

25 Jahre Vergaberecht

Anfänge und Novellen:
Wurde alles besser?

BVergG 2018

Neues Vergabegesetz:
Die wichtigsten Neuerungen.

ÖSTERREICHISCHE bauzeitung

Juni 2018



Österreichische Post AG, WZ 02Z030718 W, Österr. Wirtschaftsverlag, Grünbergstr. 15, 1120 Wien, Retouren an Postfach 555, 1008 Wien

Bauinnung Spezial:
Vergaberecht auf dem Prüfstand

BAU TV

Der Info-Videokanal für Mitglieder



BAU TV ist ein audiovisuelles Informationsservice für Mitglieder der Bundesinnung Bau und des Fachverbandes der Bauindustrie. Dieses Format berichtet regelmäßig über Neues aus der Bauwirtschaft und erklärt komplizierte Sachverhalte wie z. B. Gesetzesänderungen einfach und verständlich.

Informieren Sie sich über diese aktuellen Themen:

- ▶ Potenziale der Digitalisierung
- ▶ Teilzeitbeschäftigung: Neuerungen bei der Meldepflicht
- ▶ Sensationelle WM-Premiere: Gold in beiden Bau-Kategorien
- ▶ 4. Baulehrings-Casting: neuer Teilnehmer-Rekord
- ▶ Und vieles mehr ...

www.bautv.or.at



Teilzeitbeschäftigung
Neuerungen bei Meldepflicht





Das Vergabegesetz bildet das Fundament für faire öffentliche Auftragsvergaben und feiert heuer 25. Geburtstag.

Inhalt

Editorial, Inhalt, Impressum | 03

Einführung

Eine kurze Geschichte des Vergaberechts | 04

Aktuell: Bundesvergabegesetz 2018

Was lange währt, wird endlich fertig | 06

Historie

25 Jahre Bundesvergabegesetz | 09

Vergaberecht auf dem Prüfstand

Antragslegitimation: Was können wir für Sie tun? | 10

Normenbindung: Bindungssängste | 12

Verstärkte Berücksichtigung von Eignungskriterien | 14

Hilfsmittel bei Auftragsvergaben

Die elektronische Vergabe | 16

Mit den ANKÖ-Services zum öffentlichen Auftrag | 18

Bestbieterprinzip

ASFINAG-Fazit: vom Billigstbieterprinzip zum Qualitätswettbewerb | 20

Bestbieterkriterienkataloge als Hilfeleistung für Auftraggeber | 22

Service

Schwellenwerte | 25

Der angemessene Preis als Voraussetzung für ein zuschlagsfähiges Angebot | 26

Keine Schwarzarbeit mit Steuergeld | 30

Der vergabespezifische Rechtsschutz | 32

VORWORT

25 Jahre Bundesvergabegesetz

Der Zeitpunkt, um diese Sonderausgabe dem Thema Vergaberecht zu widmen, ist bewusst gewählt. Zum einen wird das Bundesvergabegesetz heuer ein Vierteljahrhundert alt. Zum anderen wird in Kürze eine weitere Novelle in Kraft treten – im Übrigen eine von vielen Novellen in wenigen Jahren, wie ein Blick auf die Geschichte (👁️ Seiten 4 und 5) zeigt. Das Vergabegesetz ist mittlerweile sehr umfangreich, wurde es doch mit jeder Novelle erweitert. Kritiker meinen, dass dadurch auch die Teilnahme an öffentlichen Vergaben nicht einfacher wurde.

Wir haben das Vergabegesetz in diesem Heft genauer unter die Lupe genommen und zeigen auf, welche für Bauunternehmen wesentliche Themen – Stichwort Antragslegitimation und Normenbindung – immer noch fehlen (👁️ Seiten 10–15) Fazit: Es gibt noch viel zu tun!

Als Interessenvertretung sehen wir das 2016 eingeführte verpflichtende Bestbieterprinzip bei bestimmten öffentlichen Bauaufträgen als wesentlichen Meilenstein. Den Anstoß dafür gab die Sozialpartner-Initiative „Faire Vergaben“. Sie war es auch, welche die öffentlichen Auftraggeber mit einem eigens konzipierten „Bestbieterkriterienkatalog“ unterstützte (👁️ Seiten 22–24). So konnten sich die Auftraggeber mit der neuen Rechtsmaterie rasch vertraut machen. Erste Einschätzungen aus Sicht der Auftraggeber lesen Sie auf den Seiten 20 und 21.

Als Interessenvertretung gilt für uns mehr denn je: Nach der Novelle ist vor der Novelle! Wir werden auch weiterhin daran arbeiten, dass die Anliegen der Bauwirtschaft im Vergaberecht bestmöglich berücksichtigt werden.



