jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vfgh Erkenntnis 2004/6/21 B531/02

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.06.2004

Index

97 Vergabewesen
97/01 Vergabewesen

Norm

B-VG Art7 Abs1 / Person juristische
B-VG Art7 Abs1 / Staatsangehörigkeit
B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt
BundesvergabeG 1997 §15 Z7, §16, §17, §19
BVG-Rassendiskriminierung ArtI Abs1
GewO 1994 §9 Abs1
VfGG §88

Leitsatz

Teilweise Abweisung, teilweise Stattgabe der - zulässigen - Beschwerde ua einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland gegen die Abweisung von Nachprüfungsanträgen bzw eines Antrags auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung hinsichtlich des Vergabeverfahrens betreffend die Räumung der Fischer-Deponie; Bescheidbegründung ohne Begründungswert in Bezug auf die Annahme der mangelnden Gewerberechtsfähigkeit von Bietergemeinschaften als Gesellschaften bürgerlichen Rechts, der Forderung des Nachweises der Gewerbeberechtigung sämtlicher Mitglieder einer Bietergemeinschaft, sowie hinsichtlich des Erfordernisses des Vorliegens einer Exportgenehmigung bereits im Zeitpunkt der Angebotslegung

Spruch

I. Die beschwerdeführenden Gesellschaften sind durch Spruchpunkt II. und IV. des angefochtenen Bescheides im Gleichheitsrecht verletzt worden.

Der Bescheid wird insoweit aufgehoben.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Kosten werden nicht zugesprochen.

Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Der Bund hat mit EU-weiter Bekanntmachung vom 21. September 2001 die Räumung der "Altlast Fischer-Deponie" sowie den Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle in Form eines nicht offenen Verfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 (BVergG) ausgeschrieben.

2. Die beschwerdeführenden Gesellschaften wandten sich noch vor Legung eines Angebots an das Bundesvergabeamt (BVA) und begehrten die Nichtigerklärung mehrerer Bestimmungen der Ausschreibung:

Angefochten wurden konkret jene Bestimmungen, wonach die ausgeschriebene Leistung als Gesamtvergabe - unter Ausschluss von Teilvergaben - vergeben werden sollte, weiters dass alle Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft die Befugnis "Baumeister" nachzuweisen hätten, dass der Auftraggeber die zu vergebende Leistung im nicht offenen Verfahren vergeben wolle sowie dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen sei. Schließlich wurde beantragt, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

3. Mit Bescheid vom 28. Jänner 2002 wurden sämtliche Anträge der beschwerdeführenden Gesellschaften abgewiesen.

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich eine auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, in der die Verletzung der beschwerdeführenden Gesellschaften in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter sowie auf Gleichheit vor dem Gesetz behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des Bescheides begehrt wird.

5. Das BVA hat die Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift aber Abstand genommen. Der dem Verfahren als mitbeteiligte Partei beigezogene Auftraggeber Bund hat eine Äußerung erstattet, in der er den Beschwerdebehauptungen entgegentritt und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde begehrt.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige - Beschwerde erwogen:

1. Die Abweisung der auf die Nichtigerklärung der zitierten Ausschreibungsbestimmungen gerichteten Anträge hat das BVA wie folgt begründet:

Zu Spruchpunkt I. [betreffend den Ausschluss von Teilvergaben]:

"Gemäß §24 Abs1 BVergG sind zusammengehörige Leistungen grundsätzlich ungeteilt zu vergeben, um eine einheitliche Ausführung und eine eindeutige Gewährleistung sicherzustellen. Besonders umfangreiche Leistungen können örtlich, zeitlich oder nach Menge und Art geteilt vergeben werden.

Gemäß Abs2 leg.cit. sind Leistungen verschiedener Zweige der Wirtschaft getrennt zu vergeben.

Gemäß Abs3 leg.cit. sind für die Wahl der Vorgangsweise nach Abs1 und Abs2 wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte maßgebend.

Der Auftraggeber schrieb die gegenständlichen Leistungen aufgrund der sie anordnenden wasserrechtlichen Bescheide aus, die gegenständlichen Leistungen haben die Räumung der Fischerdeponie zum Ziel und stellen daher ein Projekt dar. Somit sind sie als zusammengehörige Leistungen iS des §24 Abs1 BVergG anzusehen.

Für solche ordnet §24 Abs1 leg.cit. den Primat einer einheitlichen Vergabe an, da er bestimmt, dass solche Leistungen geteilt werden können, wenn und soweit dies nicht eine einheitliche Ausführung und Gewährleistung gefährdet. Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für die geteilte Vergabe stellt §29 Abs1 zweiter Satz BVergG auf, wonach zu einem Gesamtvorhaben gehörige Ausschreibungen einzelner Fachgebiete sachlich und terminlich abzustimmen und in gleicher Weise rechtzeitig zu veranlassen sind. Diese Bestimmung überwälzt im Fall einer getrennten Vergabe das Koordinierungsrisiko und das Risiko des technischen und funktionellen Erfolgs des gesamten Vorhabens auf den Auftraggeber. Er ist nur berechtigt, eine getrennte Vergabe durchzuführen, wenn und insoweit er dazu die notwendigen Fähigkeiten besitzt. Andernfalls hat er zwingend Sachverständige beizuziehen. Der Sachverständige haftet aber nur im Wege der Sachverständigenhaftung gemäß §1299 f ABGB und vermag daher weder das Koordinationsrisiko noch das Erfolgsrisiko des Auftragnehmers zu übernehmen. Wenn daher §24 Abs1 BVergG die Regel der Gesamtvergabe aufstellt, ist das Risiko der getrennten Vergabe und damit der Leistungsteilung an den dort genannten Normzwecken Eindeutigkeit der Gewährleistung und Einheitlichkeit der Ausführung zu messen. Die Übernahme des Koordinationsrisikos gefährdet die Einheitlichkeit der Ausführung, die Übernahme des Erfolgsrisikos die Eindeutigkeit der Gewährleistung, da der Auftraggeber die Gesamtfunktion des Vorhabens nicht mehr im Wege der

Gewährleistung geltend machen kann, sondern diese sich auf die Teilleistungen beschränkt. Daher kann nur der Auftraggeber getrennt ausschreiben, der selbst über die notwendigen personellen und technischen Ressourcen zur Durchführung des Vergabeverfahrens und anschließend zur Überwachung und Abwicklung des Vorhabens verfügt.

