wirksam im Sinne der Rechtsprechung des EuGHs angesehen zu werden (vgl. EuGH C-41/74, "*Van Duyn*", EuGH C148/78, "*Ratti*"). Der Einzelne kann sich aber gegenüber dem Staat auf unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht berufen und wird entgegenstehendes innerstaatliches Recht im Wege des Anwendungsvorrangs verdrängt (vgl. die eben zitierte EuGH-Rechtsprechung). Wenngleich es sich beim Auftraggeber nicht um den Staat selbst handelt, sondern um eine

Selbstverwaltungskörperschaft, kann auch dieser gegenüber die Richtlinie unmittelbar angewendet werden. Der EuGH hat nämlich bereits mehrfach entschieden, dass eine Einrichtung, die unabhängig von ihrer Rechtsform krafts staatlichen Rechtsakt unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und hiezu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt, zu den Rechtssubjekten gehört, denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können (vgl. zuletzt EuGH vom 14. September 2000, C343/98, in der Rechtssache Renato Collino und Luisella Chiappero gegen Telecom Italia SpA; EuGH vom 4.12.1997, C-253 bis 256/96, Helmut Kampelmann und andere gegen Landschaftsverband Westfalen-Lippe; C-257/96, Stadtwerke Witten GmbH gegen Andreas Schade, C-258/96 Klaus Haseley gegen Stadtwerke Althena GmbH, EuGH vom 12. Juni 1990, C-188/89, Foster und andere gegen British Gas plc). Der mit Aufgaben der Koordination der Sozialversicherungsverwaltung und obwohl inhaltlich zutreffend vermögen im Ergebnis auch die Ausführungen des Auftraggebers, wonach sich aus Paragraph 31, BVergG die Zulässigkeit des Verbots einer Subvergabe jedenfalls hinsichtlich der wesentlichen Leistungsteile ableiten lasse, diesem nicht zum Erfolg zu verhelfen. Das Recht des Unternehmers, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Mittel Dritter zu berufen und sein Recht, dass der Auftraggeber diesbezüglich nicht bestimmte Formen des Nachweises, wie beispielsweise ein Subauftragsverhältnis von vorneherein ausschliessen darf, ist nämlich so wie es der EuGH aus den Richtlinien ableitet, hinreichend genau und unbedingt, um als unmittelbar wirksam im Sinne der Rechtsprechung des EuGHs angesehen zu werden vergleiche EuGH C-41/74, "Van Duyn", EuGH C148/78, "Ratti"). Der Einzelne kann sich aber gegenüber dem Staat auf unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht berufen und wird entgegenstehendes innerstaatliches Recht im Wege des Anwendungsvorrangs verdrängt vergleiche die eben zitierte EuGH-Rechtsprechung). Wenngleich es sich beim Auftraggeber nicht um den Staat selbst handelt, sondern um eine Selbstverwaltungskörperschaft, kann auch dieser gegenüber die Richtlinie unmittelbar angewendet werden. Der EuGH hat nämlich bereits mehrfach entschieden, dass eine Einrichtung, die unabhängig von ihrer Rechtsform krafts staatlichen Rechtsakt unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und hiezu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt, zu den Rechtssubjekten gehört, denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können vergleiche zuletzt EuGH vom 14. September 2000, C343/98, in der Rechtssache Renato Collino und Luisella Chiappero gegen Telecom Italia SpA; EuGH vom 4.12.1997, C-253 bis 256/96, Helmut Kampelmann und andere gegen Landschaftsverband Westfalen-Lippe; C-257/96, Stadtwerke Witten GmbH gegen Andreas Schade, C-258/96 Klaus Haseley gegen Stadtwerke Althena GmbH, EuGH vom 12. Juni 1990, C-188/89, Foster und andere gegen British Gas plc). Der mit Aufgaben der Koordination der Sozialversicherungsverwaltung und hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, der zudem unter staatlicher Aufsicht steht und jedenfalls Dienstleistungen im öffentlichen Interesse, nämlich die erwähnten Aufgaben auf dem Gebiet des Sozialversicherungswesens, zu erbringen hat und durch Gesetz (§ 31 ASVG) eingerichtet wurde, gehört jedenfalls zu den Rechtssubjekten, denen gegenüber Richtlinien unmittelbar wirksam angewendet werden müssen. hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, der zudem unter staatlicher Aufsicht steht und jedenfalls Dienstleistungen im öffentlichen Interesse, nämlich die erwähnten Aufgaben auf dem Gebiet des Sozialversicherungswesens, zu erbringen hat und durch Gesetz (Paragraph 31, ASVG) eingerichtet wurde, gehört jedenfalls zu den Rechtssubjekten, denen gegenüber Richtlinien unmittelbar wirksam angewendet werden müssen.

