

&lt; DOKUMENT &gt;

SUCHWORT &gt;

KURZTITELLISTE &gt;

RECHTSSATZ &gt;

Typ	Datum	Sammlungsnummer
VfGH Erkenntnis	19951211	14390

**Geschäftszahl**

B2300/95

**Index**

97 Vergabewesen  
97/01 Vergabewesen

**Norm**

B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt;  
B-VG Art18 Abs1;  
B-VG Art20 Abs2;  
B-VG Art83 Abs2;  
B-VG Art133 Z4;  
B-VG Art144 Abs1 / Instanzenzugserschöpfung;  
EMRK Art6 Abs1 / Tribunal;  
Richtlinie des Rates vom 14.06.93, 93/37 / EWG, zur  
Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher  
Baufträge Art19;  
BundesvergabeG §22 Abs6;  
BundesvergabeG §29 Abs4;  
BundesvergabeG §78;  
BundesvergabeG §78 Abs1;  
EG-Vertrag Art177;

**Leitsatz**

Keine Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten durch einen Feststellungsbescheid des Bundesvergabeamtes hinsichtlich behaupteter Rechtswidrigkeiten eines Vergabeverfahrens nach dem BundesvergabeG; Qualifikation des Bundesvergabeamtes als vorlagepflichtiges Gericht iSd EG-Vertrages; keine Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter durch die Nichteinholung einer Vorabentscheidung des EuGH hinsichtlich der Frage der Richtlinienkonformität der Regelungen des BundesvergabeG über die Zulässigkeit und Behandlung von Alternativangeboten; keine Zweifel an der Richtlinienkonformität dieser Regelungen; ausreichende Bestimmtheit der entsprechenden Bestimmungen; richtlinienkonforme Organisation der nachprüfenden Kontrolle der Vergabeentscheidung durch das Bundesvergabeamt

**Spruch**

Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**Begründung**

Entscheidungsgründe:

I. 1. a) Der beschwerdeführende Sozialversicherungsträger hatte im Sommer 1994 unter anderem Baumeisterarbeiten für ein in Oberösterreich zu errichtendes Rehabilitationszentrum nach §11 Abs2 Bundesvergabegesetz (BGBl. 462/1993 idF BGBl. 917/1993; im folgenden: BVergG) im offenen Verfahren ausgeschrieben. Dabei waren im Leistungsverzeichnis mit folgender Formulierung Alternativangebote für zulässig erklärt worden:

"Vom vorgegebenen Leistungsverzeichnis bzw von diesen Vergabe- und Vertragsbedingungen abweichende Vorschläge ('Alternativangebote') sind auf besonderen Anlagen anzubieten. Weicht das Alternativangebot von diesen Vergabe- und Vertragsbedingungen ab, so darf es nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot abgegeben werden; andernfalls wird es nicht berücksichtigt. Die Beweislast für die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten trifft den Bieter."

An der Ausschreibung hatten sich u.a. zwei Arbeitsgemeinschaften beteiligt, wobei sich für die ARGE M/S rund 119,6 Mio S und für die ARGE F/I rund 121 Mio S als Nettoauftragssummen ergaben. Die ARGE F/I hatte gleichzeitig mit dem Hauptangebot ein "freies Alternativangebot" mit fünf Alternativen gelegt, die sich jeweils auf bestimmte Punkte des Leistungsverzeichnisses bezogen. Unter Ansatz aller Alternativen ergab sich für die ARGE F/I eine Angebotssumme von rund 113,5 Mio S. Von den Alternativen erachtete die Auftraggeberin bloß die Varianten 1 und 2 für gleichwertig; unter Berücksichtigung der mit diesen beiden Teilvarianten verbundenen Einsparungen hätte sich die Nettoauftragssumme der ARGE F/I auf rund 118,9 Mio S reduziert.

Nachdem die ARGE M/S von der Absicht der Zuschlagserteilung auf dieses (aus dem Hauptangebot und zwei Teilvarianten gebildete) Offert erfahren hatte, strengte sie mit Antrag vom 28. November 1994 ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission (im folgenden: B-VKK) an: Es verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und sei unzulässig, durch eine Kombination von Hauptangebot und Alternativangeboten Einzelpositionen zu mischen und dadurch ein neues Angebot zu schaffen. Dem trat die Beschwerdeführerin dieses Verfahrens mit der Ansicht entgegen, eine Bestbieterermittlung aufgrund einer Kombination von Hauptangebot und Alternativangeboten sei zulässig.