Angesichts des Umfanges der Leistungen, des vom Auftraggeber glaubwürdig dargestellten komplexen Zusammenhanges der einzelnen Leistungsteile und insbesondere des besonderen öffentlichen Interesses an einer klaglosen Durchführung des Auftrages sprechen im gegenständlichen Fall schon die 'wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte' iS des §24 Abs3 BVergG dafür, dass der Auftraggeber das ihm durch Abs1 leg.cit. eingeräumte Ermessen in der Weise ausübt, dass er die gegenständlichen Leistungen nicht getrennt vergibt. Angesichts der personellen und fachlichen Ressourcen der als vergebende Stelle fungierenden und die Ersatzvornahme durchführenden Bezirkshauptmannschaft muß dem Auftraggeber insbesondere zugestanden werden, die Koordinierung durch einen Generalunternehmer vornehmen zu lassen. Dies gilt umso mehr angesichts des Umstandes, dass der ungeteilten Vergabe gemäß Abs1 leg.cit. grundsätzlich der Primat zukommt."

Zu Spruchpunkt II. [betreffend die Frage des Nachweises der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft]:

"Unbestritten ist, dass jedenfalls ein Teil der zu vergebenden Arbeiten Tiefbauten im Sinn des §202 Abs1 Z2, 3 GewO sind, sodass im Sinn des §127 Z4 GewO die Bewilligung zur Ausübung des Gewerbes erforderlich ist: Die Fassung des §202 Abs3 GewO ist derart weitgehend, dass die Übernahme von Gesamtaufträgen, die Bauarbeiten miteinschließen, idR in den Vorbehaltsbereich des Baumeisters fällt. Damit ist der gewerberechtliche Bauführerbegriff synonym mit der Position des Baumeisters als Generalunternehmer (Grabner/Stolzlechner/Wendl, Komm z GewO Rz 16 zu §202 GewO). Soweit nicht nach §202 Abs3 dritter Satz GewO der Baumeister ohnedies Arbeiten anderer Gewerbe ausführen darf, hat er sich nach Satz 4 dieser Gesetzesstelle eines hiezu befugten Gewerbetreibenden in der Form eines Subunternehmers zu bedienen. Wenn sich die Vollstreckungsbehörde daher auf die Befugnis eines Baumeisters (als Generalunternehmer) beruft, ist dies durch die Bestimmungen der Gewerbeordnung gedeckt.

Gesellschaften bürgerlichen Rechts (dazu zählen sowohl Arbeitsgemeinschaften als auch Bietergemeinschaften) sind auch im Sinn des §9 Abs1 GewO keine juristischen Personen. Sie sind daher nicht gewerberechtsfähig. Eine Gewerbeausübung ist daher nicht der bürgerlichen Gesellschaft, sondern unmittelbar ihren Mitgliedern zuzurechnen. Jeder Gesellschafter benötigt daher für jede gewerbliche Tätigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine eigene Gewerbeberechtigung (VwGH 22.11.1988, 88/04/0102 = ZfVB 1989/1180; VwGH 22.11.1994, 93/04/0107; Grabner/Stolzlechner/Wendl aaO Rz 5 zu §9; Gerscha/Steiner, Komm z GewO Rz 5 zu §9; Hanusch, Komm z GewO Rz 6 zu §9; vgl Arnold zur früheren Rechtslage in FS Kastner, 30 f).

§17 BVergG berechtigt zwar Arbeits- und Bietergemeinschaften zur Einreichung von Angeboten, im Auftragsfall sind die Arbeiten aber in Form einer Arbeitsgemeinschaft, also in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu erbringen, sodass wiederum alle Mitglieder die erforderliche Gewerbeberechtigung nachzuweisen haben. Eine Angebotslegung durch eine Vorgesellschaft, die im Zweifel den Regeln der errichteten aber noch nicht entstandenen Gesellschaft folgt, ist im Gesetz nicht vorgesehen; damit fällt aber die Möglichkeit fort, erst nach der Zuschlagserteilung die Rechtsform (auch im Sinn des §9 GewO) zu bestimmen.

Auch eine Inländerdiskriminierung liegt nicht vor.

Das Gleichbehandlungsgebot gebietet zwar die Gleichstellung aller Bieter, eine Diskriminierung von Inländern gegenüber Ausländern würde daher gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen. Seit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 9.12.1999, K des BKA BGBl II 2000/21 und der Neufassung des §373c GewO BGBl I 2000/88 ist aber eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes auszuschließen. Dass in anderen Staaten der EU eine dem §9 GewO entsprechende Norm fehlt, bedeutet gleichfalls keine Diskriminierung von Inländern, weil diese eben in anderen Staaten der EU wiederum mit den dortigen Staatsangehörigen gleich behandelt werden."

Zu Spruchpunkt III. [betreffend die Wahl des nicht offenen Vergabeverfahrens]:

"§19 BVergG statuiert zwar im Zweifel den Vorrang des offenen Verfahrens (Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung) gegenüber dem nicht offenen Verfahren (Verfahren mit beschränkter Ausschreibung).

Im vorliegenden Fall sind aber die Voraussetzungen des §19 Abs2 Z2 BVergG gegeben. Es kann als bekannt vorausgesetzt werden, dass die aus Gründen des Umweltschutzes unbedingt erforderliche Räumung der Fischer-

Deponie bereits durch mehr als 10 Jahre durch vielfältige Verfahren vor Verwaltungsbehörden und Gerichten ungebührlich verzögert wurde. Wie aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, setzt die Räumung der Deponie besondere Fachkenntnisse auch der Organisation und Logistik voraus, der Zuschlag darf auch nur an einen finanziell abgesicherten Bewerber erfolgen, um eine Insolvenzgefahr zu minimieren, die Zuverlässigkeit kann nur auf Grund bestehender Referenzen überprüft werden. Selbst bei restriktiver Interpretation liegen daher besondere Umstände vor, die ein Abgehen vom Primat des offenen Verfahrens rechtfertigen."