**Senator h. c. KR Ing.
Hans-Werner Frömmel
Bundesinnungsmeister**

IMPRESSUM

Medieninhaber, Verleger: Österreichischer Wirtschaftsverlag GmbH, A-1120 Wien, Grünbergstraße 15/Stiege 1, T +43(0)1/546 64-0, F +43(0)1/546 64 DW 535, **Internet:** www.diebauzeitung.at, **Geschäftsführung:** Thomas Letz, **Herausgeber:** Für sämtliche Inhalte sowie die verwendeten Grafiken und Bilder in dieser Sonderausgabe zeichnet die Bundesinnung Bau verantwortlich: Wirtschaftskammer Österreich, Geschäftsstelle Bau, Schaumburggasse 20/8, A-1040 Wien, T +43(0)590 900 5222, office@bau.or.at, **Fotorechte:** Wenn nicht anders angegeben, von den Autoren beigelegt, **Coverbild + Grafik:** brandlgrafik.com, **Hersteller:** Friedrich Druck & Medien GmbH, 4020 Linz, Zamenhofstraße 43–45, www.friedrichdruck.com, **Chefredaktion:** Matthias Wohlgemuth, **Redaktion:** Christian Albrecht, Wolfgang Drucker, Paul Grohmann, Stephan Heid, Andreas Kropik, Sonja Meßner, Annemarie Mille, Katharina Tretnak-Hahl, Christoph Wiesinger, **Foto Seite 1:** Teeranajioe/iStock/thinkstock; ronstik/iStock/thinkstock; Zoonar RF/Zoonar/thinkstock-Bildmontage. **Datenschutzerklärung:** Als Mitglied der Bundesinnung Bau erhalten Sie diese kostenlose Sonderausgabe zweimal im Jahr. Ihre Adressdaten werden seitens der Bundesinnung Bau lediglich und ausschließlich für die Zustellung dieser Publikation verwendet. Sollten Sie die Sonderausgabe der Bundesinnung Bau nicht mehr beziehen wollen, senden Sie bitte eine entsprechende Nachricht an office@bau.or.at. Eine Datenschutzerklärung der Wirtschaftskammer Österreich finden Sie unter www.wko.at/service/datenschutzerklaerung.html

Eine kurze Geschichte des österreichischen Vergaberechts

Wenn man aus der Geschichte eines für die Zukunft des Vergaberechts in Österreich lernen kann, dann das: Nach der Novelle ist vor der Novelle.

TEXT: MAG. MATTHIAS WOHLGEMUTH, GESCHÄFTSSTELLE BAU



Einer Legende zufolge wurden bei der Errichtung der Mauer rund um den Lainzer Tiergarten in Wien die Grundsteine zum heutigen Vergaberecht gelegt.

Keine vernünftige Recherche hinsichtlich des österreichischen Vergaberechts kommt ohne die Geschichte vom armen Schlucker aus. Sie handelt von einem Baumeister mit diesem schönen Namen, der im 18. Jahrhundert angeblich die Mauer rund um den Lainzer Tiergarten zum Dumpingpreis erbauen durfte und damit je nach Quelle reich (wegen der lukrativen Ausbesserungsarbeiten) oder eben zur Redewendung wurde. Egal wie wahr die Geschichte ist, wir sehen: Öffentliche Bauaufträge werden schon seit einiger Zeit vergeben. Und dieser Beitrag wurde ordentlich recherchiert.

1909 In der Papierform kommt das Vergabewesen in Österreich aber erst 1909 mit dem sog-

nannten Submissionsregulativ („*Verordnung des Gesamtministeriums betreffend die Vergabung staatlicher Leistungen und Arbeiten*“) in Schwung. Natürlich gab es auch dazu umfangreiche jahrelange Vorarbeiten. Interessanter aber ist, dass sich in dem Dokument bereits Verfahrensregeln finden, die auch heute noch diskutierte Grundfragen ansprechen: Inhalt der Ausschreibung, Art der Preiserstellung, Aufgliederung der Leistung in Teilleistungen, Fristen, Form und Inhalt der Angebote, Zuschlagserteilung.

1957 1957 erscheint als nächster Meilenstein die ÖNORM A 2050 „Vergabung von Leistungen“, ihrerseits aufbauend auf bereits bestehenden einschlägigen Normen, prä-

gend für die Zeit bis zum ersten Bundesvergabegesetz und inhaltlich bei genauerer Betrachtung bis heute äußerst einflussreich.

1963 Das Jahr 1963 bringt darauf aufbauend Vergaberichtlinien für öffentlichen Dienststellen. Man beachte hier die vielleicht etwas gemächlichere Geschwindigkeit, mit der sich die Materie zu der Zeit entwickelt hat.