In ihrem Schlichtungsvorschlag hielt sodann die B-VKK fest:

"Betreffend der Bestbieterermittlung ist gesetzeskonform so vorzugehen, daß in Wahrung und Verwirklichung des Bestbieterprinzips, insbesondere aber derjenigen des Wettbewerbes und der daraus resultierenden Vergleichbarkeit der Angebote so vorgegangen wird, daß nur die vorliegenden Angebote gesamt oder in beiden vorgesehenen Teilen der Bestbieterermittlung zugrunde gelegt werden.

... Hieraus resultiert, daß ein Herausnehmen von Einzelpositionen aus Alternativangeboten - sei es anstelle oder in Ergänzung von Positionen der Hauptangebote - unterbleiben, weil eben gerade hierdurch eine Vergleichbarkeit der Angebote und damit der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zum Tragen kommen können."

Im Gefolge dessen erteilte die Auftraggeberin, die Beschwerdeführerin dieses Verfahrens, am 16. Dezember 1994 der ARGE M/S den Zuschlag zur Angebotssumme von rund 119,6 Mio S. Mit Schreiben vom 19. Dezember 1994 verständigte die auftraggebende Anstalt die ARGE F/I, daß deren Angebot bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt werden konnte, weil das freie Alternativangebot nur teilweise anerkannt habe werden können und somit gemäß dem Schlichtungsvorschlag der B-VKK insgesamt nicht weiter zu beachten gewesen sei.

b) Mit Schriftsatz vom 2. Jänner 1995 beantragte sodann die ARGE F/I die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §91 Abs3 BVerGG durch das Bundesvergabeamt (im folgenden: BVA). Mit Bescheid vom 28. April 1995 stellte das BVA fest, daß die auftraggebende Anstalt den Zuschlag "wegen eines Verstoßes gegen §40 i.V.m. §29 Abs4 BVerGG nicht dem Bestbieter für Baumeisterarbeiten", der ARGE F/I, "erteilt hat".

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die auf Art144 Abs1 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, in der die beschwerdeführende Anstalt behauptet, durch den Bescheid des BVA in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz sowie in ihren Rechten wegen Anwendung von für verfassungswidrig erachteten Bestimmungen des BVerGG verletzt worden zu sein, und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

Die Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird darin gesehen, daß es das BVA als Gericht im Sinne des Art177 Abs3 EGV unterlassen habe, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob nach Art19 der Baukoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. L 199/1993, 54 ff., im folgenden: BKR) eine Auslegung der maßgeblichen Vergabevorschriften geboten sei, daß Alternativangebote nur zur Gänze angenommen werden dürfen, oder ob sie auch teilweise und in Kombination mit Teilen des Hauptangebotes zur Grundlage des Zuschlages gemacht werden dürfen.

Den Gleichheitsgrundsatz sieht die Beschwerde als verletzt an, weil die Bestimmungen des BVerGG über die Alternativangebote weithin unbestimmte Begriffe enthielten, wodurch "auch rational nur schwer nachvollziehbaren Argumenten der Bundes-Vergabekontrollkommission und des BVA (die einander noch dazu diametral entgegengesetzt sind) der Anschein der Legitimität gegeben wird"; jedenfalls aber sei der Inhalt, den das BVA diesen Bestimmungen im Bescheid unterstellt habe, gleichheitswidrig; denn nach dieser Auslegung könne sich der Auftraggeber aus Haupt- und Alternativangeboten "die Rosinen herauspicken und mit diesen ein neues Bestangebot zusammenschneiden", was dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den "übrigen fundamentalen Grundsätzen eines geordneten Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens mit Sicherheit" widerspreche.

3. Das BVA legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Äußerung, in der es der Auffassung, es sei als Gericht im Sinne des Art177 Abs3 EGV zu qualifizieren, nicht entgegentritt, aber meint, daß sich im Verfahren keine vorlagefähige Frage gestellt habe. Im übrigen wird den Beschwerdebehauptungen entgegengetreten.

