

# TE Vfgh Erkenntnis 2001/6/20 B1560/00

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.06.2001

## Index

97 Vergabewesen

97/01 Vergabewesen

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt

B-VG Art144 Abs1 / Instanzenzugerschöpfung

BundesvergabeG 1997 §16 Abs4

BundesvergabeG 1997 §52 Abs1 Z2

BundesvergabeG 1997 §99 Abs2

VfGG §15 Abs2

## Leitsatz

Verletzung im Gleichheitsrecht durch die Nichtigerklärung einer beabsichtigten Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer infolge verfassungswidriger Gesetzesauslegung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes über die Ausscheidung von Bietern; einschränkende Gesetzesauslegung im Hinblick auf das Wettbewerbsprinzip geboten; Unterlassung jeglicher Ermittlungstätigkeit in der entscheidenden Frage der Wettbewerbsrelevanz der vom Beschwerdeführer geleisteten Vorarbeiten

## Spruch

1. Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen die Spruchpunkte II., III., IV. und VI. des angefochtenen Bescheides richtet, zurückgewiesen.

2. Durch die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides ist der Beschwerdeführer in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt worden.

Der Bescheid wird insoweit aufgehoben.

3. Der Bund (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) ist schuldig, dem Beschwerdeführer zuhanden seines Rechtsvertreters die mit S 14.750,- bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

Ansonsten werden keine Kosten zugesprochen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I . 1. a) Der Bund hat - vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Wr. Neustadt - mit Bekanntmachung im

Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, abgesandt am 28. Juli 1999, die Durchführung des Projektmanagements sowie der Überwachungs- und Planungsleistungen im Zuge der Gesamtträumung der Abfälle und des kontaminierten Untergrundes aus der sogenannten "Fischer-Deponie" im Verhandlungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG) ausgeschrieben.

Nach Evaluierung geeigneter Bewerber mit Ziviltechnikerbefugnissen oder gleichwertigen in Österreich oder in den anderen EWR-Mitgliedstaaten gültigen Befugnissen im Wege eines Präqualifikationsverfahrens wurden als geeignet erachtete Bewerber zur Beteiligung am anschließenden Verhandlungsverfahren eingeladen. Unter diesen war auch der Beschwerdeführer, der sich durch Legung eines Angebotes daran beteiligte.

Der Beschwerdeführer hatte bereits 1992/1993 in einer Arbeitsgemeinschaft - an der auch der mit der Durchführung der nunmehr gegenständlichen Auftragsvergabe beauftragte Zivilingenieur beteiligt war - mitgewirkt, die die Ingenieurleistungen für die den Westteil der Deponie betreffenden Voruntersuchungen erbrachte. Ein nunmehriger Subunternehmer des Beschwerdeführers führte damals - und auch 1998/1999 betreffend den Ostteil der Deponie - chemische Vorerkundungen durch.

Nach Durchführung des Verhandlungsverfahrens wurde durch den vom Auftraggeber beigezogenen Prüflingenieur dem Beschwerdeführer wie auch allen anderen Bietern mitgeteilt, daß der Auftraggeber beabsichtige, dem Anbot des Beschwerdeführers den Zuschlag zu erteilen.

b) Mehrere (im Vergabeverfahren auch als Bietergemeinschaften aufgetretene) Bieter beantragten daraufhin bei der Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK) die Durchführung von Schlichtungsverfahren bzw. - nach deren Erfolglosigkeit - die Durchführung von Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabeamt (BVA). Diese Verfahren wurden in der Folge zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und dem Beschwerdeführer (in allen Verfahren) Parteistellung zuerkannt.

Mit Bescheid vom 18. August 2000, Zlen. N-40/00-20, N-42/00-18 und N-44/00-11, hat das BVA die in diesen Verfahren gestellten Anträge wie folgt entschieden: Mit Spruchpunkt I. wurde dem Antrag eines Bieters, die ihm mitgeteilte Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, stattgegeben. Mit Spruchpunkt II. wurde dem Antrag einer weiteren Bietergemeinschaft, die Entscheidung des Auftraggebers, eine Niederschrift über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis nicht zu verfassen, für nichtig zu erklären, stattgegeben. Mit Spruchpunkt III. wurde dem Antrag, "die Entscheidung, trotz Verlangens der Antragstellerin Einsichtnahme in den ihr Angebot betreffenden Teil der Niederschrift nicht zu gewähren, weitere Auskünfte als mit Schreiben des (mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betrauten Zivilingenieurs) vom 21. Juni 2000 und 26. Juni 2000 nicht zu erteilen und insbesondere keine in Worte gefassten Erklärungen über die für die Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin wesentlichen Umstände zu geben sowie letztlich, nicht alle angeblichen Vorteile des vermeintlichen Bestbieters (des hg. Beschwerdeführers) bekanntzugeben", für nichtig zu erklären, stattgegeben. Mit Spruchpunkt IV. wurde im Nachprüfungsverfahren N-42/00 dem Antrag einer Bietergemeinschaft, das BVA möge die Entscheidung, "das Angebot des (hg. Beschwerdeführers) trotz spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht vorliegender Befugnis zur Durchführung der angebotenen Leistung nicht auszuschneiden und die Entscheidung, eine erst nach Angebotseröffnung, ja sogar erst nach der Zuschlagserteilung zu bildende ARGE (...) als Auftragnehmer zu akzeptieren", für nichtig zu erklären, wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen. Mit Spruchpunkt V. wurde im Nachprüfungsverfahren N-42/00 dem Antrag einer Bietergemeinschaft, das BVA möge die Entscheidung, "das Angebot des (hg. Beschwerdeführers) bzw. der ARGE (...) nicht gemäß §52 Abs1 Z2 BVerG auszuschneiden, obwohl (der Beschwerdeführer) als auch (sein Subunternehmer) vom Wettbewerb gemäß §16 Abs4 BVerG ausgeschlossen sind," für nichtig erklären, stattgegeben. Mit Spruchpunkt VI. wurde im Nachprüfungsverfahren N-42/00 dem Antrag einer Bietergemeinschaft, das BVA möge die Entscheidung, "innerhalb des an sich zulässigen Bewertungssystems in sachlich unbegründeter, die Bieter ungleich behandelnder und darüber hinaus gegen §16 Abs7 BVerG verstoßender Weise die Kriterien, 'Online-Datenübertragung' und 'Vertragsgestaltung' gewichtiger zu bewerten als die Umweltgerechtigkeit, auf welche sogar von Gesetzeswegen Bedacht zu nehmen sei", für nichtig erklären, abgewiesen. Mit Spruchpunkt VII. wurde im Nachprüfungsverfahren N-44/00 dem Antrag einer Bietergemeinschaft, das BVA möge die "Vergabeentscheidung des Auftraggebers, den gegenständlichen Auftrag an (den hg. Beschwerdeführer) vergeben zu wollen und (die Entscheidung,) das Hauptangebot der Antragstellerin mit insgesamt nur 78,24 Punkten, das erste Alternativangebot mit 78,74 Punkten, das zweite Alternativangebot mit 73,63 Punkten, das vierte Alternativangebot mit 74,82 Punkten und das fünfte Alternativangebot mit 74,97 Punkten zu bewerten, als nichtig aufheben", stattgegeben.