EU-Beitritt forciert Schaffung eines Vergabegesetzes

Die wirkliche Zäsur bei langjähriger Betrachtung stellt aber das Bundesvergabegesetz (BVergG) 1993 dar. Der absehbare Beitritt Österreichs zur Europäischen Union wirft schon seine Schatten voraus. Damit verbunden steigt der Druck, ein

Bundesvergabegesetz zu schaffen. Auch hier reichen die Bemühungen weit zurück. Erste nachweisbare Versuche datieren in das Jahr 1969. Der damalige Entwurf findet übrigens mit schlanken 30 Paragrafen das Auslangen und zeigt, wie sehr die in der Materie schlummernde Komplexität offenbar unterschätzt wurde.

1982 Im Rahmen einer weiteren Gesetzesinitiative im Jahr 1982 konnte die Bauwirtschaft ihr nach wie vor aktuelles Anliegen kommunizieren, dass das Vergaberecht auch dem Ausgleich der unterschiedlichen ökonomischen Macht von Auftraggebern und Auftragnehmern dienen muss und nicht nur einen juristischen Aspekt hat, sondern auch betriebswirtschaftliche, technische sowie volkswirtschaftliche Überlegungen berücksichtigen muss. Noch in der Vorbereitungsphase für das bereits erwähnte BVergG im Jahr 1993 wurden grundlegende Fragen diskutiert, etwa jene, ob die Regelungen nur für Vergaben über dem EU-Schwellenwert Anwendung finden sollen und ob das Gesetz nur im Bundesbereich gelten soll.

Dass man sich schließlich auf einen breiten Anwendungsbereich geeinigt und auch die Vergaben der Bundesländer einbezogen hat, ist aus Sicht der Wirtschaft sicherlich zu begrüßen. Dies wurde aber mit weitreichenden Mitbestimmungsrechten (de facto Vetorechten) der Länder im Gesetzgebungsverfahren „erkauft“ und bedeutet auch den Luxus einer föderalen Organisation des Rechtsschutzes inklusive entsprechender Gesetzgebung in den Bundesländern.

1993 Ab dem Jahr 1993 wurde die Schlagzahl in diesem Rechtsgebiet spürbar erhöht, die Materie wurde damit laufend deutlich umfangreicher und komplexer – was zur Sicherheit der Rechtsanwender nicht unbedingt beigetragen hat.

Dem BVergG 1993 (108 Paragrafen und elf Anhänge) folgt das BVergG 1997 (130

Paragrafen und 18 Anhänge), dann das BVergG 2002 (192 Paragrafen und zehn Anhänge) und schließlich das BVergG 2006 (351 Paragrafen und 19 Anhänge).

2006 Die „Explosion“ der Paragrafenanzahl im BVergG von 2006 erklärt sich hauptsächlich daraus, dass Verweise aufgelöst wurden, indem man zwei getrennte Bereiche für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber mit zahlreichen identen beziehungsweise sehr ähnlichen („Doppel“-)Bestimmungen geschaffen hat.

2007–2015 Die längere Pause zwischen den Bundesvergabegesetzen 2006 und 2018 hat der Gesetzgeber mit erwähnenswerten Novellen in den Jahren 2007, 2010, 2011, 2013 und 2015 gefüllt, wobei vor allem die Novelle 2015 herauszuheben ist, in Fachkreisen als „Bestbieter-Novelle“ bekannt.

BVergG mit Verzug

2018 Das nun für Sommer 2018 zu erwartende Inkrafttreten des BVergG 2018 ist das Ergebnis einer verspäteten Umsetzung der einschlägigen EU-Richtlinien aus dem Jahr 2014. Diese wären demnach mit der üblichen Umsetzungsfrist bis spätestens 2016 umzusetzen gewesen.

Beim BVergG aus dem Jahr 2018 bremsst sich das zuvor festgestellte Paragrafenwachstum wieder etwas ein (382 Paragrafen und 21 Anhänge), allerdings hat sich mittlerweile die Familie der Vergabegesetze um ein Spezialvergabegesetz für sicherheitsrelevante und militärische Beschaffungen (BVergGVS) sowie das mit Sommer geltende neue Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVergGKonz) erweitert.

Und es zeigt sich, dass das BVergG an den falschen Stellen zunimmt, nämlich durch eine Expansion der zivilrechtlichen Bestimmungen, wo man völlig systemwidrig und meist ohne den beab-

sichtigten Erfolg glaubt, Defizite anderer Rechtsgebiete (Stichwort: Sozialbetrugsbekämpfung bei Subunternehmern) wettmachen zu müssen.