4. a) Die im verfassungsgerichtlichen Verfahren beteiligte ARGE F/I erstattete eine Äußerung, in der sie u.a. ihre Meinung zum Ausdruck bringt, daß das BVA zwar ein vorlagepflichtiges Gericht im Sinne des Art177 Abs3 EGV sei, sich aber für diese Behörde keine vorlagepflichtige Frage gestellt habe. In der Sache habe das BVA

"richtig entschieden und ist zum Ergebnis gekommen, daß im gegenständlichen Falle von der ARGE 5 Alternativangebote erstellt wurden. Diese sind derart erstellt, daß (sie) entweder einzeln,

zusammen mit weiteren oder alle insgesamt angenommen werden können. Die Angebote betreffen jeweils verschiedene Bereiche. Wenn auch mehrere Anbotssummen für die verschiedenen Alternativangebote nicht ausdrücklich gebildet wurden, so lassen sich diese doch anhand der Aufstellung in den einzelnen Teilvarianten leicht errechnen, sodaß eine Vergleichbarkeit gegeben ist. Dies steht nach der zutreffenden Beurteilung durch das BVA auch im Einklang mit dem Schlichtungsvorschlag der Bundesvergabekontrollkommission, welche nur darauf abzielt, daß ein Herausnehmen von Einzelpositionen aus Alternativangeboten - sei es anstelle oder in Ergänzung von Positionen der Hauptangebote - zu unterbleiben habe."

Im Hinblick auf die Wirkung des Feststellungsbescheides des BVA für einen allfälligen Schadenersatzprozeß problematisiert die beteiligte ARGE F/I die Verfassungsmäßigkeit des §98 Abs1 BVergG und regt die Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens hinsichtlich dieser Bestimmung an.

b) Die im verfassungsgerichtlichen Verfahren ebenfalls beteiligte ARGE M/S unterstützt die Beschwerde. In ihrer Äußerung wird die Ansicht vertreten, die belangte Behörde habe den nicht antragstellenden Bietern zu Unrecht keine Parteistellung eingeräumt und damit den einschlägigen Vorschriften einen richtlinien- und verfassungswidrigen Inhalt beigegeben. Im übrigen tritt die ARGE M/S der Auffassung entgegen, daß die in Rede stehenden Alternativen gleichwertig seien.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

1. Das BVA ist eine kollegiale Verwaltungsbehörde im Sinne des Art133 Z4 B-VG, deren Bescheide gemäß §78 Abs1 letzter Satz BVergG nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen. Der Instanzenzug ist daher erschöpft. Da auch die übrigen Prozeßvoraussetzungen vorliegen, ist die Beschwerde zulässig.

2. Der bekämpfte Feststellungsbescheid des BVA stützt sich auf §91 Abs3 BVergG. Dieser Bestimmung zufolge ist das BVA zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen das BVergG oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

In jenem Verfahren, das zur Erlassung des bekämpften Bescheides geführt hat, ging es um die Frage, ob bei der Auftragserteilung durch die beschwerdeführende Anstalt dieses verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu Recht die Alternativangebote der ARGE F/I außer Betracht bleiben durften.

Die hiefür maßgebliche Rechtslage stellt sich folgendermaßen dar:

a) Öffentliche Auftraggeber, zu denen nach §6 Abs1 Z4 BVergG auch der beschwerdeführende Sozialversicherungsträger zählt, sind gemäß §10 Abs1 leg.cit. verpflichtet, Aufträge über Leistungen

"nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an - spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben."

Für einen Auftrag der hier in Betracht kommenden Art sieht das Gesetz die Vergabe in einem sogenannten "offenen Verfahren" vor (§57 leg.cit.). Im Falle der Vergabe von Leistungen in einem offenen Verfahren sind die Ausschreibungsunterlagen gemäß §22 Abs2 BVerG so auszuarbeiten, daß die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist. Dabei sind gemäß §22 Abs6 leg.cit. in der Ausschreibung

"Festlegungen über die Zulässigkeit von Teil- und Alternativangeboten zu treffen. Eine Nichtzulassung von Alternativangeboten ist nur aus wichtigen Gründen vorzusehen und auf jene Teilleistungen zu beschränken, bei denen hiefür eine sachliche Notwendigkeit besteht. Ferner ist anzugeben, ob Alternativangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot oder auch ohne ein solches abgegeben werden dürfen. Sieht die Ausschreibung für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vor, gilt Abs2."