Zu Spruchpunkt IV. [betreffend den Nachweis einer "gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe"]:

"Mit der VO (EWG) Nr. 259/93 des Rates vom 1. Februar 1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft wurde die Abfallverbringung in Staaten der EWG und in Drittstaaten für alle Mitgliedsländer verbindlich geregelt, die VerbringungsVO ist mit 1.1.1997 unmittelbar anzuwenden. Der österreichische Gesetzgeber nahm dies zum Anlass, mit der EU-Nov 1996 zum AWG BGBl 1996/434 (RV 149 BlgNR 20. GP) das AWG dem EU-Recht anzupassen. Was nun den Export betrifft, besteht der wesentliche Unterschied zur genannten EWG-VO, dass dort eine Notifizierung mit Hilfe des Begleitscheines genügt, gegen die Einwände erhoben werden können. Österreich blieb aber in Ausführung der VO weiterhin dabei, dass ungeachtet der Notifizierung weiterhin ein Bescheid (auch bei Zustimmung) zu erlassen ist (RV 149 BlgNR 20. GP, 19). Das BVA hält diese Regelung für EU-konform (siehe dazu auch die Schlußanträge des Generalanwaltes Francis G. Jacobs in der Rechtssache C-6/00 vom 15.11.2001 über Vorabentscheidungsersuchen des VwGH).

Aus der Ausschreibung ergibt sich, dass eine Fraktionierung der Abfälle grosso modo bereits möglich ist. Es ist daher insbesondere auch schon jetzt die Angabe der Abfallschlüsselnummer, die Art und Konzentration der charakteristischen oder signifikanten Bestandteile der Abfälle möglich, sodass der Ausstellung des Begleitscheines keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen."

2. Unter der Behauptung, damit ihr verfassungesetzlich gewährleistetes Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt zu haben, wirft die beschwerdeführende Gesellschaft dem BVA im Hinblick auf die Spruchpunkte I. und III. willkürliches Verhalten vor, als es dieses unterlassen habe, sich mit erheblichem Vorbringen - insbesondere jenem, dass die ausgeschriebenen Leistungen unterschiedlicher Art wären, die den Ausschluss von Teilvergaben nicht rechtfertigen könnten - auseinanderzusetzen. Das Gebot der Nichtdiskriminierung (Art12 EG) und das Gebot eines fairen und lauteren Wettbewerbes (§16 Abs1 BVergG) stünden einer Ausschreibung entgegen, bei denen nur wenige Unternehmen anbieten könnten und leistungsfähige Wettbewerber ausgeschlossen seien. Die vom Auftraggeber gewählte Ausschreibungsstruktur würde den Kreis der potentiellen Bieter und damit den Bieterwettbewerb unsachlich beschränken und ausländische Bewerber, welche über inländische Entsorgungskapazitäten innerhalb der Bewerbungsfrist nicht verfügen könnten, (versteckt) diskriminieren: Durch die Verbindung von Räumungs- und Entsorgungsleistungen könnten de facto nur Räumungsunternehmen anbieten, die über inländische Entsorgungskapazitäten verfügen würden. Das BVA habe ihren diesbezüglichen Antrag aber abgewiesen, ohne dafür eine substantielle Begründung zu liefern. Im Hinblick auf die Wahl des nicht offenen Vergabeverfahrens und die Abweisung des auf die Nichtigerklärung dieser Ausschreibungsbestimmung gerichteten Nachprüfungsantrags hätte das BVA die Rechtslage grundlegend verkannt.

Zu Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides (betreffend den von allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft geforderten Nachweis der Befugnis "Baumeister") führen die beschwerdeführenden Gesellschaften Folgendes aus:

"Obwohl die von uns bekämpfte Ausschreibung aus drei Leistungsteilen (Räumung Deponie, Transport, Entsorgung) besteht, soll nach Auffassung der belangten Behörde ein jedes Mitglied der Bewerber-/Bietergemeinschaft über eine Baumeisterkonzession verfügen (angefochtener Bescheid, S 43). Dies widerspricht - wie wir mehrfach vorgebracht haben - den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und dem BVergG. Auch verkennt die belangte Behörde die gewerberechtlichen Erfordernisse. Dazu im Einzelnen:

Sinn und Zweck einer Bietergemeinschaft ist, daß ob der Komplexität einer Ausschreibung (Koppelung verschiedenster Leistungen unterschiedlicher Wirtschaftszweige) sich Unternehmen mit unterschiedlichen Fähigkeiten, Kapazitäten und Befugnissen zusammenschließen und ein gemeinsames Angebot abgeben. Dies ergibt sich schon aus den in unserer Replik vom 21.12.2001 dargelegten kartellrechtlichen Überlegungen. Der Zusammenschluß von Bietern zu einer Bietergemeinschaft, die über dieselben Befugnisse verfügen, ist nur eingeschränkt zulässig. Der

Zusammenschluß von Bietern, die über dieselben Befugnisse verfügen, müßte deren Ausschluß vom Vergabeverfahren wegen wettbewerbswidriger Absprachen (§52 Abs1 Z9 BVergG) zur Folge haben, wenn im Einzelfall nicht besondere Umstände dargetan werden.

Art 18 RL 93/37/EWG bzw §17 BVergG bestimmen ausdrücklich, daß Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote einreichen können. Bietergemeinschaften sind nicht verpflichtet, zwecks Einreichung des Angebots eine bestimmte Rechtsform anzunehmen.

Wollte man der Auffassung der belangten Behörde (und der mitbeteiligten Partei) folgen, wären aber interdisziplinäre Bietergemeinschaften bzw Bietergemeinschaften, die sich aus unterschiedlichen Befugnisträgern zusammensetzen, ausgeschlossen. Diese Auffassung konterkariert gerade den Sinn und Zweck von Bietergemeinschaften, nämlich den Zusammenschluß von Unternehmen, die nicht über dieselben Befugnisse/Kapazitäten verfügen.

Vor allem schließt diese Auffassung der belangten Behörde - entgegen §17 BVergG - Bietergemeinschaften nahezu aus: Nach ihrer Auffassung sind Bietergemeinschaften zwischen interdisziplinären Unternehmen aus gewerberechtlichen Überlegungen nicht möglich. Das Kartellrecht, auf das §52 Abs1 Z9 BVergG verweist, verbietet jedoch Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen, die ohnehin dasselbe können, also über dieselben Befugnisse verfügen. Ein solch eingeschränkter Begriff der Bietergemeinschaft kann dem Gesetzgeber und der Richtlinie 93/37/EWG nicht unterstellt werden, zumal ausdrücklich bestimmt ist, daß Bieter für den Zweck der Angebotsabgabe noch keine bestimmte Rechtsform anzunehmen haben.