Schließlich wurde in Spruchpunkt VIII. in den Nachprüfungsverfahren N-40/00, N-42/00 und N-44/00 der Antrag des Beschwerdeführers, die unter den Spruchpunkten I. bis VII. zitierten Anträge auf Nichtigerklärung zurückzuweisen, bezüglich der mit den Spruchpunkten I., II., III., V., VI. und VII. erledigten Anträge abgewiesen, bezüglich des mit Spruchpunkt IV. erledigten Antrages wurde ihm stattgegeben.

Spruchpunkt I. wird dabei wie folgt begründet:

"Gemäß §16 Abs4 BVergG sind Unternehmer, die an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind, sowie mit diesen verbundene Unternehmer, sofern zwischen ihnen ein Beherrschungsverhältnis besteht, von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Sonderfällen nicht verzichtet werden kann.

Zunächst ist festzuhalten, dass angesichts von fünf für die zweite Stufe ausgewählten Bieter der Ausnahmetatbestand des begründeten Sonderfalls, in dem nicht auf die Beteiligung des für den Zuschlag vorgesehenen Bieter verzichtet werden kann, nicht vorliegt.

Bei der Anwendung des §16 Abs4 BVergG ist zu beachten, dass dieser nicht darauf abstellt, ob die Beteiligung von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern den Wettbewerb gefährdet, sondern kategorisch deren Ausschluss vom Wettbewerb anordnet.

Auszulegen verbleibt somit der Begriff 'Vorarbeiten für eine Ausschreibung'. Hiefür sind nun aufgrund der systematischen Einordnung des §16 Abs4 BVergG als Schutzobjekt und damit Auslegungsmaßstab sehr wohl der freie und lautere Wettbewerb und die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter heranzuziehen. Da diesen Grundsätzen jedoch einerseits im Vergaberecht zentrale Bedeutung zukommt und andererseits §16 Abs4 leg.cit. nicht explizit auf deren Verletzung abstellt, sondern kategorisch den Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern fordert und hierin auch nur mittelbar beteiligte Unternehmer einschließt, ist der Begriff 'Vorarbeiten für eine Ausschreibung' sehr weit auszulegen. Somit ist jede Tätigkeit, die der Vorbereitung der Ausschreibung dient und deren Durchführung durch einen Unternehmer im Vorfeld einer Ausschreibung bei dessen Beteiligung am darauf folgenden Wettbewerb eine, wenn auch geringe, so doch messbare Beeinträchtigung desselben bewirkt, als 'Vorarbeit für eine Ausschreibung' aufzufassen (vgl. auch Oberndorfer/Straube, Vergabe- und Verdingungswesen<sup>2</sup>, Anm 11 zu P. 1.3.2. der ÖNORM A 2050, insbesondere arg. 'irgendwie'.).

Auch der vom für den Zuschlag vorgesehenen Bieter angeführte Erwägungsgrund der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ist in diesem Sinn zu verstehen.

Zumindest eine geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbes im oben angeführten Sinn ist bei dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter gegeben, weil selbst durchgeführte Tätigkeiten eine unmittelbarere Vertrautheit mit den Gegebenheiten bewirken als die von dem als Bestbieter ermittelten Bieter und Auftraggeber eingewandte vollständige Weitergabe der Daten. Ebenso ist es den anderen Bieter nicht zumutbar, auf die vollständige Weitergabe vertrauen zu müssen. An diesen Umständen mag auch eine allfällige geringe Relevanz dieser Daten für die wesentlichen Teile des Angebots nichts zu ändern.

Das Argument, der Westteil lasse aufgrund der Verschiedenartigkeit der beiden Teile keine Schlüsse auf den Ostteil zu, wird erschüttert durch die einleitende Bemerkung zu den Voruntersuchungen des Ostteils im 'Endbericht über die Voruntersuchungen', wonach 'aufgrund der besonderen Kenntnisse und Erfahrungen aus den Voruntersuchungen des Westteiles jene Unternehmen, welche 1992 schon mit den Voruntersuchungen betraut waren, eingeladen wurden, jeweils ein Angebot über ihre Leistungen zu legen'.

Insbesondere indiziert auch die Zusammenarbeit des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters mit dem nunmehr die Ausschreibung durchführenden Zivilingenieur bei den der Ausschreibung vorangehenden Tätigkeiten ein Naheverhältnis zwischen den beiden, das bei letzterem den Anschein erwecken könnte, dass er - auch wenn er keine diesbezügliche Absicht hat - bei der Gleichbehandlung der Bieter beeinträchtigt ist. Hieran mag der vorgebrachte Umstand, dass sich inzwischen die Ausschreibungsgrundlagen wesentlich geändert haben, nichts zu ändern.

Dies wird auch nicht vom vorgebrachten Umstand berührt, dass der Arbeitnehmer des an Vorarbeiten beteiligten Unternehmers, der dessen Projektleiter war, nun nicht mehr bei diesem Unternehmer tätig ist.

Aufgrund all dieser Erwägungen ist die Bestimmung des §16 Abs4 BVergG auf den als Bestbieter ermittelten Bieter anzuwenden, daher ist dieser vom Wettbewerb auszuschließen.

Somit ist die Entscheidung des Auftraggebers, diesem Bieter den Zuschlag zu erteilen, rechtswidrig und gemäß §113 Abs2 Z2 BVerGG für nichtig zu erklären."