Nach §29 Abs1 BVerG haben sich die Bieter bei der Erstellung der Angebote an die Ausschreibung zu halten, wobei sich (sofern in der Ausschreibung nicht ausdrücklich die Möglichkeit zur Legung von Teilangeboten zugelassen ist) die Angebote auf die ausgeschriebene Gesamtleistung zu beziehen haben (Abs3). Abs4 dieses Paragraphen bestimmt sodann:

"Ein Alternativangebot ist nur dann zulässig, wenn dabei die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Ein Alternativangebot kann sich auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung oder auf die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung beziehen. Alternativangebote sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen."

Nach §40 BVerG ist nach Prüfung der Angebote und Ausscheiden von nicht entsprechenden Angeboten (§39 leg.cit.) "der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen (Bestbieterprinzip)."

b) Der für die Zulässigkeit von Alternativangeboten bei der Vergabe von Baumeisterarbeiten maßgebende Art19 BKR lautet:

"Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden sollen, können die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Änderungsvorschläge berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.

Die öffentlichen Auftraggeber erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, und bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können. Sie geben in der Bekanntmachung an, ob Änderungsvorschläge nicht zugelassen werden.

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen einen vorgelegten Änderungsvorschlag nicht allein deshalb zurückweisen, weil darin technische Spezifikationen verwendet werden, die unter Bezugnahme auf einzelstaatliche Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, auf europäische technische Zulassungen oder auf gemeinsame technische Spezifikationen im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 oder aber auf einzelstaatliche technische

Spezifikationen im Sinne von Artikel 10 Absatz 5 Buchstaben a) und b) festgelegt wurden."

3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen die wiedergegebenen Bestimmungen des BVergG, auf die die belangte Behörde den bekämpften Bescheid stützt, keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Weder sind diese Vorschriften derart unbestimmt, daß sie einem gesetzmäßigen Vollzug nicht zugänglich wären, noch trifft der Vorwurf der Beschwerde zu, daß diese Bestimmungen durch ihre Offenheit "zu mißbräuchlichem Vollzug geradezu einladen". Insbesondere wird durch den zweiten Satz des §29 Abs4 BVergG klargestellt, daß sich ein Alternativangebot auf die Gesamtleistung oder aber - im Rahmen eines auf die ausgeschriebene Gesamtleistung bezogenen Angebotes (§29 Abs3 leg.cit.) - bloß auf Teile der Leistungen beziehen kann. Es ist vom Gesetz auch nicht ausgeschlossen, daß ein Bieter mehrere Alternativen anbietet, die sich auf verschiedene Teile der Leistungen beziehen und die für die Bestbieterermittlung jeweils in Verbindung mit dem Hauptangebot bzw. mit anderen Alternativen herangezogen werden. Daß sich der Gesetzgeber damit zu einer besonders alternativangebotsfreundlichen Regelung entschlossen hat, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Auch die übrigen den angefochtenen Bescheid tragenden Rechtsvorschriften begegnen aus der Sicht dieses Beschwerdefalles keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. (Auf die von der beteiligten ARGE F/I aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen §98 Abs1 BVergG war mangels Präjudizialität nicht einzugehen.)

4. Der Hauptvorwurf der Beschwerde richtet sich - sub titulo der Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter - dagegen, daß das BVA es pflichtwidrig unterlassen habe, eine Vorabentscheidung des EuGH zur Frage einzuholen, ob es nach den Regelungen des Gemeinschaftsrechtes zulässig ist, einzelne der von einem Bieter angebotenen verschiedenen Alternativen gemeinsam mit dem Hauptangebot der Bestbieterermittlung zugrunde zu legen.

Hiezu hat der Verfassungsgerichtshof folgendes erwogen:

a) Die Beschwerde ist insoweit im Recht, als sie davon ausgeht, daß das BVA als kollegiale Verwaltungsbehörde im Sinne der Art20 Abs2 und 133 Z4 B-VG als ein Gericht im Sinne des Art177 Abs3 EGV anzusehen ist, eine Rechtsansicht, die auch vom BVA geteilt wird und der im Verfahren nicht entgegengetreten wurde. Nach dieser Bestimmung ist ein staatliches "Gericht", "dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können" verpflichtet, eine entscheidungsrelevante Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechtes dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Das BVA ist angesichts der Weisungsfreiheit seiner Mitglieder und der Garantie ihrer Unabhängigkeit nicht nur ein Tribunal im Sinne des Art6 EMRK, sondern auch ein Gericht im Sinne des Art177 EGV: Es handelt sich nämlich um einen staatlichen Spruchkörper, der auf gesetzlicher Grundlage ständig damit betraut ist, Rechtssachen unabhängig zu entscheiden (vgl. EuGH 30.6.1966, Rs. 61/65, Vaassen-Göbbels, Slg. 1966, 583 ff.), um eine unabhängige, nicht weisungsgebundene Einrichtung, die im Einklang mit dem Recht Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden hat, für die es nach dem Gesetz zuständig ist (so EuGH 11.6.1987, Rs. 14/86, Pretore di Salo, Slg. 1987, 2545 ff.; vgl. zum Gerichtsbegriff des Art177 EGV etwa Dausen, Das

Vorabentscheidungsverfahren nach Art177 EG-Vertrag<sup>2</sup>, 1995, 84 ff., sowie etwa auch Borchardt in: Lenz, EG-Vertrag Kommentar, 1994, Rz 17 zu Art177, und im konkreten Zusammenhang des BVA Thienel, Vergabekontrollkommission und Vergabeamt nach dem BundesvergabeG, ÖZW 1993, 65 ff., 75 ff.). Von diesem Verständnis ging (seinerzeit) auch der Bundesverfassungsgesetzgeber aus, als er in Art6 EWR-BVG, BGBl. 115/1993, Kollegialbehörden nach Art20 Abs2 B-VG als Gerichte im Sinne des EWR-Abkommens, das den Gerichtsbegriff des EGV übernommen hatte, qualifizierte.

Da Entscheidungen des BVA gemäß §78 Abs1 BVergG weder der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen noch gegen sie eine Verwaltungsgerichtshofbeschwerde zulässig ist, ist das BVA als vorlagepflichtiges Gericht im Sinne des Art177 Abs3 EGV zu qualifizieren; die Möglichkeit der Anrufung des Verfassungsgerichtshofes vermag daran - angesichts der Tatsache, daß durch den Verfassungsgerichtshof keine umfassende Nachprüfung einer Entscheidung möglich ist, sondern an ihn nur die Frage der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte und die Frage einer Rechtsverletzung wegen Anwendung von rechtswidrigen generellen Normen herangetragen werden kann - nichts zu ändern.

b) Die Beschwerde ist aber auch im Recht, wenn sie annimmt, daß die Verletzung einer Vorlagepflicht durch ein vorlagepflichtiges Gericht im Sinne des Art177 Abs3 EGV zur Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter führen würde.

In der Beschwerde wird hiezu folgendes ausgeführt:

"Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter (Art83 Abs2 B-VG) gehört zu den Verfahrensgrundrechten (Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>2</sup> 249 f). Neben den traditionellen Judikatur-Fallgruppen zu diesem Grundrecht (vgl. allgemein Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 1403 ff; Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>2</sup>, 329 ff) stellt sich - bedingt durch den EU-Beitritt der Republik Österreich - seit 1.1.1995 die hier vorweg zu lösende Frage, ob das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter auch im Zusammenhang mit dem Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EGV verletzt werden kann. Dies ist in Ansehung des österreichischen B-VG uE - ebenso wie nach Maßgabe des deutschen GG (Schiller, NJW 1983, 2736 ff; BVerfG, EuGRZ 1988, 113; BVerfG, EuGRZ 1988, 120; BVerfG, EuGRZ 1988, 109; Wölker, EuGRZ 1988, 97 mwN; zuletzt BVerfG, EWS 1994, 175) - zu bejahen (vgl. auch Gamerith, ÖBl 1995, 57).

'Richter' im Sinne des Art83 Abs2 B-VG ist jede zuständige staatliche Behörde (Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 209 ff). Dieses weite Verständnis vom gesetzlichen Richter teilen schon Erkenntnisse des Reichsgerichtes und des VfGH aus der 1. Republik (Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 210 f mwN). Angesichts der umfangreichen institutionellen Garantien (vgl. Art165 bis 168 und 188 EGV, Art2 ff, 17 ff des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 17.4.1957 idF vom 24.10.1988 und die Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 4.12.1974 idF vom 19.6.1991) können daher uE keine Zweifel an der Gerichtsqualität des EuGH im Sinn des Art83 Abs2 B-VG bestehen. Der EuGH ist ein durch die Gemeinschaftsverträge errichtetes hoheitliches Rechtspflegeorgan, das auf der Grundlage und im Rahmen festgelegter Kompetenzen und Verfahren Rechtsfragen nach Maßgabe von Rechtsnormen und rechtlichen Maßstäben in richterlicher Unabhängigkeit