In Verkennung der ausdrücklichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften legt die belangte Behörde die gewerberechtlichen Erfordernisse unrichtig aus. Richtig sind zwar ihre allgemeinen gewerberechtlichen Ausführungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn diese eine gewerbliche Tätigkeit ausübt. Die belangte Behörde unterläßt jedoch die Prüfung, ob die bloße Bewerbung/Angebotsabgabe durch die Bietergemeinschaft als 'gewerbliche Tätigkeit' der Bietergemeinschaft gewertet werden kann. Sie setzt sich mit der Frage der gewerblichen Tätigkeit der Bietergemeinschaft nicht auseinander, obwohl dies Voraussetzung für ihre Überlegungen ist.

Gerade im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlich gebo-tene Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, des gemeinschaftsrechtlichen Gebots, daß die Bietergemeinschaft keine besondere Rechtsform anzunehmen hat und der nunmehr herrschenden Rechtssprechung des EuGH, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit (EuGH RS C-176/98 Holst Italia, Rz 31, EuGH RS C-5/97 Ballast Nedam, Rz 13 f) kann den gewerberechtlichen Bestimmungen nicht unterstellt werden, daß die Bietergemeinschaft selbst schon gewerblich tätig ist und über entsprechende gewerberechtliche Befugnisse verfügen muß. Die Bestimmung, daß eine Bietergemeinschaft keine besondere Rechtsform anzuwenden hat, inkludiert auch das Gebot, daß Bietergemeinschaften selbst über keine gewerbliche Befugnis verfügen müssen. Sie können auf die Befugnisse ihrer jeweiligen Mitglieder verweisen; und zwar kumulativ.

Zwar bestimmt §1 Abs4 GewO, daß 'das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird'. Beabsichtigt der Anbietende jedoch, den Gegenstand einer gewerblichen Tätigkeit nicht selbst auszuüben, und kündigt er an, daß die Gewerbetätigkeit von einem bestimmten befugten Gewerbetreibenden ausgeübt wird, liegt kein Anbieten im Sinne des §1 Abs4 2. Satz GewO vor (vgl Grabler/Stolzlechner/Wendel, Kommentar zur GewO, zu §1 Rz 16; OGH 9.1.1990, 4 Ob 177/89 in ecolex 1990, 289). Im Hinblick auf die vergaberechtliche und gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Bietergemeinschaften und die Möglichkeit, auf Dritte zu verweisen, übt die Bietergemeinschaft - und damit all ihre Mitglieder - durch die bloße Abgabe eines Angebots noch keine gewerbliche Tätigkeit aus. Sie kann darauf verweisen, daß die einzelnen angebotenen gewerblichen Tätigkeiten von den jeweils befugten Mitgliedern einer Bietergemeinschaft durchgeführt werden oder im Auftragsfall eine Gesellschaft gegründet wird, die über alle geforderten Befugnisse verfügen wird.

Auch andere gewerberechtliche Befugnisse berechtigen zum Angebot/Übernahme aller ausgeschriebenen Leistungen.

Weiters hat die belangte Behörde übersehen, daß für die Durchführung der hier ausgeschrieben Leistungen nicht ausschließlich die Baumeisterkonzession die erforderlichen Leistungen abdeckt. Wir haben mehrfach darauf hingewiesen, daß die ausgeschriebenen Bauleistungen (hier: einfache Grabarbeiten) auch von Inhabern einer Gewerbebefugnis zur Entsorgung der Abfälle angeboten/übernommen werden können. Auch die Entsorger hätten (genauso wie die Baumeister nach §202 Abs2 GewO) einen Gesamtauftrag übernehmen können, der Baumeisterarbeiten inkludiert, sofern sie sich zur Ausübung dieser Bauleistungen eines Baumeisters als

Subunternehmer bedienten (§36 iVm §33 GewO). Die belangte Behörde ist auf unser diesbezügliches Vorbringen (Nichtigerklärungsantrag vom 12.11.2001, S 18) nicht eingegangen. Worin der Unterschied zum Generalunternehmervorbehalt für die Baumeister in concreto liegt, hat die belangte Behörde nicht ausgeführt. Richtigerweise ist davon auszugehen, daß die Entsorgungsleistungen zumindest ebenso wichtige Teilleistungen sind wie die dem Baumeister vorbehaltenen 'Grabarbeiten'.

Auch übersieht die belangte Behörde, daß der Generalunternehmervorbehalt des Baumeisters (§202 Abs3 GewO) sich nur auf Arbeiten 'im Rahmen seiner Bauausführung' erstreckt. Davon getrennte Leistungen, wie zB die Entsorgung von Abfällen in erheblichem Umfang (zT gefährliche Abfälle) ist von diesem Generalvorbehalt des Baumeisters nicht gedeckt. Auch darauf ist die belangte Behörde - trotz unseres Vorbringens in der mündlichen Verhandlung - in ihrer Begründung nicht eingegangen. Sie setzt sich in ihrer Begründung (angefochtener Bescheid, S 51) nicht mit der Frage auseinander, inwieweit die Abfallentsorgung/Verwertung gefährlicher Abfälle in erheblichem Umfang als Teil der Bauausführung gewertet werden kann. Anders als beim Tunnelbau oder normalen Erdarbeiten geht es nicht um die Verlagerung eines normalen Bodenaushubs, sondern um eine sachgemäße Entsorgung zum Teil gefährlicher Abfälle. Dies kann nicht als 'Bauausführung' gewertet werden, sodaß der spezielle Generalunternehmervorbehalt des Baumeisters die Übernahme aller Leistungen nicht rechtfertigt."

Im Hinblick auf Spruchpunkt IV. des angefochtenen Bescheides erachten sich die beschwerdeführenden Gesellschaften in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter zunächst dadurch verletzt, dass es das BVA als vorlagepflichtiges Gericht iSd Art234 Abs3 EG unterlassen habe, dem EuGH die Frage vorzulegen, ob die vergebende Stelle angesichts der Regelungen der EG-VerbringungsVO, Verordnung (EWG) Nr. 259/93 des Rates vom 1. Februar 1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen, AB Nr. L 30 v. 6.2.1993, in ihren Ausschreibungsunterlagen zu Recht die Vorlage einer Exportgenehmigung verlangen durfte.