Dem mit Spruchpunkt V. erledigten Antrag wurde unter ausdrücklichem Verweis auf die für Spruchpunkt I. maßgeblichen Überlegungen stattgegeben; die durch die Spruchpunkte VII. und VIII. erfolgten Erledigungen stehen mit den Erledigungen durch die Spruchpunkte I. und V. in so engem Zusammenhang, daß die Begründung jener Erledigungen auch für sie Bedeutung hat.

c) Aufgrund des vorliegenden Bescheides des BVA wurde die Ausschreibung mit Schreiben vom 26. September 2000 gemäß §55 Abs1 BVerGG widerrufen.

2. a) Die vorliegende, auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof behauptet die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz, auf Unversehrtheit des Eigentums, auf Freiheit der Erwerbsausübung, auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter sowie die Verletzung in Rechten wegen Anwendung des als verfassungswidrig erachteten §16 Abs4 BVerGG. Der Beschwerdeführer begehrt zwar zunächst - offensichtlich in der Meinung der Untrennbarkeit der einzelnen Spruchpunkte - die Aufhebung des Bescheides "seinem gesamten Umfang nach" (S 2 der Beschwerde), wendet sich aber in seinem Beschwerdevorbringen ausdrücklich nur gegen jene "Spruchpunkte und Begründungen des angefochtenen Bescheides" (S 4), durch die Anträgen anderer Bieter auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, seinem Angebot den Zuschlag zu erteilen, stattgegeben wird und dies mit dem aufgrund der geleisteten Vorarbeiten zwingend zu gewärtigenden Ausschluß des Beschwerdeführers begründet wird.

b) Das BVA hat die Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift aber Abstand genommen.

c) Im zugrundeliegenden Vergabeverfahren als Bietergemeinschaft und im Nachprüfungsverfahren N-42/00 als Antragsteller aufgetretene Bieter haben als mitbeteiligte Partei eine Äußerung erstattet, in der sie den Beschwerdebehauptungen entgegentraten und beantragten, die Beschwerde kostenpflichtig zurückzuweisen oder als unbegründet abzuweisen.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat über die Beschwerde erwogen:

1. Gegen Entscheidungen des Bundesvergabebeamtes ist gemäß §99 Abs2 BVerGG 1997 ein Rechtsmittel nicht zulässig. Der Instanzenzug ist daher ausgeschöpft. Soweit sich die Beschwerde gegen die von den anderen Spruchpunkten trennbaren Spruchpunkte II., III., IV. und VI. wendet, bleibt sie nach Sinn und Richtung ihrer Ausführungen völlig unklar und entbehrt auch gänzlich einer auf diese Absprüche bezogenen Sachverhaltsdarstellung. Insoweit liegt daher ein Prozeßhindernis nach §15 Abs2 VerfGG vor (vgl. etwa VfSlg. 13.100/1992), weshalb die Beschwerde in diesem Umfang zurückzuweisen war. Im übrigen erweist sich die Beschwerde, da auch die übrigen Prozeßvoraussetzungen vorliegen, als zulässig.

2. a) Die Nichtigerklärung der Entscheidung der beabsichtigten Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer wird im angefochtenen Bescheid damit begründet, daß gemäß §52 Abs1 Z2 BVerGG die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag Angebote von Bieter, die nach §16 Abs4 BVerGG vom Wettbewerb ausgeschlossen sind, auszuschließen habe. §16 Abs4 BVerGG stelle "nicht explizit" auf die Verletzung der Grundsätze des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter ab, sondern fordere "kategorisch" den Ausschluß eines an Vorarbeiten beteiligten Unternehmers. §16 Abs4 BVerGG sei daher auf den Beschwerdeführer anzuwenden, weshalb die Entscheidung des Auftraggebers, diesem Bieter den Zuschlag zu erteilen, rechtswidrig und gemäß §113 Abs2 Z2 BVerGG für nichtig zu erklären sei.

b) Diese Rechtsansicht des BVA erachtet der Beschwerdeführer als grundlegend verfehlt, willkürlich und denkbar; sie begründe einen in die Verfassungssphäre reichenden Fehler der Behörde:

Zunächst verweist der Beschwerdeführer auf den Hintergrund des §16 Abs4 BVerGG im österreichischen sowie im europäischen Vergaberecht und führt hiezu unter anderem aus (Hervorhebungen im Original),

"daß die prinzipielle Stoßrichtung des §16 Abs4) BVerGG 1997 auf den Ausschluß solcher Unternehmungen geht, die an der Erstellung von Ausschreibungen mitgewirkt haben oder die konkrete Planungen zur anschließenden Verwendung in der Ausschreibung selbst geliefert haben."

Dies belege auch der gemeinschaftsrechtliche Hintergrund und die Entstehungsgeschichte der Regelung:

"Wie schon (...) näher dargestellt, nimmt der BVergG-Gesetzgeber auf diese EU-Vergaberechtsnovelle durch die EU-Vergaberichtlinie 97/52/EG in seinen Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2000 (...) ausdrücklich Bezug. Dabei wird - unter Betonung der Übereinstimmung mit dem ob zitierten

10. Erwägungsgrund - festgehalten, daß nur eine Beeinträchtigung des fairen und lautereren Wettbewerbes zum Ausschluß des betroffenen Vorarbeiten-Unternehmers führen könne, wobei keineswegs jeder allenfalls verbal umschreibbare Vorteil bereits zur pönalisierten 'Ausschaltung des Wettbewerbes' führe. Zutreffend wird (nur) auf den identen Informationsstand aller Bewerber abgestellt, der im konkreten Anlaßfall aber durch Abschnitt 4.2 des Angebotsschreibens vom 24.09.1999 (...) konkret hergestellt wird;

(A)uf der Basis dieser historischen Entwicklung der hier maßgeblichen EU-Richtlinie über öffentliche Dienstleistungsaufträge und ihres aktuellen Wortlautes erscheint daher die EU-Konformität des §16 Abs4 BVergG im verfahrensgegenständlichen Dienstleistungs-Anlaßfall nicht gegeben;"

Zur Frage der - die Ausscheidung seines Angebots begründenden - Mitwirkung an Vorarbeiten für die Ausschreibung nimmt der Beschwerdeführer wie folgt Stellung:

"Voruntersuchungen 1992 im Westteil der Fischer-Deponie:

(D)ie in den Jahren 1992 von mir durchgeführten Arbeiten erfolgten im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft (...) unter der Federführung von Zivilingenieur (...). Die 'ARGE (...)' wurde von der Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt beauftragt, die Räumung des Westteiles der Fischer-Deponie (ca. ein Viertel der gesamten Fischer-Deponie) auf Basis der damals vorliegenden Räumungsbescheide vorzubereiten. Nach geringfügigen Räumungsarbeiten (ca. 80 to) wurden danach die Arbeiten aber eingestellt (Vollstreckung abgebrochen), weil die Räumungsbescheide vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden waren.