grundsätzlich endgültig entscheidet. Die funktionelle Verschränkung der Gerichtsbarkeit der EU mit der Gerichtsbarkeit der Mitgliedsstaaten, zusammen mit dem Umstand, daß der EGV und sonstige europäische Rechtsakte mittlerweile Teil des innerstaatlichen Rechts der Republik Österreich und von ihren Gerichten zu beachten, auszulegen und anzuwenden sind, qualifiziert den EuGH zweifellos als gesetzlichen Richter im Sinn des Art83 Abs2 B-VG, und zwar in jenem Umfang, als ihm entsprechende Rechtsprechungsfunktionen aufgetragen sind (vgl. BVerfGE 73, 339).

... Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH wird das Recht auf den gesetzlichen Richter durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde etwa dann verletzt, wenn ein im Gesetz vorgesehenes Einvernehmen mehrerer Behörden nicht hergestellt wird (VfSlg 6744 uva). Dies zeigt, daß der VfGH das Recht auf den gesetzlichen Richter extensiv interpretiert und diesem einen weiten Anwendungsbereich einräumt; es ist ein 'auf den Schutz und die Wahrung der gesetzlich begründeten Behördenzuständigkeit gerichtetes Recht' (VfSlg 2536), welches insbesondere dann verletzt wird, wenn ein vom Gesetz vorgesehenes Zusammenwirken mehrerer Behörden nicht erfolgt. Gerade auf ein derartiges Zusammenwirken verschiedener 'Richter' (nämlich der nationalen Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag und dem EuGH) wäre es aber im vorliegenden Fall angekommen.

...

Der Qualifizierung des EuGH als gesetzlicher Richter im Sinn des Art83 Abs2 B-VG steht auch nicht entgegen, daß es sich beim Vorabentscheidungsverfahren nach Art177 EGV um ein Zwischenverfahren handelt, in dem die Parteien des Ausgangsverfahrens keine Antragsrechte haben. Das Vorlageverfahren ist vielmehr Teil des Ausgangsverfahrens und für den Ausgang dieses Verfahrens bestimmend. Der Anspruch des einzelnen auf eine Entscheidung durch den gesetzlichen Richter erfaßt somit auch eine Vorlage der präjudiziellen Fragen an den EuGH."

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen:

Der Verfassungsgerichtshof versteht in seiner ständigen Rechtsprechung das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter in umfassendem Sinn. Er konnte dabei an die Judikatur des Reichsgerichtes anknüpfen, derzufolge unter einem gesetzlichen Richter "nicht bloß ein Gericht, sondern jede Staatsbehörde zu verstehen ist, welche von irgendeinem Gesetz oder einer rechtsgültigen Verordnung mit der Entscheidung einer Angelegenheit betraut ist" (RG Nr. 1842/1911). In VfSlg. 2536/1953 hat der Verfassungsgerichtshof festgehalten, daß der "normative Sinn des Art83 Abs2 B-VG ... auf den Schutz und die Wahrung der gesetzlich begründeten Behördenzuständigkeiten gerichtet" ist, und er hat diese Position stets beibehalten (vgl. nur die Hinweise bei Berchtold, Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, in: Machacek/Pahr/ Stadler (Hg.), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd. II, 1992, 711 ff.).

In diesem Sinn aber ist der EuGH "gesetzlicher Richter": Nach der unmittelbar anwendbaren Rechtsregel des Art177 Abs1 EGV entscheidet der Gerichtshof der Gemeinschaften verbindlich über die Auslegung des (primären und sekundären) Gemeinschaftsrechtes (vgl. Borhardt, aaO, Rz 5 ff.). Zwar bleibt das nationale Organ gesetzlicher Richter in dem Sinn, daß dieses (und nicht der EuGH)

