

Vorherige Markterkundung und Vorarbeiten

Überblick

Vorherige Erkundung des Marktes

Vor Einleitung eines Vergabeverfahrens kann ein öffentlicher Auftraggeber zur Vorbereitung vorherige Markterkundungen durchführen und potentiell interessierte Unternehmer über seine Pläne und Anforderungen informieren. Im Rahmen der Markterkundungen kann sich der öffentliche Auftraggeber insbesondere von Dritten beraten lassen. Er kann die solcherart eingeholten Informationen für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens nutzen, sofern dadurch der Wettbewerb nicht verzerrt oder gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen wird.

Diese Bestimmung stellt klar, dass Auftraggeber vor Einleitung eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit haben, Unternehmen, die potentielle Bewerber oder Bieter sind, zu konsultieren, um Ideen für dieses Verfahren zu sammeln. Im Rahmen dieser Konsultation (Markterkundung) können diesen Unternehmen bereits Informationen über das geplante Vergabeverfahren (z.B. Problembeschreibungen, Zeitpläne) offengelegt werden. Diese Konsultation kann auch mit Dritten (unabhängigen Sachverständigen, Behörden oder sonstigen Unternehmen) durchgeführt werden.

Beteiligung an Vorarbeiten

Hat ein Bewerber oder Bieter oder ein mit diesen in Verbindung stehendes Unternehmen den öffentlichen Auftraggeber beraten oder war er auf andere Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt, so hat der öffentliche Auftraggeber alle erforderlichen Maßnahmen zu setzen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Bewerbers oder Bieters nicht verzerrt wird.

Der betroffene Unternehmerkreis erfasst alle Bewerber oder Bieter oder mit diesen in Verbindung stehende Unternehmen, die unmittelbar oder mittelbar an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren. Nicht unter den Begriff der „Vorarbeiten“ fällt daher eine Beratung, die ein Unternehmer als Auftragnehmer im Rahmen der Leistungserbringung eines noch laufenden Vertrages mit dem Auftraggeber erbringt, und die nicht im Zusammenhang mit der Ausschreibung der Nachfolgeleistung in Verbindung steht.

Ziel dieser Bestimmung ist es sicherzustellen, dass durch derartige Vorbereitungsaktionen der Wettbewerb im anschließenden Vergabeverfahren nicht verzerrt wird. Sofern sich daher ein vorarbeitendes Unternehmen weder direkt noch indirekt am anschließenden Vergabeverfahren beteiligt, ist dessen „Vorarbeit“ vergaberechtlich unproblematisch.

Setzen von Maßnahmen

Als Maßnahmen kommen insbesondere die Übermittlung oder Bereitstellung aller Informationen, die im Zusammenhang mit den Vorarbeiten ausgetauscht wurden oder die aus den Vorarbeiten resultieren, an alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens oder die Festlegung angemessener Angebotsfristen in Betracht. Die vom öffentlichen Auftraggeber gesetzten Maßnahmen sind im Vergabevermerk festzuhalten.

Die Bestimmung verpflichtet den Auftraggeber, der die Teilnahme des „vorarbeitenden“ Unternehmers am weiteren Verfahren gewährleisten will, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. „Angemessen“ bedeutet, dass mit den gesetzlich vorgesehenen Mindestangebotsfristen nicht das Auslangen gefunden werden kann. Gefordert wird vom Auftraggeber, aktiv Maßnahmen zu setzen und diese im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Verzerrung des Wettbewerbs

Bewerber, Bieter sowie mit diesen in Verbindung stehende Unternehmen, die an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren, sind - soweit durch ihre Teilnahme der faire und lautere Wettbewerb unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung verzerrt werden würde - von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.

Diese Bestimmung stellt darauf ab, ob durch die Beteiligung von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern der faire und lautere Wettbewerb verzerrt werden würde. Es handelt sich dabei um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers, die dieser aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden

Entscheidungsgrundlagen zu treffen hat. Es ist kein kategorischer Ausschluss von allen an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern vorgesehen:

Obwohl ein an Vorarbeiten beteiligter Unternehmer (ebenso wie ein früherer Auftragnehmer eines Auftraggebers) immer einen – wenn auch unter Umständen sehr geringen – Vorteil genießt (z.B. längere Kenntnis bestimmter Informationen; Vertrautheit mit dem Auftragsgegenstand oder Teilen desselben; nähere Kenntnis der Organisationsstruktur und der Bedürfnisse des Auftraggebers), soll nicht absolut jeder Wissensvorsprung (der für sich schon eine „Verzerrung“ des Wettbewerbes bewirkt) durch die Beteiligung an den Vorarbeiten die strenge Sanktion des Ausschlusses von der Teilnahme am Vergabeverfahren nach sich ziehen.

Schutzobjekt ist der freie und lautere Wettbewerb (unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes). Der Wettbewerb wird erst dann relevanter Weise „verzerrt“, wenn die Teilnahmebedingungen gröblich benachteiligend (und nicht bloß minder „beeinträchtigend“) oder derart ausgestaltet sind, dass ein fairer und lauterer Wettbewerb an sich ausgeschlossen ist. Marginale oder minder bedeutsame Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Beteiligung an Vorarbeiten werden toleriert.

Ausschluss des betroffenen Unternehmers

Vermag der Auftraggeber jedoch auch durch alle erdenklichen Vorkehrungen die Wettbewerbsvorteile, die den Schutzzweck der Norm verletzen, nicht auszugleichen, so ist der betreffende Unternehmer von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung auszuschließen.

Achtung:

Vor dem Ausschluss ist dem betroffenen Unternehmer die Möglichkeit zu geben, nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren konnte.

Neben den vom Auftraggeber aktiv zu setzenden Maßnahmen hat dieser vor einem allfälligen Ausschluss eines vorarbeitenden Unternehmers diesem die Möglichkeit einzuräumen, darzulegen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht hat verfälschen können.

Fazit:

Der Auftraggeber hat alle erforderlichen Maßnahmen zu setzen, um eine Verzerrung des fairen und lautereren Wettbewerbs zu verhindern (Vorteilsausgleich als Grundsatz). Nur wenn das nicht gelingt, sind die Unternehmer auszuschließen (Ausnahme), wobei ihnen zuvor die Möglichkeit eines Freibeweises einzuräumen ist.