In Hinblick auf die dargelegte Rechtsprechung des EuGH ist der Umstand unbeachtlich, dass der Auftraggeber sich an das innerstaatliche Gesetz gehalten hat, und ihm am Widerspruch zwischen diesem und dem Gemeinschaftsrecht wie es sich nach der EuGH-Rechtsprechung darstellt, kein Verschulden trifft, sondern vielmehr der innerstaatliche Bundesgesetzgeber dafür verantwortlich ist, dass eine innerstaatliche Rechtslage, die seit Dezember 1999 als richtlinienwidrig anzusehen ist, weiterhin aufrechterhalten wurde. Soweit der Auftraggeber Schadenersatzforderungen im Zusammenhang mit dem Nachprüfungsverfahren geltend macht, ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass das Bundesvergabeamt hierfür nicht zuständig ist und daher nicht über allfällige

Staatshaftungsansprüche des Auftraggebers, die auf Grund von Schäden durch eine gemeinschaftsrechtswidrige Gesetzeslage entstanden sein könnten, zu urteilen hat.

Auf Grund des gemeinschaftsrechtswidrigen Ausschlusses der Subvergabe betreffend die im Zusammenhang mit der Kartenlieferung stehenden Leistungsteile liegt daher ein zwingender Grund zum Widerruf der Ausschreibung vor. Bei

dieser Sach- und Rechtslage war daher auf die sonstigen Ausführungen und sonstigen geltend gemachten Widerrufsgründe nicht weiter einzugehen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch auf die vom Auftraggeber durch die Verzögerung der Vergabe behaupteten Schädigungen seiner wirtschaftlichen Interessen sowie auch der öffentlichen Interessen im Zusammenhang mit der Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung nicht einzugehen war. Weder aus dem Text des Gesetzes noch aus der oben dargelegten Absicht des Gesetzgebers ergibt sich nämlich, dass trotz Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes im Sinne der oben erwähnten Ausführungen vom Widerruf abzusehen ist, wenn die dadurch verursachte Verzögerung der Beschaffung sowie die dadurch verursachten Kosten beträchtliche Schädigungen verursachen. Ebenso wenig bietet das Gesetz dem Bundesvergabeamt eine Grundlage dafür, von der Nichtigklärung einer rechtswidrigen Auftraggeberentscheidung abzusehen, wenn durch die Nichtigklärung wesentliche öffentliche Interessen wirtschaftlicher und sonstiger Art beeinträchtigt würden. Die Bedachtnahme auf derartige Erwägungen ist dem Bundesvergabeamt verwehrt, weil solche Erwägungen im weitesten Sinne politischer Natur sind und allenfalls von jenen Organen anzustellen wären, die auf Grund ihrer Zusammensetzung und der von ihnen handzuhabenden Rechtsvorschriften zur Berücksichtigung solcher öffentlicher Interessen berufen sind (vgl. z.B. § 85 Abs. 2 VfGG). Auf Grund des gemeinschaftsrechtswidrigen Ausschlusses der Subvergabe betreffend die im Zusammenhang mit der Kartenlieferung stehenden Leistungsteile liegt daher ein zwingender Grund zum Widerruf der Ausschreibung vor. Bei dieser Sach- und Rechtslage war daher auf die sonstigen Ausführungen und sonstigen geltend gemachten Widerrufsgründe nicht weiter einzugehen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch auf die vom Auftraggeber durch die Verzögerung der Vergabe behaupteten Schädigungen seiner wirtschaftlichen Interessen sowie auch der öffentlichen Interessen im Zusammenhang mit der Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung nicht einzugehen war. Weder aus dem Text des Gesetzes noch aus der oben dargelegten Absicht des Gesetzgebers ergibt sich nämlich, dass trotz Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes im Sinne der oben erwähnten Ausführungen vom Widerruf abzusehen ist, wenn die dadurch verursachte Verzögerung der Beschaffung sowie die dadurch verursachten Kosten beträchtliche Schädigungen verursachen. Ebenso wenig bietet das Gesetz dem Bundesvergabeamt eine Grundlage dafür, von der Nichtigklärung einer rechtswidrigen Auftraggeberentscheidung abzusehen, wenn durch die Nichtigklärung wesentliche öffentliche Interessen wirtschaftlicher und sonstiger Art beeinträchtigt würden. Die Bedachtnahme auf derartige Erwägungen ist dem Bundesvergabeamt verwehrt, weil solche Erwägungen im weitesten Sinne politischer Natur sind und allenfalls von jenen Organen anzustellen wären, die auf Grund ihrer Zusammensetzung und der von ihnen handzuhabenden Rechtsvorschriften zur Berücksichtigung solcher öffentlicher Interessen berufen sind (vergleiche z.B. Paragraph 85, Absatz 2, VfGG).