Diese Voruntersuchungen wurden von der damaligen Arge (...) ausgeschrieben und von folgenden Firmen durchgeführt:

-

ZT-W (= mein Subunternehmer/ARGE-Partner):

chemische Untersuchungen des Abfalls,

-

G: Bodenluftuntersuchungen,

-

P: Untersuchungen Ablagerungen mittels Geomagnetik,

-

Arge H/G&B: Grabungsarbeiten/Bohrungen;

insgesamt wurden 80 Bodenaufschlüsse hergestellt und 105 chemische Analysen von gewonnenen Abfallproben durchgeführt. Mit den Untersuchungen wurde ca. ein Viertel der gesamten Fischer-Deponie (= Westteil) erkundet und zwar auf der Basis damaliger wasserrechtlicher Bescheide.

Der beprobte Abfall wurde von (Subunternehmer des Beschwerdeführers) ausschließlich chemisch analysiert und alle Analysendaten wurden dem 'Bericht Voruntersuchungen Westteil 'Fischer-Deponie' (ARGE (...))' dieser Arbeitsgemeinschaft angeschlossen. Aus den Analysendaten ist die Qualität des Abfalls objektiv 'ablesbar'; die gesamte Abfallwirtschaft basiert auf diesem System (siehe insbesondere Abfallwirtschaftsgesetz und Deponieverordnung). Die chemische Analyse läuft nach standardisierten Verfahren ab und ist bloß ein Hilfsmittel zur Beschreibung und Einstufung des Abfalls; weitere Untersuchungen (z.B. Sortierungen, Belüftung, etc.) des Abfalls wurden 1992 nicht durchgeführt.

Voruntersuchungen 1998/99:

(I)n den Jahren 1998/99 wurden von (namentlich genanntem Ziviltechniker) Untersuchungen am restlichen Deponieareal durchgeführt. Folgende Firmen kamen dabei zum Einsatz:

-

ZT-W: chemische Untersuchungen des Abfalls,

-

G: Bodenluftuntersuchungen,

-

P: Untersuchungen Ablagerungen mittels Geomagnetik,

-

Arge H/G&B: Grabungsarbeiten/Bohrungen;

im Rahmen dieser Vorerkundungen im Jahre 1999 wurden 8 Bohrungen, 9 Schächte und 17 Schürfe niedergebracht. Die Bohrungen wurden durch 40 Analysen, die Schächte durch 26 Analysen und die Schürfe durch 31 Analysen im Detail untersucht.

Weiters wurden 3 Großelutionsversuche durchgeführt (diese wurden durch 3 Analysen begleitet). Außerdem wurden 4 Sickerwasserproben und eine Grundwasserprobe analysiert. Im Rahmen der Vorerkundung wurden 4 Faßinhalte und 6 Muldeninhalte (im Zuge der Vorerkundungsmaßnahmen mit Faßfragmenten, Gebinden mit ausgehärteten bzw. pastösen Resten sowie offensichtlich hochkontaminiertem Erdreich befüllt) analysiert.

Weiters wurde eine Schüttgewichtsbestimmung, ein Entwässerungsversuch und ein Sortierversuch im Rahmen der Vorerkundung durchgeführt.

Während der Erkundungstätigkeit vor Ort wurden auch Arbeitnehmerschutzüberwachungen durchgeführt (Vermessung mittels Aktivkohleröhrchen).

Alle durchgeführten Analysen wurden im auszugsweise als Beilage ./9 angeschlossenen Gutachten (u.a. des Subunternehmers des Beschwerdeführers) vom 20.04.1999 offengelegt (die Analyseergebnisse umfaßten einen Umfang von ca. 90 Seiten); die Seiten -89- bis -92- enthielten eine Gesamtbeurteilung. Weiters waren dem Gutachten ein Lageplan der Bohrungen, Schächte bzw. Schürfe, die Probenahmeprotokolle (vgl. Muster in Beilage ./9, im Gutachten insgesamt 42 Seiten) und eine Fotodokumentation (Bohrungen, Schächte, Schürfe, Großelutionsversuch, Faßreste, Sortierversuche, Rückstellproben, auf insgesamt 64 Seiten) beigelegt.

Diese solcherart gewonnenen Daten wurden von (dem mit der Durchführung der Ausschreibung betrauten Zivilingenieur) im unter Ziffer 4.2. der Ausschreibung (Beilage ./3a) zitierten Bericht 'Voruntersuchungen Ostteil Fischer-Deponie (Rohrhofer, 1999)' zusammengefaßt; gesondert hinzuweisen ist auf den abschließenden Absatz des ESW-Gutachtens vom 20.04.1999, wonach es nur vollinhaltlich, ohne Weglassung oder Hinzufügung, veröffentlicht werden dürfe. Auch durch diesen Hinweis des Gutachtensverfassers wurde sichergestellt, daß jedem Bewerber/Bieter die vollständigen Daten und Unterlagen der chemischen Vorerkundung für den Ostteil der Fischer-Deponie zur Verfügung gestellt werden;

(D)ie abermalige Einleitung und Durchführung eines Verwaltungs-Vollstreckungsverfahrens in den Jahren 1999/2000 steht in keinem Zusammenhang mit den Voruntersuchungen des Jahres 1992. Dem jetzigen Verfahren liegen neue wasserrechtliche Räumungsbescheide zugrunde, die mit völlig anderen Überlegungen an die Räumung herangehen als die Bescheide aus den Jahren 1990 und 1992.

Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß nunmehr die gesamte Deponie geräumt werden soll (auf Abschnitt 2- Rechtliche Ausgangssituation der Leistungsbeschreibung vom 24.09.1999 wird hingewiesen);

(T)rotz dieser gegenüber 1990/92 prinzipiell abweichenden Vorgangsweise wurden den nunmehrigen Bietern aber auch die damaligen Unterlagen zur Information vollständig zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus wurden die relevanten Daten aus den damaligen Untersuchungen vom Auftraggeber aufgearbeitet, im 'Endbericht Voruntersuchungen Westteil und Ostteil samt Massenermittlung für die Gesamträumung (Rohrhofer,1999)' zusammengestellt und ebenfalls allen Bietern zur Verfügung gestellt.