eine anhängige Sache zu entscheiden und das Recht - einschließlich des Gemeinschaftsrechtes - auf den Einzelfall anzuwenden hat, es ist aber an ein Vorabentscheidungsurteil des EuGH gebunden (Borchardt, aaO, Rz 37 f.), dem die Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsvorschriften vorbehalten ist. In diesem "dualistischen Rechtsschutzsystem" des Gemeinschaftsrechtes (Schwarze, Grundzüge und neuere Entwicklungen des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1992, 1065 ff., 1071) wirkt also der EuGH in spezifischer Form an der innerstaatlichen Entscheidung mit, was in der Literatur und Judikatur bisweilen als Zusammenarbeit der Gerichte (Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union<sup>4</sup>, 1993, 252; Borchardt, aaO, Rz 2) bisweilen als Aufgabenteilung zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH (BVerfGE 82, 159 ff., 192; Dausen, aaO, 47) bezeichnet wird.

Würde ein innerstaatliches Organ entgegen der Anordnung in Art177 Abs3 EGV eine vorlagepflichtige Frage der Interpretation des Gemeinschaftsrechtes dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vorlegen, so verletzte dieses staatliche Organ die gesetzliche Zuständigkeitsordnung, zu der eben auch Art177 EGV zählt und entzöge den Parteien des bei ihm anhängigen Verfahrens insofern den gesetzlichen Richter, als eine dem EuGH zur Entscheidung vorbehaltene Frage nicht durch diesen gelöst werden könnte.

Einen solchen Fehler hätte der Verfassungsgerichtshof aufzugreifen, da dadurch die gesetzlich begründete Zuständigkeitsverteilung verletzt würde, was nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur eine Verletzung des Art83 Abs2 B-VG bewirkte.

5. a) Nach der Rechtsprechung des EuGH (6.10.1982, CILFIT, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 ff.) hat ein vorlagepflichtiges Gericht im Sinne des Art177 Abs3 EGV im Falle einer klärungsbedürftigen Auslegungsfrage seiner Vorlagepflicht nachzukommen, wenn sich in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine Frage des Gemeinschaftsrechtes stellt, es sei denn, das Gericht hat festgestellt, "daß die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, daß die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder daß die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechtes derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt".

Im Sinne der damit zum Ausdruck kommenden "acte clair"-Doktrin könnte einem vorlagepflichtigen Gericht (im Sinne des Art177 Abs3 EGV) die Nichtvorlage nur dann zum Vorwurf gemacht werden, wenn es begründete Zweifel daran haben müßte, daß die von ihm für zutreffend befundene Interpretation des nationalen Rechtes mit den Anforderungen des in Frage kommenden Gemeinschaftsrechtes in Widerspruch geraten könnte.

b) Im Verfahren wurde die Vorlagepflicht unter verschiedenen Aspekten behauptet. Zum einen wurde von der Beschwerde in Zweifel gezogen, ob die angewendete Bestimmung des §29 Abs4 BVergG, die die Berücksichtigung auch von einzelnen, auf Teilen der ausgeschriebenen Leistung angebotenen Alternativen erlaubt, der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art19 BKR widerspricht; zum zweiten wurde die Auffassung vertreten, daß die der Regelung von der belangten Behörde zugemessene Bedeutung im Hinblick auf die Anforderungen des Art19 BKR zweifelhaft sei; schließlich wird die Richtlinienkonformität des BVA selbst bezweifelt. Keiner dieser Vorwürfe besteht aber zu Recht:

aa) Der Verfassungsgerichtshof hat keine Bedenken, daß die (unter Pkt. II. 2. a) wiedergegebenen) Bestimmungen des BVergG über die Zulässigkeit und die Behandlung von Alternativangeboten dem Art19 BKR widersprechen. Denn Art19 BKR läßt den diese Regelung umsetzenden nationalen Gesetzen gerade im Hinblick darauf einen relativ weiten Spielraum, ob und inwieweit Alternativangebote zugelassen werden und Berücksichtigung zu finden haben. Es muß freilich aus den den Angeboten zugrundeliegenden Ausschreibungsunterlagen hervorgehen, welchen Mindestanforderungen die Alternativangebote entsprechen müssen und es muß klar sein, ob und in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können.