Aus der bisherigen Geschichte des österreichischen Vergaberechts kann man relativ risikolos zwei Erwartungen für die Zukunft ableiten: Zum einen ist eher nicht zu erwarten, dass das Vergaberecht einfacher, unbürokratischer und weniger umfangreich wird. Zum anderen sollte man sich unmittelbar nach der Lektüre einer Vergabennovelle oder eines neuen Vergabegesetzes darauf gefasst machen, dass die nächste Novelle unmittelbar bevorsteht. □



Was lange währt, wird endlich fertig

Zu Redaktionsschluss ist das Bundesvergabegesetz 2018 zumindest inhaltlich bereits absehbar. Tritt es wie geplant in Kraft, dann bringt der Sommer 2018 einige Änderungen für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

TEXT: MAG. MATTHIAS WOHLGEMUTH, GESCHÄFTSSTELLE BAU



3D-Sparrow/Stock/Thinkstock

Lange ließ sie auf sich warten, nun steht sie ante portas: Mit der Novelle des Bundesvergabegesetzes (BVergG) 2018 setzt Österreich die EU-Vorgaben für Vergaben der öffentlichen Hand mit mehr als zweijähriger Verspätung um. Der folgende Beitrag analysiert die wesentlichen Punkte:

Normenbindung neu

Schade ist aus Sicht der Interessenvertretungen der österreichischen Bauwirtschaft zunächst einmal, dass das BVergG 2018 die sogenannte Normenbindung ein weiteres Mal abschwächt (dazu auch den ausführlichen Beitrag auf den Seiten 12 und 13 in dieser Ausgabe). Die §§ 105 Abs 3 und 110 Abs 2 BVergG 2018 schreiben dem öffentlichen Auftraggeber nunmehr vor, auf vorhandene geeignete Leitlinien „Bedacht zu nehmen“. Es stellt sich die Frage, welcher in der Baupraxis spürbare Unterschied zwischen einem öffentlichen und einem privaten Auftraggeber normiert werden soll. Auf geeignete Leitlinien „Bedacht nehmen“ (was immer das bedeutet) dürfen Private sicherlich auch und sowohl private als auch öffentliche Auftraggeber auch jetzt schon.

Die Änderung bedeutet vielmehr eine nicht nachvollziehbare Aufgabe einer objektivierbaren Qualitätssicherung. Denn mit der vergaberechtlichen Normenbindung soll ein fairer Interessenausgleich durch die konstruktive Mitwirkung von

Vertretern aller betroffenen Kreise bei der Entstehung von Normen und sonstigen Leitlinien und damit ein hoher Standard bei der Auftragsausführung sichergestellt werden.

Während die Bauwelt digitalisiert wird und Abläufe zunehmend standardisiert werden, muss auch in Zukunft jeder Bieter bei öffentlichen Ausschreibungen Vertragstexte und Leistungspositionen mit großem Aufwand und bei jeder Ausschreibung wieder von vorn nach Eigenreaktionen findiger Auftraggeber durchforsten.

Ausweitung des Anwendungsbereichs des Verhandlungsverfahrens

Der Anwendungsbereich für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung wird auf den gesamten Unterschwellenbereich ausgedehnt (§ 44 BVergG 2018), und die entsprechenden Tatbestände werden deutlich erweitert (§ 34 BVergG 2018).

Änderungen während der Laufzeit

Den europäischen Vorgaben folgend, sieht das BVergG 2018 in § 365 vor, dass „wesentliche Änderungen von Verträgen ... nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig“ sind. Auf etwas mehr als einer Seite listet die Gesetzesbestimmung – ebenfalls den Vorgaben aus Brüssel folgend – ausführlich auf, wann eine Änderung jeden-

falls wesentlich ist bzw. wann sie jedenfalls unwesentlich ist. Wer das nicht auf Anhieb versteht, kann auf fünf Seiten Erläuterungen zurückgreifen. Für die Baupraxis wird schlussendlich entscheidend sein, was genau Änderungen sind, „die unabhängig von ihrem Wert in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind“. Sind damit Änderungen im Rahmen des in der ÖNORM B 2110 festgehaltenen Leistungsänderungsrechts jedenfalls unwesentliche Änderungen im Sinne des BVergG, weil sie alle dort genannten Voraussetzungen erfüllen?

Um eine Neuausschreibungspflicht wegen zu umfangreicher Änderungen zu vermeiden, bliebe dem Baupraktiker auch noch die Berufung auf „zusätzliche Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers, die erforderlich geworden sind und nicht in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen waren, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre“: allerdings nur, wenn „der Gesamtwert der zusätzlichen Leistungen 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrages nicht übersteigt“.

Es ist abzusehen, dass die Regelung – geeignete Anlassfälle vorausgesetzt – der Rechtsprechung ausreichend Gelegenheit zur Konkretisierung bieten wird.

Der Prokurist als Ausschlussgrund

Der Auftraggeber hat Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn diese aufgrund bestimmter Straftatbestände rechtskräftig verurteilt wurden. Dies gilt auch, wenn die Voraussetzungen in Bezug auf natürliche im Unternehmen vertretungsbefugte Personen erfüllt sind. Daher haben seit einem VwGH-Erkenntnis aus dem Herbst 2016 auch alle Prokuristen eines Unternehmens einen Strafregisterauszug vorzulegen.