Dieser für das Ausschreibungsverfahren inhaltlich relevante Bericht ist - ungeachtet seiner Seitenzahl - von einer fachkundigen Person (= eingeladenen qualifizierter Teilnehmerkreis) in wenigen Tagen zu lesen und zu verstehen; im wesentlichen geht es dabei um Daten der Geometrie des Abfallkörpers und um die geschätzten Massen.

Diese Daten (Geometrie, Massen) stellen jedoch wiederum nur Teil-Grundlagen für die von den Bietern auszuarbeitenden Konzepte dar; für die wesentlichen Inhalte deren Konzepte (die auch bewertet wurden), wie Räumungslogistik, Organisation und Überwachung, spielen diese Daten aber keine Rolle.

Weiters spielen diese Daten überhaupt keine Rolle bei der Kalkulation der anzubietenden Leistungen (Planungs-, Ausschreibungs- und Überwachungsleistungen);"

Der Beschwerdeführer kommt zusammenfassend zum Ergebnis, daß seine

"Beteiligung sowie diejenige (s)eines Subunternehmers/ARGE-Partners am Vergabeverfahren sachlich begründet, diese Beteiligung an Voruntersuchungen für die Ausschreibungs-Grundlagen bloß subsidiär-vorbereitend und mit keiner objektiven Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten von Mitbewerbern/Bietern verbunden"

war.

Zur rechtlichen Bewertung der Vorarbeiten durch das BVA führt der Beschwerdeführer aus:

"(I)n grundsätzlicher Hinsicht übersieht die belangte Behörde, daß schon nach dem Erkenntnis des VfGH vom 24.06.1998, G462/97 (ZfVB 1999/1221) der Ausschluß eines Bewerbers aus dem Vergabeverfahren nur die letztmögliche Konsequenz und Sanktion sein kann und zuvor - auch entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit - versucht werden muß, allfällige vergaberechtliche Problemstellungen durch Aufklärung zu bereinigen. Zu Recht verweist Gutknecht in ihrer Anmerkung zu diesem VfGH-Erkenntnis (anlässlich seiner ausführlicheren Zitierung in bbl. 1998, 194 ff) darauf, daß die automatische Normierung eines Ausschlußgrundes jedenfalls dann unsachlich ist, wenn die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nicht zugelassen wird.

Diese, der Vermeidung eines verfassungswidrigen Wertungsexzesses dienenden Grundsätze führen im vorliegenden Anlaßfall zu der - von der belangten Behörde vernachlässigten - denknotwendigen und sachgerechten Überprüfung, ob nicht der Auftraggeber ohnedies durch seine konkrete Ausgestaltung der Ausschreibung (...) und/oder des Vergabeverfahrens dafür hinreichend Vorsorge getroffen hat, daß es zu keiner relevanten Wettbewerbsbeschränkung zwischen den verschiedenen Bewerbern kommt.

(...)

(D)ie belangte Behörde vertritt (...) die Auffassung, daß bei der Anwendung des hier maßgeblichen §16 Abs4) BVergG nicht auf eine potentielle Gefährdung des Wettbewerbes abzustellen sei, sondern daß diese Bestimmung kategorisch den Ausschluß des Vorarbeiten-Bewerbers vom Wettbewerb anordne. Diese Auffassung steht zunächst in diametralem Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung der belangten Behörde, die insbesondere im Feststellungsbescheid vom 09.04.1997 ausdrücklich 'auch das Vorliegen einer objektiven Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Beteiligung eines Unternehmens an den Vorarbeiten einer Ausschreibung für erforderlich' hält (...); die nunmehr vertretene Auffassung der belangten Behörde steht auch in diametralem Gegensatz zu dem im obigen Abschnitt (...) näher dargestellten europäischen Vergaberecht, das schon deshalb eine Wettbewerbsrelevanz der Vorarbeiten fordert, weil nur bei Ausschaltung des Wettbewerbes überhaupt ein vergaberechtlich bedeutsamer Umstand vorliegen kann.

Die belangte Behörde übersieht aber auch in denkwidriger Weise, daß die Bestimmung des §16 Abs4) BVergG keineswegs isoliert im vergaberechtlichen Raum steht, sondern nur einen Baustein des §16 BVergG insgesamt bildet, der mit 'Allgemeine Grundsätze des Vergabeverfahrens' überschrieben ist. Wie dies insbesondere von Gölles in seinem Einführungsartikel 'Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050', in: BVergG-Kommentar/2. Auflage-1999, 33 ff (...) zutreffend dargestellt wird, soll die Bestimmung des §16 Abs4) BVergG die Frage der Vorarbeiten-Bewerber im Detail regeln, aber lediglich an Hand der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie des freien und lautereren Wettbewerbes.

Dies entspricht auch der allgemeinen legislatischen Methodik über den inneren sachlichen Zusammenhang mehrerer Unterabsätze ein- und desselben Gesetzesparagrafen.

Die gegenteilige Auffassung der belangten Behörde über einen angeblich durch §16 Abs4) BVergG kategorisch angeordneten Ausschluß von Vorarbeiten-Bewerbern vom Wettbewerb ist daher methodisch und sachlich denkwidrig.

Sie untergräbt auch das - über das verfassungsgesetzliche Gebot der Bestimmtheit von Gesetzen und des Anspruches auf einen gesetzlichen Richter geschützte - Vertrauen der Verkehrskreise auf bisherige Judikaturlinien, anhand derer sich sowohl Auftraggeber als auch Bewerber zu orientieren vermögen;"

Als grob verfehlt erachtet der Beschwerdeführer auch die Auslegung des Begriffs der "Vorarbeiten": Maßgeblich sei, daß die Vorarbeiten zu einer inhaltlichen und textlichen Gestaltung der konkreten Ausschreibung geführt hätten, die zu Wettbewerbsvorteilen für diesen konkreten Bieter führen könnten. Dies setze aber voraus, daß der "substantielle Inhalt dieser Vorarbeiten" schließlich auch Gegenstand der Ausschreibung und des anschließenden Vergabeverfahrens werde. Im vorliegenden Fall habe es sich ausschließlich um eine "Datensammlung für den Auftraggeber" gehandelt. Die vom Beschwerdeführer bzw. seinem Subunternehmer/ARGE-Partner durchgeführten Voruntersuchungen hätten auch nicht als Sachverhaltsbasis für die Ausschreibungsgrundlagen gedient, sondern hätten nur einen "Baustein" des zusammenfassenden Berichtes der mit den Voruntersuchungen betrauten Arbeitsgemeinschaft gebildet.