Es kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, daß die Vorschriften des BVergG über die Zulässigkeit von Alternativangeboten diesem Rahmen des Gemeinschaftsrechtes entsprechen: Als Mindestanforderung wird in unbedenklicher Weise die qualitative Gleichwertigkeit der alternativ angebotenen Lösung verlangt und hinsichtlich der Art und Weise, in der Alternativangebote eingereicht werden dürfen, enthalten §22 Abs6 und §29 Abs4 BVergG entsprechende Regelungen, wobei im Hinblick auf die im zugrundeliegenden Kontrollverfahren strittigen Fragen insbesondere von Bedeutung ist, daß sich nach der zuletzt zitierten Bestimmung Alternativangebote dann, wenn sie nicht ausnahmsweise für unzulässig erklärt werden, auf die Gesamtleistung oder auf Teile der Leistung beziehen können.

bb) Das BVA ging bei Anwendung dieser Vorschriften ersichtlich davon aus, daß der Auftraggeber im Falle des Vorliegens eines Hauptangebotes und mehrerer Alternativen für die Bestbieterermittlung eines oder mehrere der angebotenen Alternativen mit Teilen des Hauptangebotes kombinieren dürfte (während es ihm nicht erlaubt sei, ein Alternativangebot quasi zu zerlegen und einzelne Teile einer Alternative mit dem Hauptangebot zu kombinieren). Eine solche Interpretation kommt offensichtlich nicht in Widerspruch zu Art19 BKR, der es erlaubt, Änderungsvorschläge zu berücksichtigen, wenn sich die Zulässigkeit von Alternativangeboten aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt (EuGH 22.6.1993, Rs. C-243/89, Storebaelt, Slg. 1993, 3353 ff.) und die alternativ angebotenen Leistungen - wie es nach Dafürhalten des BVA in concreto der Fall war - den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen. Auch mit den in Art19 Abs2 BKR aufgestellten Anforderungen kam weder die Ausschreibung noch die Entscheidung des BVA in Widerspruch.

cc) Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Blickwinkel des Beschwerdefalles auch keine Bedenken ob der Richtlinienkonformität der Organisation der nachprüfenden Kontrolle der Vergabeentscheidung durch das BVA (vgl. Thienel, ÖZW 1993, insb. 75 ff.).

c) Das BVA war daher nicht gehalten, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Die behauptete Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter hat sohin nicht stattgefunden.

6. Im Verfahren ist auch nicht hervorgekommen, daß der Beschwerdeführer im Gleichheitsrecht verletzt worden wäre. Die von der belangten Behörde vorgenommene Interpretation der die Zulässigkeit von Alternativangeboten regelnden Bestimmungen des BVergG (vgl. Pkt. II. 2. a) und II. 3.) mißt diesen Vorschriften keinen gleichheitswidrigen Inhalt bei; ob die Entscheidung auch rechtsrichtig ist, insbesondere ob das BVA (oder der

Auftraggeber) den zweifellos mißverständlich formulierten Schlichtungsvorschlag der B-VKK unrichtig verstanden hat, wie das in der Beschwerde behauptet wird, ist eine einfachgesetzliche, nicht vom Verfassungsgerichtshof zu beurteilende Frage.

Auf die Rüge einer der beteiligten Parteien dieses verfassungsgerichtlichen Verfahrens, das BVA habe ihr zu Unrecht keine Parteistellung im vergaberechtlichen Kontrollverfahren zuerkannt und damit einen in die Verfassungssphäre reichenden Fehler begangen, war nicht einzugehen, weil damit keine Verletzung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht der beschwerdeführenden Anstalt behauptet wird, die ja in allen Stadien des Kontrollverfahrens Parteistellung hatte.

Das Verfahren hat auch nicht ergeben, daß die Beschwerdeführerin in von ihr nicht geltend gemachten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt worden wäre. Angesichts der Unbedenklichkeit der angewendeten Rechtsgrundlagen (vgl. oben Pkt. II. 3.) ist es auch ausgeschlossen, daß der beschwerdeführende Sozialversicherungsträger in seinen Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm verletzt wurde.

7. Die Beschwerde war daher abzuweisen.

8. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VerfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden, da die relevanten Fragen in den Schriftsätzen der Parteien und der Beteiligten dieses verfassungsgerichtlichen Verfahrens umfassend erörtert wurden.

#### **Schlagworte**

VfGH / Instanzenzugerschöpfung, Vergabewesen, Determinierungsgebot, EU-Recht, Gericht, EU-Recht Richtlinie, Tribunal

#### **Dokumentnummer**

JFT/10048789/95B02300/2

▲ Seitenanfang ▲