Die beschwerdeführenden Gesellschaften führen dazu Folgendes aus:

"Obwohl die belangte Behörde selbst ursprünglich Zweifel hat an der von uns gerügten Forderung nach einer gültigen Exportgenehmigung bloß für den Fall, daß die zu entsorgenden Abfälle in eine nicht in Österreich liegende Anlage eingebracht werden sollen (vgl angefochtener Bescheid, S 45 3. Absatz), hat sie unseren Nichtigerklärungsantrag abgewiesen, ohne zuvor ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen. Wenn der belangten Behörde nicht ohnehin schon aufgrund der einschlägigen Rechtssprechung des EuGH klar gewesen ist, daß diese ausschließlich ausländische Entsorgungseinrichtungen treffende Verpflichtung gegen das Verbot der versteckten Diskriminierung verstößt, hätte sie ein diesbezügliches Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten gehabt. Ein solches Vorabentscheidungsersuchen war - da das Bundesvergabeamt diese Bestimmung nicht ohnehin für nichtig erklärt hätte - erforderlich, weil

* nach der Abfallverbringungsverordnung 93/259/EWG die

Verbringung von Abfällen in Mitgliedstaaten nicht an eine vorangehende 'Genehmigung' gebunden werden darf; und

* diese Bedingung faktisch die Bedeutung hatte 'Abfälle

sind in Österreich zu deponieren'

(vgl zB EuGH RS C-3/88, Slg 1989, 4035, Rz 8 f inwN; EuGH RSC-272/91, Slg 1994, 1409, Rz 4 ff; EuGH RS C-243, Slg 1993, 3353, Rz 23). Nach Art3 Abfallverbringungsverordnung 93/259/EWG sind Personen, die Abfälle ins Ausland zu verbringen beabsichtigen, bloß verpflichtet, kurz vor Verbringung der Abfälle ins Ausland dies den Behörden am Bestimmungsort und am Versandort zu notifizieren (Art3 Abfallverbringungsverordnung). Eine von der mitbeteiligten Partei spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geforderte Exportgenehmigung darf nach der Abfallverbringungsverordnung nicht gefordert werden. Sie schränkt die Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Entsorgung von Abfällen in einer der Abfallverbringungsverordnung widersprechenden Art ein. Hinzu kommt, daß - anders als nach der Abfallverbringungsverordnung - die Exportgenehmigung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorzulegen ist, also zu einem Zeitpunkt, zu dem

die Auftragserteilung und die Verbringung der Abfälle ins Ausland ungewiss ist und

aufgrund der Angaben in den Teilnahmeunterlagen faktisch nicht die erforderliche Notifikation durchgeführt werden konnte.

Erst im Zuge der Räumung der Fischer-Deponie (= Auftragsdurchführung), insbesondere der erforderlichen Selektierung der darin gelagerten Abfälle, können die nach Art3 Abs5 Abfallverbringungsverordnung geforderten Details der Abfallverbringung notifiziert werden (insbesondere Zusammensetzung und Menge der zur Beseitigung bestimmten Abfälle; Name des Empfängers der Abfälle; Maßnahmen zur Gewährleistung der Transportsicherung; Vorkehrung in Bezug auf Strecken und Versicherungen für Schäden).

Diese - nach der Abfallverbringungsverordnung unzulässige - Forderung nach einer Exportgenehmigung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hat faktisch zur Folge, daß die zu räumenden Abfälle in Österreich zu deponieren bzw zu verwerten sind. Ausländische Entsorgungsunternehmen werden in einer EU-widrigen Form diskriminiert. Die Forderung nach einer Exportgenehmigung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe kommt faktisch der Forderung gleich, die zu räumenden 'Abfälle in Österreich zu deponieren', was unzweifelhaft gemeinschaftsrechtswidrig ist (vgl EuGH RS C-243, Slg 1993, 353, Rz 23).

[...]

Die belangte Behörde hält - entgegen ihrer in der Verhandlung vom 8.1.2002 geäußerten Rechtsansicht - nunmehr die geforderte Exportgenehmigung für EU-konform. Als Begründung für ihre Auffassung verweist sie aber bloß - ohne weitere Begründung - auf die Schlußanträge des Generalanwalts Frances G. Jacobs in der Rechtssache C-6/00 vom 15.11.2001 über das Vorabentscheidungsersuchen des VwGH. Auf welche Aussage sich die belangte Behörde in concreto bezieht, ist dem Zitat nicht zu entnehmen. Die Schlußanträge des Generalanwalts Frances G. Jacobs vom 15.11.2001 in der Rechtssache C-6/00 enthalten aber - entgegen dem Verweis der belangten Behörde - keine Aussage über die Zulässigkeit einer einzelstaatlichen Genehmigung im Vorfeld zu einer beabsichtigten Abfallverbringung ins Ausland, geschweige denn zur Zulässigkeit der Forderung nach einer solchen Exportgenehmigung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die Abfallverbringung noch äußerst ungewiß und unbestimmt ist."

3. Der dem Verfahren als mitbeteiligte Partei beigezogene Auftraggeber Bund bestreitet in seiner Äußerung zunächst die Auffassung der beschwerdeführenden Gesellschaften, dass es im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stünde, für die Verbringung von Abfall den Nachweis einer Exportgenehmigung zu fordern. Auch seiner Festlegung, den Nachweis der Befugnis "Baumeister" von allen Mitgliedern etwaiger Bietergemeinschaften zu verlangen, sei das BVA zu Recht nicht entgegengetreten:

"Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr, dass gegenständlich Generalunternehmerleistungen zu vergeben waren. Diese Generalunternehmerkompetenz kommt gem §202 und §225 GewO - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen - bloß den 'Baumeistern' und 'Bauträgern' zu. Diese sind daher - im Gegensatz zu befugten Entsorgern - berechtigt, Subunternehmer in Bezug auf Leistungen anderer Gewerbe, aber auch betreffend des eigenen Gewerbes, zu bestellen.

Auch die Verweise der Beschwerdeführerinnen auf die Urteile des Europäischen Gerichtshofes in den Rs C-176/98 Holst Italia und C-5/97 Ballast Nedam gehen fehl.

Die von den Beschwerdeführerinnen diesfalls angezogenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes beziehen sich auf die Möglichkeit mangelnde technische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch den Nachweis der Verfügbarkeit entsprechender Mittel von Seiten Dritter zu substituieren.