Schließlich regt der Beschwerdeführer die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH zur Klärung der Frage der Vereinbarkeit des §16 Abs4 BVergG mit der Richtlinie 92/50/EG idF der Richtlinie 97/52/EG (Dienstleistungsrichtlinie) an.

c) Die im Nachprüfungsverfahren N-42/00 als Antragstellerin aufgetretene Bietergemeinschaft hat in ihrer Äußerung sich insbesondere zu einzelnen Fragen der vom Beschwerdeführer getätigten Voruntersuchungen und hier insbesondere zu den Probennahmen und deren vollständiger Verfügbarkeit für alle anderen Bieter Stellung genommen.

3. Insoweit die Beschwerde nicht zurückzuweisen war, erweist sie sich im Ergebnis als begründet:

a) 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 der Behörde unter anderem dann vorgeworfen werden, wenn sie den Beschwerdeführer aus unsachlichen Gründen benachteiligt hat oder aber, wenn der angefochtene Bescheid wegen gehäuften Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch steht (zB VfSlg. 10.337/1985, 11.436/1987), insb. aber auch dann, wenn die belangte Behörde von einer grundlegend verfehlten Rechtsauffassung ausgehend relevante Sachverhaltsfeststellungen zu treffen unterlassen hat, sodaß sie gar nicht in die Lage gelangen konnte, in entscheidenden Fragen Gründe und Gegengründe einander gegenüberzustellen und dem größeren Gewicht der Argumente den Ausschlag geben zu lassen (vgl. VfSlg. 8674/1979, 9665/1983, 10.942/1986, 12.477/1990).

b) §16 Abs4 BVergG lautet:

"Unternehmer, die an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind, sowie mit diesen verbundene Unternehmer, sofern zwischen ihnen ein Beherrschungsverhältnis besteht, sind von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung auszuschließen, es sei denn, daß auf deren Beteiligung in begründeten Sonderfällen nicht verzichtet werden kann."

Gemäß §52 Abs1 Z2 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag Angebote von Bietern, die nach §16 Abs4 BVergG vom Wettbewerb ausgeschlossen sind, "unverzüglich" auszuschneiden.

Die Bestimmung des §16 Abs4 BVergG, deren Inhalt im vorliegenden Fall strittig ist, verfolgt, wie sich aus dem systematischen Zusammenhang, dem von der Beschwerde geschilderten gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund und ihrer Teleologie erweist, ausschließlich wettbewerbsrechtliche Zielsetzungen und steht in folgendem Regelungskontext:

Kern des Vergabeverfahrens ist die Organisation, die Wahrung und die Sicherung eines Parallelwettbewerbs von Bietern um einen in einer Leistungsbeschreibung artikulierten Beschaffungswunsch und die Beurteilung des Wettbewerbsergebnisses nach soweit wie möglich objektiven, nachvollziehbaren Kriterien (vgl. Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999, 523 ff. (523); Gutknecht, Aspekte des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes, *FS Krejci* (2001), Bd. II, 1405 ff. (1408)).



Dabei kommt dem Wettbewerbsprinzip eine zentrale Stellung unter den Grundsätzen des Vergaberechts zu; das äußert sich insbesondere auch in den §16 Abs4 BVerG vorangestellten Absätzen, wo unter der Rubrik "Allgemeine Grundsätze" u. a. etwa normiert wird, daß Aufträge nur entsprechend den Grundsätzen des "freien und lautereren Wettbewerbs" und der "Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter" an "befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer" zu "angemessenen Preisen" zu vergeben sind (Abs1).

Das das BVerG beherrschende Wettbewerbsprinzip kommt in verschiedenen Regelungen des Gesetzes zum Ausdruck: Wenn in §52 Abs1 BVerG vorgesehen ist, daß mit Mängeln behaftete Angebote von Bieter auszuscheiden sind, dient dies ebenso der Gewährleistung eines lautereren Wettbewerbs wie die Vorschrift, daß Bieter, die wettbewerbswidrig agieren bzw. deren Offerte unter wettbewerbsverfälschenden Ausgangspositionen gestellt wurden, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind. Auch die Frage nach der vergaberechtlichen Behandlung von Angeboten von Bieter, die an Vorarbeiten für die konkrete Ausschreibung beteiligt waren und sohin - zumindest potentiell - gegenüber Mitbewerbern über ein bestimmtes Maß an Vorwissen (Informationsvorsprünge) betreffend einzelne Aspekte des Beschaffungsvorgangs verfügen, welches sich diese erst erarbeiten oder in anderer Form besorgen müssen bzw. auf deren (vollständige und unveränderte) Weitergabe durch den vorarbeitenden Mitbieter sie vertrauen müssen, ist in diesem Zusammenhang zu beurteilen. Die - zweifelsohne besonders wettbewerbsensible (vgl. Aicher, Zur Auslegung des §16 Abs4 BVerG, FS Krejci (2001), Bd. II, 1373 ff., 1376 f.) - Beteiligung eines Bieters am Vergabeverfahren, der an Vorarbeiten für die Ausschreibung mitgewirkt hat, wurde in ihrer Relevanz deshalb nicht nur bereits vom Gesetzgeber des BVerG 1993, BGBl. 462/1993, erkannt (vgl. dessen §10 Abs4, der im Wortlaut §16 Abs4 BVerG 1997 entspricht), sondern hatte auch schon die Verfasser der ÖNORM A 2050 (Ausgabedatum 1.1.1993) motiviert, in Pkt. 1.3.2. der ÖNORM A 2050 eine (zu §10 Abs4 BVerG 1993 bzw. §16 Abs4 BVerG 1997) idente Bestimmung aufzunehmen.

Auch die bisherige Rechtsprechung des BVA betont den besonderen wettbewerbsrechtlichen Konnex der Bestimmung. So führt das BVA in seinem Bescheid vom 9. April 1997, Z F-18/96-29, F-19/96-20, F-20/96-30, F-21/96-27 und F-22/96-19 (= CONNEX Juli 1997, 29 ff. (30 f.)) unter Bezugnahme auch auf die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen des Vergaberechts (zum damaligen §10 BVerG 1993) aus:

"Diese Bestimmung spiegelt unmittelbar die Grundsätze des Wirtschaftslebens der Europäischen Union, wie sie in Artikel 2 des Vertrages niedergelegt sind, wider und ist eine spezielle Ausformung der in Artikel 3 litf des Vertrages vorgesehenen Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt. Schutzobjekt der Bestimmung des §10 Abs1 BVerG (1993) ist daher der freie, faire und lautere Wettbewerb.