Zu Spruchpunkt 2: Da mit der heutigen Hauptentscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet wurde, sind die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mangels eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens gemäß § 116 Abs. 1 BVergG unzulässig und daher zurückzuweisen. Zu Spruchpunkt 2: Da mit der heutigen Hauptentscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet wurde, sind die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mangels eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG unzulässig und daher zurückzuweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Veröffentlichungen

RdW 2001/384, 385; RPA 2001/1, 26; Bbl 2001/119; ZVB 2001/2, 6; wbl 2002/32;

Schlagworte

Chipcard II; Geltungsbereich, sachlicher, Schwellenwerte, Abgrenzung Lieferauftrag und Dienstleistungsauftrag; Nachprüfungsverfahren, Antragslegitimation, Schaden, Interessenabwägung, Widerruf, subjektives Recht auf Durchsetzung des Widerrufs; Nachprüfungsverfahren, Antragslegitimation, Bietergemeinschaft, Unternehmer; Nachprüfungsverfahren, Antragslegitimation, keine Fristen, keine Rügepflicht; Nachprüfungsverfahren, Antragslegitimation, anfechtbare Entscheidung, Widerruf, Unterlassen als Entscheidung; Nachprüfungsverfahren, Antragslegitimation, Begehren, Verfahrensgegenstand, Widerruf, res iudicata, entschiedene Sache; Nachprüfungsverfahren, Ausschreibung, Verbot der Subvergabe, Widerrufsgrund, wesentlicher Einfluss auf das Vergabeverfahren, wirtschaftlich relevanter Sachverhalt; Nachprüfungsverfahren, rechtswidrige Ausschreibung, Verbot der Subvergabe, Weitergabe von Leistungsteilen, technische Leistungsfähigkeit, Nachweis; Nachprüfungsverfahren, Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, Verbot der Subvergabe, unmittelbare Anwendung des

Gemeinschaftsrechts, Anwendungsvorrang; Nachprüfungsverfahren, unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, staatliche Aufsicht, Dienstleistung im öffentlichen Interesse, Errichtung kraft staatlichen Rechtsaktes, besondere Rechte, Hauptverband der Sozialversicherung; Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen, keine Berücksichtigung öffentlicher Interessen, Bundesvergabeamt; Nachprüfungsverfahren, einstweilige Verfügung, Beendigung des Hauptverfahrens, Zurückweisung; Nachprüfungsverfahren, Prozessgegenstand, keine Bindung an die Beschwerdepunkte;

Anmerkung

Siehe auch OGH 13.11.2001, 4Ob261/01p – Chipcard/UWG I, RPA 2001, 40; Siehe auch EuGH Rs C-314/01 (Chipcard III);

Dokumentnummer

VERGT_20010420_N_43_01_20_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at