Zur Klarstellung wird daher auf §16 Abs1 BVergG hingewiesen,

wonach 'Aufträge über Leistungen ... an ... befugte, leistungsfähige

und zuverlässige Unternehmer ... zu vergeben' sind.

Gleichermaßen trifft der Gesetzgeber gem §47 Abs2 und Abs5, sowie gem §52 Abs1 Z1 und gem §58 Abs2 BVergG zwischen Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Unternehmens eine deutliche Differenzierung.

Entsprechend dem eindeutigen Wortsinn der angeführten Bestimmungen bezieht sich die hier gesetzlich bestimmte Anforderung der technischen Leistungsfähigkeit im Wesentlichen auf die technische Ausrüstung und Qualifikation des Unternehmers.

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit definiert sich gem §60 Abs1 Z2 BVergG als Nachweis über die wirtschaftlichen Unternehmenskennzahlen und daher über die geschäftliche Entwicklung und den Status des Unternehmens.

Demgegenüber ist in der Befugnis die entsprechend den gewerbe- und berufsrechtlichen Vorschriften bestehende rechtliche Zulässigkeit der Leistungserbringung durch den Unternehmer zu sehen.

Während der Bieter auf technisches Material und Personal eines verbundenen Unternehmens zugreifen kann und hiedurch die eigene mangelnde technische Leistungsfähigkeit erfolgreich zu kompensieren vermag, ist dies für die Befugnis nicht möglich.

Gleichermaßen bietet die von Seiten der Mitglieder einer

beabsichtigten Bewerbergemeinschaft verbindlich nachgewiesene

finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch dann dem

Auftraggeber Schutz vor den Folgen einer allfälligen Insolvenz, wenn

dieser durch die Mitglieder einer zukünftig zu errichtenden ARGE gem

§17 BVergG gemeinsam aufgrund der dann bestehenden Solidarhaftung gem

§15 Z7 BVergG gewährleistet wird.

Aus diesem Grund ist jedes solidarisch haftende Mitglied der

Bietergemeinschaft zur Leistungserbringung verpflichtet. Dieses muss daher erforderlichenfalls die Leistung auch allein erbringen. Nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung setzt dies aber gleichermaßen voraus, dass jedem Mitglied der Bietergemeinschaft die Leistungserbringung grundsätzlich - allenfalls unter Heranziehung geeigneter Subunternehmer - möglich ist.

Mangelt es einem Mitglied einer Bietergemeinschaft an der erforderlichen finanziellen, wirtschaftlichen oder technischen Leistungsfähigkeit, so ist die Leistungserbringung durch die gesetzlich verfügte Solidarhaftung der übrigen Mitlieder weiterhin sichergestellt.

Demgegenüber steht die Tatsache, dass sich der Unternehmer für die Durchführung einer, einem befugten Unternehmer vorbehaltenen Leistung, nicht auf die Befugnis eines Dritten berufen kann, da diese Befugnis ein Recht darstellt, das nicht übertragbar ist.

Ist die Befugnis nicht gegeben, so können auch allfällige finanzielle, personelle oder technische Mittel etwa eines verbunden Konzernunternehmens nicht die Leistungserbringung durch den Bewerber/Bieter sicherstellen.

Aus obigen Darlegungen ergibt sich auch, dass die belangte Behörde keineswegs entgegen dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut bzw der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes entschieden und daher auch keinesfalls die Rechtslage völlig verkannt hat."

4. Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.413/1985, 11.682/1988) nur vorliegen, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat.

Ein willkürliches Verhalten kann einer Behörde unter anderem dann vorgeworfen werden, wenn der Bescheid wegen groben Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch steht (zB VfSlg. 10.337/1985, 11.436/1987).

Obgleich die erstbeschwerdeführende Gesellschaft eine ausländische juristische Person (mit Sitz in Deutschland) ist, kann sie sich im vorliegenden Fall auf das Gleichheitsrecht berufen. Ihr kommt nämlich die aus ArtI Abs1 des - seinem Wesen nach gleichfalls nicht auf physische Personen beschränkten - BVG BGBl. 390/1973 abzuleitende, verfassungsgesetzlich geschützte Rechtsposition auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander zu, welche nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes auch dann verletzt ist, wenn die belangte Behörde Willkür geübt hat (vgl. VfSlg. 14.516/1996, 14.699/1996, 15.074/1998 ua.). Angesichts dessen erübrigt sich eine genaue Untersuchung der Frage, ob sich die erstbeschwerdeführende Gesellschaft im konkreten Fall auch unter Bedachtnahme auf gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen auf die durch Art2 StGG und Art7 B-VG

verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte oder auf den vom Nationalrat als verfassungsändernd genehmigten Art4 des EWR-Abkommens, BGBl. 909/1993, berufen könnte, der im Anwendungsbereich dieses Abkommens "jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit" verbietet (vgl. schon VfSlg. 15.668/1999).

5. Dem BVA ist zunächst nicht entgegenzutreten, wenn es mit den Spruchpunkten I. und III. des bekämpften Bescheides die Nachprüfungsanträge abgewiesen hat: In jenen Punkten hat das BVA - anders als zu den Spruchpunkten II. und IV. - seine Entscheidungen nachvollziehbar und vertretbar begründet. Ob das BVA die aufgeworfenen Fragen nach der Zulässigkeit der Gesamtvergabe und nach der Wahl des Vergabeverfahrens im Einzelnen rechtsrichtig beurteilt hat, obliegt zur Prüfung nicht dem Verfassungsgerichtshof; und zwar auch dann nicht, wenn sich die Beschwerde - wie im vorliegenden Fall - gegen einen Bescheid des BVA (einer Kollegialbehörde nach Art133 Z4 B-VG) - richtet, der beim Verwaltungsgerichtshof nicht bekämpft werden kann (vgl. VfSlg. 10.565/1985, 10.659/1985, 12.697/1991). Deshalb ist auch Spruchpunkt V. des angefochtenen Bescheides, mit dem der Antrag, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, abgewiesen wurde, nicht entgegenzutreten.