Daher ist auch die Bestimmung des §10 Abs4 an diesen Grundsätzen zu messen."

Unter den aufgezeigten Prämissen und im Hinblick auf seine - in diesen Erwägungen zum Ausdruck kommende - Regelungsintention bedarf der textlich weit gefasste Wortlaut des §16 Abs4 BVerG daher nicht nur einer teleologisch "einschränkenden" (Gutknecht, aaO, 1415), sondern vielmehr auch einer differenzierenden Auslegung, durch die eine Beurteilung eines konkreten Vergabesachverhalts dahin erst ermöglicht wird, "ob Art und Inhalt der Vorarbeit, der Gegenstand der Ausschreibung und die Form seiner Leistungsbeschreibung sowie der gegebene Informationsgrad der Ausschreibungsunterlagen unter Bedachtnahme auf den für die Ausarbeitung der Angebote zur Verfügung stehenden Zeitraum dem 'vorarbeitenden Bieter' einen Wettbewerbsvorsprung" tatsächlich zu verschaffen geeignet ist (vgl. Aicher, aaO, 1376).

Auch die Bedachtnahme auf den normativen Gehalt des letzten Halbsatzes des §16 Abs4 leg.cit. bestätigt dieses Ergebnis. Hier ist bestimmt, daß dann, wenn auf die Leistung eines Unternehmens in begründeten Sonderfällen nicht verzichtet werden kann, dieses nicht auszuschließen ist, und zwar unabhängig davon, ob es durch die Teilnahme an Vorarbeiten für eine Ausschreibung einen Wettbewerbsvorteil erworben hat. Es ergäbe einen unerklärlichen Wertungswiderspruch, wollte man annehmen, daß auf Grund des ersten Satzteiles des §16 Abs4 leg.cit. Unternehmen auch dann von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung ausgenommen sind, wenn sie überhaupt keinen Wettbewerbsvorteil erworben haben, und auch solche Unternehmungen nur in den im letzten Halbsatz ausgesprochenen begründeten Sonderfällen - und dann in gleicher Weise wie Unternehmungen mit einem durch die Teilnahme an Vorarbeiten erworbenen Wettbewerbsvorteil - zum Zuge kommen könnten.

Einer Anwendung des §16 Abs4 BVerG auf einen konkreten Fall eines an Vorarbeiten beteiligten Bieters - mit der für

ihn entscheidenden Konsequenz seines Ausschlusses vom weiteren Vergabeverfahren - muß sohin eine eingehende und differenzierte Beurteilung der Art der Vorarbeit, ihres Eingangs in die Ausschreibungsunterlagen und der durch sie bewirkten Intensität einer etwaigen Wettbewerbsbeeinträchtigung vorangehen, bei der auch die Möglichkeit eines Ausgleichs durch entsprechende Handlungen (etwa durch vollständige Datenweitergabe) des mit den Vorarbeiten betrauten Bieters bzw. des Auftraggebers mit zu berücksichtigen ist. Oberndorfer/Straube (Kommentar zur ÖNORM A 2050, Vergabe- und Verdingungswesen (1993), (FN 11), Hervorhebung nicht im Original) erläutern (den wortidenten) Pkt. 1.3.2. der ÖNORM A 2050 (Ausgabedatum 1.1.1993) deshalb dahin, daß diese Bestimmung eine

"Konsequenz des auch international beachteten Grundsatzes der Trennung von Planung und Ausführung von Werkleistungen (ist)"

"(,die) immer dann hart (gemeint wohl im Sinne eines unbedingten Ausscheidens des Anbots) auszulegen sein (wird), wenn der mögliche Bieter durch seine Teilnahme bzw. durch die Teilnahme seiner Konzernunternehmung an den Vorarbeiten einen Wettbewerbsvorteil lukrieren kann".

In diesem Sinne sei etwa

"(e)ine Bauunternehmung, deren Tochtergesellschaft Aufschlußbohrungen durchgeführt hat, (...) nicht vom Wettbewerb auszuschließen (...), wenn die Auswertung der Aufschlußbohrungen durch einen unabhängigen Geologen oder Geotechniker erfolgt und die Ergebnisse den Bietern ohne Einschränkung zur Verfügung gestellt werden. Auch im Bereich der Lieferung von zu entwickelnden Produkten wird eine Mitwirkung von Unternehmern bei der funktionalen Produktspezifikation zu tolerieren sein, wenn damit keine Wettbewerbsvorteile (Beschaffung von Material, Fertigung) verbunden sind (...)"

Vom Erfordernis einer differenzierenden Beurteilung im Einzelfall (im Gegensatz zur nunmehr vom BVA vertretenen "kategorischen" Sichtweise) zeugt auch die bisherige einschlägige Judikatur des BVA. So führt das BVA in seinem schon zitierten Bescheid vom 9. April 1997 (= CONNEX Juli 1997, 29 ff. (30 f.)) zum (damaligen) §10 Abs4 BVergG 1993 aus:

"Zur Erfüllung des Tatbestandes des §10 Abs4 ist daher neben dem bloßen Sachverhalt der Beteiligung auch das Vorliegen einer objektiven Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Beteiligung eines Unternehmens an den Vorarbeiten einer Ausschreibung erforderlich. §10 Abs4 geht in seinem Wortlaut vom Regelfall aus, daß die Beteiligung eines Unternehmens an den Vorarbeiten zu einer Ausschreibung |blicherweise Wettbewerbsvorteile auslöst.

§10 Abs4 BVergG enthält damit auch eine implizite Anweisung an den Auftraggeber, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um derartige Wettbewerbsvorteile auszuschließen. Diese Schutz- und Sorgfaltspflichten treffen den Auftraggeber nicht nur im Verhältnis zu den übrigen Bietern und Bewerbern, sondern auch im Verhältnis zu einem an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung beteiligten Unternehmen, das bei Verletzung dieser Pflichten Gefahr läuft, aufgrund der Bestimmung des §10 Abs4 BVergG vom Wettbewerb ausgeschlossen zu werden. Vermag der Auftraggeber jedoch auch durch alle erdenklichen Vorkehrungen Wettbewerbsvorteile, die den Schutzzweck der Norm verletzen, nicht zu beheben, so ist das beteiligte Unternehmen von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung auszuschließen."