Das neue BVergG verpasst die Gelegenheit, diese völlig über das Ziel hinauschießende Praxis zu beenden. Die vorgeschlagene Regelung ist hinsichtlich der Betroffenheit von Prokuristen ebenso unklar formuliert wie die derzeit geltende und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. In dieser Form bleibt es bei einem enormen administrativen Mehraufwand sowohl für die Bieter- als auch Auftraggeberseite. Eine Präzisierung der gesetzlichen Regelung in § 78 BVergG oder zumindest eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen ist leider unterblieben.

Der neue Ausschlussgrund „bisherige Erfahrungen“

Ein Unternehmer ist gemäß § 78 BVergG von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er „bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren

Auftrages oder eines früheren Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“.

Es ist den Anregungen aus der Bauwirtschaft im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zu verdanken, dass die in den Erwägungsgründen der Richtlinie beispielhaft angeführten Anlassfälle zur Klarstellung auch in den Erläuterungen zu finden sind. Nicht jeder Mangel berechtigt damit zum Ausschluss eines Bieters, sondern beispielsweise „Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt“. Zudem ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Baustellendatenbank

Das neue BVergG sieht in § 367 bei Aufträgen über 100.000 Euro eine Meldepflicht des öffentlichen Auftraggebers in die Baustellendatenbank vor. Diese Bestimmung ist zu begrüßen, sofern dadurch kein zusätzlicher Aufwand für die Bieter entsteht. Die Meldepflicht sollte jedenfalls ausschließlich beim Auftraggeber liegen, da nur dieser aufgrund der zwingenden gesetzlichen Vorgaben des BVergG über alle Informationen über die zur Auftragsabwicklung eingesetzten Unternehmen verfügt und die Meldung an die Baustellendatenbank durch den Auftraggeber somit lediglich die EDV-mäßige Erfassung der Daten in einem

Onlineformular erforderlich macht und mit einem sehr geringen Zeitaufwand verbunden ist.

Bekanntgabepflichten von Subunternehmern

Im Vergaberecht ist es für die Interessenvertretung manchmal auch ein Erfolg, wenn sich nach langwierigen Diskussionen an einer Bestimmung gar nichts ändert – auch dann, wenn die Anwender von den dahinterstehenden Bemühungen nichts bemerken.

So konnte erreicht werden, dass die sogenannte Zustimmungsfiktion im § 363 BVergG unverändert erhalten geblieben ist.

Hätte man die Zustimmungsfiktion – wie zwischenzeitig vorgesehen – gestrichen, dann wäre ein nachgenannter Subunternehmer, zu dem sich der Auftraggeber nicht äußert, nicht genehmigt worden. Es wäre stets die Haftung nach § 10 LSD-BG eingetreten. Der Auftragnehmer hätte bei einem nachgenannten Subunternehmer (der zum Beispiel erforderlich wird, weil der ursprüngliche Subunternehmer in Konkurs gegangen ist) nur noch die theoretische Wahl gehabt, zu haften oder die Leistung nicht zu erbringen.

Auf Basis der letztlich erfolgreichen Argumentation der Interessenvertretung der Bauwirtschaft ist es zu keinerlei weiteren im BVergG verankerten Haftungen des Generalunternehmers für Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer der Subunternehmer gekommen. Weitere Verschärfungen gegenüber der in den vergangenen Jahren laufend verschärften Gesetzeslage sind an dieser Stelle unserer Ansicht nach auch nicht zielführend.

Aufschlussreich ist schließlich auch, was sich im BVergG (noch immer) NICHT findet:

Antragslegitimation der Interessenvertretungen

Nach wie vor fehlt dem Vergabegesetz eine Antragslegitimation der Interessenvertretungen zur Nachprüfung von Ausschreibungsunterlagen vor Ende der



Saahkinw/Stock/Thinkstock

Das neue Bundesvergabegesetz ist aus Sicht der Bauwirtschaft im Großen und Ganzen zu begrüßen. Die Lockerung der Normenbindung ist hingegen äußerst kritisch zu betrachten.

Angebotsfrist (👁️ dazu auch den ausführlichen Beitrag auf Seiten 10 und 11).

Um eine effiziente Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts sicherzustellen, ist die Einräumung von Parteirechten für Interessenvertretungen für bestimmte Fälle von anfechtbaren Entscheidungen notwendig, nämlich um vor Angebotsöffnung ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen beantragen und diese auf Gesetzmäßigkeit prüfen lassen zu können.

Dies gewährleistet einen effektiven Vergaberechtsschutz in Fällen von grundlegender Bedeutung, baut auf bereits vorhandenen Strukturen auf, ist für die öffentliche Hand kostenneutral und kann legislativ ohne umfangreiche Änderungen in das bestehende System des Vergaberechtsschutzes eingefügt werden.

Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung

Es findet sich noch immer keine genauere Festlegung im BVergG, in welchen Fällen der Auftraggeber zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet ist. Zwar existieren Vorschläge, wonach eine solche Verpflichtung dann festgelegt werden soll, wenn von einer auffallenden Abweichung ausgegangen werden kann, also etwa dann, wenn der Preis des erstgereihten Bieters um mehr als zehn Prozent unter dem des

zweitgereihten Bieters oder um mehr als 15 Prozent unter dem Mittelwert der anderen Bieter liegt. Mit der Festlegung solcher konkreten Schwellenwerte soll sichergestellt werden, dass lediglich die tatsächlichen „Ausreißer“ überprüft werden, die aber jedenfalls. Im Gesetz finden sich solche klaren Grenzen aber nicht.

In einem weiteren Schritt wäre in das BVergG aufzunehmen, was ein Auftraggeber im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung zu prüfen hat. Auch wenn viele Auftraggeber bei der Preisangemessenheitsprüfung sehr sachkundig vorgehen, zeigen die Erfahrungen aus der Praxis, dass weniger routinierten Auftraggebern mit klaren Vorgaben zur Preisangemessenheitsprüfung sicherlich geholfen wäre.

Eignungskriterien

Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bieters steht eine Reihe von Kriterien zur Verfügung, die vom Auftraggeber zwar verlangt werden können, vom BVergG aber nicht verpflichtend vorgesehen sind:

- **Mindestratingzahlen**

Ratingzahlen haben bereits Eingang in die Judikatur gefunden und werden auch von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern bereits in der Praxis erfolgreich gelebt. Das BVergG weist zwar auf die Möglichkeit hin, Ratingzahlen als Eignungskriterien heranzuziehen, nennt aber selbst in den Erläuterungen nicht einmal beispielhaft die vorhandenen Ratingsysteme bzw. Empfehlungen für Mindestratingwerte, wie sie in der Praxis bereits bekannt sind (zum Beispiel KSV-Rating geringer als 400).

- **Zumindest positive Eigenkapitalquote**

Die EU-Vergaberichtlinie sieht ausdrück-

lich vor: „Das Verhältnis z. B. zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten kann berücksichtigt werden ...“ Der österreichische Gesetzgeber sieht zwar im Unternehmensreorganisationsgesetz bereits bei einer Eigenmittelquote von weniger als acht Prozent ein Anzeichen für Reorganisationsbedarf, das Bundesvergabegesetz kennt aber keine Einschränkungen in Bezug auf die Eigenkapitalquote der Bieter.

Ausschließlich Bieter mit positivem Eigenkapital beziehungsweise ohne Reorganisationsbedarf bei öffentlichen Aufträgen anbieten zu lassen wäre auch wirtschaftlich sinnvoll. Die Eigenmittel haben neben der Haftungsfunktion auch eine Verlustausgleichsfunktion und zeigen damit die Reserven ausstattung eines Unternehmens an.

Hieraus folgt unmittelbar, dass die Gefahr einer durch Überschuldung ausgelösten Insolvenz mit wachsenden Eigenmitteln geringer wird. Auch vor dem zweiten Konkursstatbestand, der Zahlungsunfähigkeit, schützt eine hinreichende Eigenmitteldecke, weil die Beschaffung von Fremdkapital erleichtert wird. Die Bedeutung der Eigenmittelquote zur Früherkennung von Unternehmenskrisen wird letztlich durch eine Vielzahl von Untersuchungen zu den Insolvenzursachen bestätigt.

In der Regel sollte die Forderung nach einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung mit der Erreichung eines bestimmten Mindestratingwertes (👁️ *mittlere Spalte*) erfüllt sein.

- **Mindestjahresumsatz**

Wie in der EU-Richtlinie vorgesehen, sollte von den Bietern ein Mindestjahresumsatz verlangt werden, der grundsätzlich das Zweifache des geschätzten Auftragswerts beträgt.

Im Sinne eines fairen Wettbewerbes sollten Auftraggeber von der Festlegung von überschießenden respektive sachlich nicht gerechtfertigten Eignungskriterien Abstand nehmen. □



Leider noch immer nicht im BVergG enthalten: die Antragslegitimation für Interessenvertretungen sowie die Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung.

25 Jahre Bundesvergabegesetz

Wie schon ausführlich gezeigt, ist das Bundesvergabegesetz erst 25 Jahre alt, das österreichische Vergaberecht aber viel älter. Was macht das Jahr 1993 mit dem ersten BVergG dann so bedeutend?

TEXT: MAG. MATTHIAS WOHLGEMUTH, GESCHÄFTSSTELLE BAU

Nach vielen Jahrzehnten mehr oder weniger intensiver Diskussionen ( auch Beitrag zur Geschichte des Vergaberechts auf Seite 4 und 5) hat das Jahr 1993 die Urfassung des BVergG gebracht. Mit ein Grund war sicherlich der wachsende Druck auf den Gesetzgeber aufgrund des bevorstehenden EU-Beitritts. Heute, 25 Jahre später, findet man sowohl genügend Kritiker des BVergG als auch durchaus besonnene und kompetente Anwender aufseiten der Auftraggeber wie Auftragnehmer.