6. Hingegen ist die gegen die Spruchpunkte II. und IV. des angefochtenen Bescheides erhobene Beschwerde begründet:

a) Das BVA hat seine Entscheidung, die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung nach dem Nachweis der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft als rechtskonform anzusehen (Spruchpunkt II.), damit begründet, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts (wozu auch Bietergemeinschaften zählen würden) keine juristischen Personen iSd §9 Abs1 GewO und sohin nicht gewerberechtsfähig wären. Eine Gewerbeausübung durch die Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft wäre daher unmittelbar ihren Mitgliedern zuzurechnen, weshalb jeder Gesellschafter für jede gewerbliche Tätigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine entsprechende Gewerbeberechtigung aufweisen müsse. Das BVA schließt daraus, dass sämtliche Mitglieder über die Gewerbeberechtigung für alle angebotenen Leistungen - und nicht nur für ihren Leistungsanteil - verfügen müssen.

Ein solches (undifferenziertes) Rechtsverständnis verkennt - wie das BVA in seiner Vorjudikatur (vgl. etwa die Entscheidung vom 24. Oktober 1997, N-20/97-12) selbst konstatiert - aber Sinn und Zweck des Institutes der Bietergemeinschaft im Vergaberecht:

Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zwecke der Einreichung eines gemeinsamen Angebots in einem Vergabeverfahren (§15 Z10 BVergG). Indem §17 BVergG - in Entsprechung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben - Bietergemeinschaften die Einreichung von Angeboten in einem Vergabeverfahren ermöglicht, ohne sie zu verpflichten, hiezu eine bestimmte Rechtsform anzunehmen, wird auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts eine Beteiligung am Vergabeverfahren ermöglicht. Die Gesellschafter haben allein die Erklärung abzugeben, dass sie im Auftragsfalle die Leistung als Arbeitsgemeinschaft erbringen würden. Unter einer solchen Arbeitsgemeinschaft wiederum versteht das BVergG einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung "auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen" (Hervorhebung durch den Verfassungsgerichtshof) verpflichten (§15 Z7 BVergG). Dass Bietergemeinschaften in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Fall der Zuschlagserteilung zwecks Erbringung der beauftragten Leistung jedenfalls eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen haben (die Arbeitsgemeinschaft sohin aus der Bietergemeinschaft entsteht), ergibt sich schon aus §17 BVergG. Im Ergebnis müssen daher für Bietergemeinschaften dieselben Voraussetzungen im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse gelten wie für Arbeitsgemeinschaften. Welcher Gehalt der Wendung "oder verschiedener Fachrichtungen" in §15 Z7 BVergG dann aber zukommen kann, wenn das BVergG für Bietergemeinschaften tatsächlich verlangen sollte, dass jedes ihrer Mitglieder für die Erbringung einer Gesamtleistung immer alle erforderlichen gewerberechtlichen Befugnisse für sämtliche angebotenen Leistungen nachzuweisen hat, wäre nicht erfindlich. Vielmehr legt die Bestimmung nahe, dass der Vergabegesetzgeber durch die Ermöglichung von Bietergemeinschaften gerade die Kumulation verschiedener Fachrichtungen zur Besorgung einer heterogenen Gesamtleistung ermöglichen wollte.

Die im Gesetz angeordnete solidarische Haftung der Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft spricht nicht gegen eine solche Auffassung: Die Solidarhaftung gewährleistet, dass der Auftraggeber, der auf die interne Koordination der Teilleistungen der Mitglieder der Bieter- und späteren Arbeitsgemeinschaft untereinander keinen Einfluss hat, im Gewährleistungs- oder Haftungsfall auf alle Mitglieder und damit auch auf deren gesamte finanzielle Leistungsfähigkeit

zurückgreifen kann, während jeder der Mitglieder eine Teilleistung im Rahmen seiner Fachrichtung, für die er auch eine Gewerbeberechtigung haben muss, erbringt. Die Behauptung des Bundes, dass Generalunternehmerleistungen zu vergeben waren, ist durch den Inhalt der Ausschreibung nicht gedeckt, wonach maximal vier befugte Unternehmen an einer Bietergemeinschaft beteiligt sein können, was bei einer Beauftragung als Generalunternehmer sehr ungewöhnlich wäre.

Im angefochtenen Bescheid unterlässt es das BVA gänzlich, auf diese Aspekte einzugehen. Es begnügt sich vielmehr damit, lapidar auf eine zu §9 Abs1 GewO ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen, ohne auf die Besonderheiten der diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte oder ihre Relevanz für das Vergaberecht (auch nur ansatzweise) zu erörtern. Der §9 Abs1 GewO zugrunde liegende, allgemeine Ordnungsgedanke im Hinblick auf einen geregelten Wirtschaftsverkehr (vgl. Holoubek, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - Zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 5/2003, 269) lässt §17 BVergG unberührt: Zwar ist der Auffassung nicht entgegenzutreten, dass bei einer (regelmäßigen) gewerblichen Tätigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts jeder Gesellschafter - unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung tatsächlich erbringt - eine eigene Gewerbeberechtigung vorzuweisen hat. Dass aber sämtliche Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich allein zum Zweck der Durchführung eines konkreten, einmaligen Projektes bildet, alle insgesamt erforderlichen Gewerbeberechtigungen aufweisen müssen, lässt sich aus der Gewerbeordnung nicht ableiten. Eine solche Annahme lässt sich auch nicht auf die von der belangten Behörde ins Treffen geführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs stützen.

Die vom BVA vertretene Rechtsauffassung reduziert - worauf auch die beschwerdeführenden Gesellschaften im Ergebnis zu Recht hinweisen - den Anwendungsbereich von Bietergemeinschaften auf Kooperationen zwischen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges, und zwar auch in jenen Fällen, in denen die ausgeschriebene Leistung gänzlich unterschiedliche Fachrichtungen umfasst. Sie steht damit in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsprinzip als zentralem Grundsatz des Vergaberechts (§16 Abs1 BVergG). Dies zeigt gerade der konkrete Anlassfall, in dem drei unterschiedliche Leistungen zu erbringen waren: Räumen der Deponie, Abtransport und (schließlich) die fachgerechte Entsorgung des geborgenen Abfalls im Wege einer Deponierung oder einer thermischen Verwertung. Im Zusammenhalt mit der vom BVA als zulässig erkannten Gesamtvergabe (und des damit einhergehenden Ausschlusses von Teilvergaben) mit Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides, hat die Auffassung des BVA zur Konsequenz, dass Entsorgungsbetriebe, die nicht gleichzeitig über die Baumeisterbefugnis verfügen, als Mitglied einer Bietergemeinschaft von vornherein ausgeschlossen sind.