Den Auftraggeber - so das BVA in der zitierten Entscheidung weiter - würden aus diesem Grund "mindestens folgende Pflichten" treffen, über deren Einhaltung es im Einzelfall zu erwägen gilt:

"1. Er hat alle erhobenen Daten unaufgefordert allen Bewerbern gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung zu stellen. Er darf sich dabei insbesondere nicht darauf verlassen, daß die Bewerber diese Informationen auf anderen Wegen erhalten könnten.

2. Er hat sicherzustellen, daß die Daten (...) vollständig und objektiv überprüfbar erhoben werden. Dazu ist es notwendig, eine von dem an den Vorarbeiten beteiligten Unternehmen unabhängige Instanz zur Datenerhebung und -sammlung einzurichten. Soweit er dies nicht aus eigenen Vermögen, hat er einen geeigneten Dritten damit zu betrauen, um sicherzustellen, daß das beauftragte Unternehmen keine Daten oder Erfahrungswerte zurückhalten kann."

Den mit Vorarbeiten betrauten Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen, kann erst letzte Konsequenz sein - dann nämlich, wenn "keine denkbare Maßnahme" (BVA, aaO) den Wettbewerbsvorteil auszugleichen vermag.

In diese Richtung geht auch die zivilgerichtliche Judikatur, die eine etwaige Wettbewerbsgefährdung in ihrer Intensität immer anhand des konkreten Vergabevorgangs in differenzierender Weise erörtert (vgl. etwa OGH v. 13.9.1999, 4 Ob 155/99v "Wasserwelt Amade", wbl 2000, 43; OGH v. 24.10.2000, 4 Ob 232/00x "Städtische Betriebsküche").

Angesichts dessen erachtet der Verfassungsgerichtshof die vom BVA im hier bekämpften Bescheid undifferenziert vertretene Auslegung dahin, daß §16 Abs4 BVergG "nicht darauf abstellt, ob die Beteiligung von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern den Wettbewerb gefährdet, sondern kategorisch deren Ausschluß vom Wettbewerb anordnet", als qualifiziert verfehlt. Sie läuft darauf hinaus, daß jedwede Tätigkeit im Vorfeld einer Ausschreibung zwingend das Ausscheiden eines - wenn auch nur geringfügig - involvierten Bieters zur Folge haben soll, ohne daß es dem Auftraggeber obliegen soll, Art, Gegenstand und Auswirkung der Vorarbeit zu beurteilen und sich sohin ein Bild über Qualität und Intensität einer durch sie eventuell bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung zu machen.

Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes ist es aber geboten, §16 Abs4 BVergG dahin zu interpretieren, daß nicht jede Beteiligung eines Bieters an Vorarbeiten einer Ausschreibung zu dessen "kategorischem" - also bedingungslosem - Ausscheiden führen darf, sondern ein Ausscheiden nur dann Platz zu greifen hat, wenn der Bieter durch seine vorarbeitende Tätigkeit insoweit spezifische Vorkenntnisse des Sachverhalts erwirbt, die ihm einen Wettbewerbsvorteil entstehen lassen. Einen solchen Fall wird man etwa auch anzunehmen haben, wenn dargetan ist, daß dieser Bieter nicht alle erworbenen Informationen seinen Konkurrenten vollständig und unverfälscht zur Verfügung gestellt hat. Daher hat die Vergabekontrollbehörde die näheren Umstände des Falles im Hinblick daraufhin zu erheben, ob in concreto die Beteiligung an Vorarbeiten zu einer relevanten Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition geführt hat.

Eine solche Prüfung hat im vorliegenden Fall aber nicht einmal in Ansätzen stattgefunden: Von seiner verfehlten Interpretation ausgehend, hat sich das BVA mit dem umfangreichen Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend seine vorarbeitenden Tätigkeiten überhaupt nicht erwägend auseinandergesetzt. Weder über Art, Ausmaß und Wettbewerbsrelevanz der vom Beschwerdeführer bzw. durch seinen Subunternehmer geleisteten Vorarbeiten wurde erwogen, noch darüber ob und inwieweit diese Vorarbeiten überhaupt für die Ausschreibung des gegenständlichen Sanierungsauftrags maßgeblich waren, und schließlich in welchem Umfang die im Zuge dieser Vorarbeit gewonnenen Erkenntnisse auch anderen Bietern zur Verfügung gestellt wurden bzw. andere Maßnahmen seinerseits oder durch den Auftraggeber gesetzt wurden, um einen etwaigen Wettbewerbsvorteil des Beschwerdeführers auszugleichen.

c) Das Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in der entscheidenden Frage der Wettbewerbsrelevanz der vom Beschwerdeführer geleisteten Vorarbeiten durch das BVA setzte dieses außer Stande, Gründe und Gegengründe für ein etwaiges Ausscheiden des Beschwerdeführers einander gegenüberzustellen und abzuwägen; dies belastet Spruchpunkt I. und die mit ihm sachlich zusammenhängenden Spruchpunkte V., VII. und VIII. mit Gleichheitswidrigkeit, weshalb der Bescheid in diesem Umfang aufzuheben war, ohne daß geprüft zu werden brauchte, ob er insoweit auch aus anderen Gründen - etwa durch Verletzung der Pflicht zur Vorlage entscheidungserheblicher, bislang ungeklärter Fragen der Interpretation des Gemeinschaftsrechts an den EuGH - mit Verfassungswidrigkeit behaftet ist.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §88 VerfGG. Da die Beschwerde (nur) teilweise erfolgreich war, war Kostenersatz im Ausmaß des halben Pauschalsatzes zuzusprechen. In den zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in Höhe von S 2.250,-- sowie die Hälfte der Eingabegebühr gemäß §17a VerfGG enthalten.

Der mitbeteiligten Partei, die im Verfahren eine Äußerung erstattet hat (vgl. Pkt. I. 2.c)), war ein Kostenersatz nicht zuzusprechen, da ihre Ausführungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig waren.

5. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VerfGG ohne vorangegangene mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

### **Schlagworte**

Auslegung teleologische, Vergabewesen, VfGH / Formerfordernisse, VfGH / Instanzenzugserschöpfung, Bescheid Trennbarkeit, Ermittlungsverfahren

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2001:B1560.2000

### **Dokumentnummer**

JFT\_09989380\_00B01560\_00

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)