„Verrechtlicht“ und damit von der Praxis entfernt habe sich das Gesetz. Immer mehr nichtgenuin vergaberechtliche Themen würden in das Gesetz integriert. „Viel Aufwand mit wenig Effekt“, sagen kritische Stimmen, mit denen man sich jedenfalls auseinandersetzen sollte.

Aus Bietersicht sollte man aber auch nicht vergessen, dass die Verrechtlichung des Vergabewesens mit dem BVergG ab 1993 auch eine Verbesserung der Transparenz, eine Objektivierung der Angebotsbeurteilung und schließlich bis heute funktionierende und effiziente Rechtsschutzinstrumente und -einrichtungen gebracht hat.

Transparenz und Rechtsschutz

Mit dem BVergG 1993 wurden das Bundesvergabeamt und die Bundesvergabekontrollkommission ins Leben gerufen. Letztere wurde – aus Bietersicht leider – mit 1. 2. 2006 abgeschafft, das Bundesvergabeamt mit 1. 1. 2014 in das neue Bundesverwaltungsgericht (BVwG) integriert.

Gemäß aktuellem Tätigkeitsbericht beschäftigt sich das BVwG in sechs Prozent aller Fälle mit wirtschaftlichen Fragen, wovon wiederum elf Prozent Vergaberechtsschutzverfahren ausmachen. Circa



art.lazr/istock/Thinkstock

Der damals bevorstehende EU-Beitritt Österreichs war für die Entstehung eines Bundesvergabegesetzes eine wesentliche Motivation.

190 neue Rechtsschutzverfahren aus Vergabeverfahren von Bundeseinrichtungen wurden im Jahr 2016 vor dem BVwG anhängig gemacht. Daneben hat jedes Bundesland ein Landesverwaltungsgericht, das unter anderem für den Vergaberechtsschutz zuständig ist, wenn das Vergabeverfahren von einem Bundesland oder einer Gemeinde durchgeführt wurde. Wien und Niederösterreich haben dazu noch sogenannte Schlichtungsstellen.

Neben berechtigter Kritik an einzelnen Entscheidungen muss man mit Blick auf das große Ganze feststellen, dass die vergleichsweise knappen Fristen für Entscheidungen im Regelfall eingehalten werden und die Qualität der Entscheidungen durchwegs sehr hoch ist. Was im Bundesbereich auch daran liegt, dass sowohl die Vorsitzenden als auch die fachkundigen Laienrichter mit der Materie bestens vertraute Experten sind.

Im Vergaberechtsschutz ist man in den vergangenen 25 Jahren schon ein gutes Stück vorwärtsgekommen, was nicht ausschließt, dass man auch in Zukunft vorhandenes Verbesserungspotenzial erkennt.

Hohe Gebühren

Ein Schönheitsfehler des aktuellen Vergaberechtsschutzes – und deswegen ist die marginale Rolle einer gut durchgeführten Schlichtung so bedauerlich – sind nämlich die sehr hohen Gebühren. Bei einem Bauauftrag im Oberschwellenbereich werden schnell etwa 10.000 Euro allein an Pauschalgebühren fällig, bevor das Gericht tätig wird. Dieser Gebührensatz kann sich abhängig vom Auftragswert noch bis zu versechsfachen, was selbst dann einen ordentlichen Anteil an den Kosten darstellt, wenn der in Vergaberechtssachen für Bieter fast immer notwendige Anwalt nicht ganz billig sein sollte.

Will man die Ausschreibungsunterlagen auf deren Vergaberechtsmäßigkeit prüfen lassen, kann der Bieter in komplizierteren Fällen schon mit Kosten von etwa 40.000 Euro rechnen – und das, ohne einen Auftrag in Aussicht zu haben. Was wiederum klarmacht, warum die Antragslegitimation der Interessenvertretungen ( Seite 10 und 11) ein so großer und wichtiger Schritt in die richtige Richtung wäre. □

Was können wir für Sie tun?

In der Theorie gibt es keinen Unterschied zwischen Theorie und Praxis. In der Praxis schon. In der Theorie kann ein Bieter Ausschreibungen nachprüfen lassen. In der Praxis gibt es dazu kaum Verfahren. Eine Antragslegitimation für Interessenvertretungen wäre deshalb naheliegend.

TEXT: MAG. MATTHIAS WOHLGEMUTH, GESCHÄFTSSTELLE BAU

Aber immer der Reihe nach: Bei Bauleistungen sind fast immer Risiken zu berücksichtigen, die zum Zeitpunkt der Ausschreibung weder dem Auftraggeber noch den Bietern bekannt sind. Bei der Leistungserbringung kommt es regelmäßig zu Leistungsänderungen durch den Auftraggeber oder zu Störungen (zum Beispiel abweichende Baugrundverhältnisse, außergewöhnliche Witterungsverhältnisse oder Naturereignisse).