Im Übrigen hat das BVA selbst in seiner Entscheidung vom 24. Oktober 1997, N-20/97-12, die gegenteilige Auffassung vertreten:

Auch in jener Entscheidung ging es darum, ob ein Bieter einer Bietergemeinschaft über eine entsprechende Berechtigung zum Anbieten einer vertragsgegenständlichen Leistung verfüge. In dieser Entscheidung hat das BVA darauf verwiesen, dass zwar nicht das konkrete Mitglied, aber ein anderer Partner der Bietergemeinschaft über die geforderte Befugnis verfüge. Das BVA führt diesbezüglich Folgendes aus:

"Wenn nun die Antragsgegnerin vorbringt, jeder Partner einer Bietergemeinschaft müsse über alle für die Ausführung der Leistung notwendigen Befugnisse verfügen, so irrt sie gröblich [Hervorhebung durch den Verfassungsgerichtshof] über den Zweck dieser Institution. Ratio legis des §17 BVergG ist es ja gerade zu ermöglichen, dass sich Unternehmen der unterschiedlichsten Wirtschaftszweige zur gemeinsamen Erbringung von Leistungen zusammenschließen und dabei ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und ihre Befugnis zusammenlegen können.

Würde man der Argumentation der Antragsgegnerin folgen, käme man zur lebensfremden Konsequenz, dass nur solche Unternehmen sich um die Errichtung eines Gebäudes im Wege der Gesamtbeauftragung bewerben dürfen, die über alle dafür notwendigen gewerberechtlichen Befugnisse verfügen. Dass der in Frage stehende Partner der antragstellenden Bietergemeinschaft über andere Berechtigungen, etwa das Handelsgewerbe, verfügt, wurde im Verfahren nicht in Zweifel gezogen. Das Bundesvergabeamt sieht daher keinen Grund, das Angebot der Antragstellerin gemäß §52 Abs1 Z1 auszuscheiden."

Es erscheint dem Verfassungsgerichtshof bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit daher eine differenzierende Sichtweise anhand der ausgeschriebenen Leistung geboten: Ist die Leistung homogen, auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen, dürften im Falle der Angebotslegung

durch eine Bietergemeinschaft alle Mitglieder die entsprechende Befugnis nachzuweisen haben. Ist aber - zulässigerweise - eine Gesamtleistung ausgeschrieben, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordert, dürfte lediglich darauf abzustellen sein, dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die gewerberechtliche Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat (so auch Aicher/Schramm, Nachweis der Befugnis von Arbeits- oder Bietergemeinschaften, ZVB 2002, 97).

Eine andere Auffassung würde Bietergemeinschaften verschiedener Fachrichtungen entgegen §15 Z7 BVergG von Vergabeverfahren ausschließen.

b) Schon in seinem Erkenntnis VfSlg. 10.057/1984 nahm der Verfassungsgerichtshof unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur (vgl. insbesondere VfSlg. 9293/1981) unter dem Aspekt einer Gleichheitsverletzung infolge Willkür der entscheidenden Behörde den Standpunkt ein, dass eine in die Verfassungssphäre reichende Mangelhaftigkeit auch dann vorliegt, wenn die Behörde den Bescheid mit Ausführungen begründet, denen kein echter Begründungswert zukommt. Eben jener Vorwurf ist dem BVA im Hinblick auf Spruchpunkt IV. des Bescheides zu machen, mit dem es einen Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaften auf Nichtigerklärung der in den Teilnahmeunterlagen enthaltenen Forderung, dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen ist, abgewiesen hat:

Keinen Begründungswert misst der Verfassungsgerichtshof der (zweisätzigen) Begründung des BVA zu, dass "eine Fraktionierung der Abfälle grosso modo" ebenso "bereits möglich" sei wie die "Angabe der Abfallschlüsselnummer, die Art und Konzentration der charakteristischen oder signifikanten Bestandteile der Abfälle", weshalb der Ausstellung eines Begleitscheines "keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen" würden. Mit einer solchen Begründung unterlässt es das BVA gänzlich, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie bereits während eines Vergabeverfahrens zur Räumung einer Deponie ein entsprechendes Notifizierungsverfahren betreffend den erst im Zuge der Räumung zu bergenden Abfall durchgeführt werden kann. Es mag zutreffen, dass sich zwar durch die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen die Art der zu erwartenden Abfälle bereits "grosso modo" spezifizieren lässt: Eben jene Ausschreibungsunterlagen verweisen aber selbst darauf, dass die angeführten Mengendaten auf "hochgerechneten Daten" basieren, von denen Abweichungen "sogar zu vermuten" seien.

Der angefochtene Bescheid enthält keinerlei Erwägungen zum Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaften: Mit keinem Wort erörtert das BVA etwa die aufgeworfene Frage, inwieweit die Forderung einer "gültigen Exportgenehmigung" bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung überhaupt erfüllbar (und insofern mit dem Prinzip der Gleichbehandlung der Bieter vereinbar) ist. Überlegungen in dieser Hinsicht wären nicht zuletzt angesichts der nicht von vornherein absehbaren Verfahrensdauer beachtlich gewesen.

7. Der Bescheid war im Umfang der Spruchpunkte II. und IV. wegen Verletzung der beschwerdeführenden Gesellschaften in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aufzuheben. Im Übrigen war die Beschwerde abzuweisen.

III. Kosten waren nicht zuzusprechen, da die beschwerdeführenden Gesellschaften mit ihrer Beschwerde nur etwa zur Hälfte erfolgreich waren und dementsprechend zu verpflichten gewesen wären, der mitbeteiligten Partei Bund die Hälfte ihres Kostenaufwandes zu ersetzen. Da der Bund (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) seinerseits den beschwerdeführenden Gesellschaften die Hälfte des Pauschalsatzes zu ersetzen gehabt hätte, waren die Kosten gegeneinander aufzuheben (vgl. schon VfGH 27.6.2003, B1044/01).

IV. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Schlagworte

Bescheidbegründung, Bescheid Trennbarkeit, Gewerberecht, Gewerbeberechtigung, Vergabewesen, VfGH / Kosten

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VFGH:2004:B531.2002

Dokumentnummer

JFT_09959379_02B00531_00

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, http://www.vfgh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at