Die einschlägigen Normen versuchen diese Vorab-Risiken fair zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer aufzuteilen. Bei der Ausschreibung von Bauleistungen sind aber viele öffentliche Auftraggeber versucht, diese Risiken durch eine Überwälzung auf die Bieter zu minimieren und gleichzeitig die in der Ausschreibung verlangte Preisangabe der Bieter (die auf Basis der Angaben des Auftraggebers und

mit dem Kenntnisstand vor Ausführung kalkuliert werden müssen) möglichst abzusichern. Es kommt ihnen dabei zugute, dass Vorbehalte der Bieter nicht zulässig sind.

Enthält eine Ausschreibung vergaberechtswidrige Festlegungen, dann steht den Bietern ein rechtliches Mittel zur Verfügung, um sich dagegen wehren zu können: Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung können von jedem Bieter bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht werden.

In der Praxis funktioniert das aber nur suboptimal – und zwar aus zwei Gründen:

1. Der Bieter weiß vor Angebotseröffnung noch nicht, ob er überhaupt eine Chance auf den Auftrag hat. Soll er jetzt Geld in die Hand nehmen, um Recht zu bekommen, aber dann keinen Auftrag zu haben?

Oder soll er die Vertragsbedingungen verbessern und damit gar einem Konkurrenten „in die Hände spielen“?

2. Der Bieter muss mit dem Prüfungsantrag offen gegen seinen potenziellen Auftraggeber vorgehen und möglicherweise eine Verschlechterung des Geschäftsklimas in Kauf nehmen, bevor er das Geschäft überhaupt abgeschlossen hat.

Also verzichten viele Bieter auf eine Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen. Und die Ausschreibungsbedingungen werden „bestandsfest“, das heißt, später nicht mehr bekämpfbarer Vertragsbestandteil.

Um welche Ausschreibungsbedingungen handelt es sich?

Auch wenn sich viele öffentliche Auftraggeber um ständige Verbesserung ihrer Vertragsmuster bemühen, ergeben sich naturgemäß ganz unterschiedliche Qualitätsniveaus bei öffentlichen Ausschreibungen und – stark verkürzt – folgende Problemfelder:

• Unvollständige Leistungsbeschreibung

Ein öffentlicher Auftraggeber ist verpflichtet, die ausgeschriebene Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Dennoch wird oftmals versucht, sich gegen Risiken abzusichern, die sich aus einer unvollständigen oder unkorrekten Leistungsbeschreibung ergeben können oder die aufgrund unzureichender Vorarbeiten nicht genau abzuschätzen sind.

Häufig wird von den Bietern die Übernahme der Vollständigkeitsgarantie hinsichtlich der vom Auftraggeber erstellten Ausschreibungsunterlagen verlangt, auch wenn einen Auftragnehmer vorvertragliche Hinweispflichten nur sehr eingeschränkt treffen. Risiken wie etwa die Beschaffenheit des Baugrunds werden in den Aus-



BernardaSv/Stock/Thinkstock

Enthält eine Ausschreibung vergaberechtswidrige Festlegungen, kann ein Bieter einen Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibung einbringen. In der Praxis wird jedoch selten davon Gebrauch gemacht.

schreibungsunterlagen pauschal überbunden. Oder risikobehaftete Arbeiten (zum Beispiel Wasserhaltung) in einer Pauschalposition ohne ausreichend genaue Angaben ausgeschrieben.

● **Vorbehalte hinsichtlich des Bauablaufs**

Zusätzlich dazu sichern sich öffentliche Auftraggeber durch Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit, ohne nähere Angaben und ohne Abgeltung von sich daraus ergebenden allfälligen Mehrkosten in den Bauablauf einzugreifen. Der Auftraggeber will die Auftragsausführung damit so weit wie möglich „in der Hand behalten“, ohne die damit verbundenen Auswirkungen tragen zu müssen wie zum Beispiel: *„Der AG kann Arbeitsunterbrechungen bzw. eine Änderung der Reihenfolge der Arbeiten in begründeten Fällen verfügen, wenn seiner Ansicht nach die Qualität der Arbeiten nicht mehr gewährleistet ist oder ungünstig beeinflusst wird. Die sich daraus ergebenden Erschwernisse, Stehzeiten von Geräten, Mehraufwand usw. werden nicht vergütet.“*

● **Einschränkung der Vergütung bei Leistungsänderungen**

Die Vergütung wird im Gegenzug so weit wie möglich abgesichert, wozu beispielsweise folgende Festlegungen dienen können, die durchwegs den einschlägigen Regelungen zur Behandlung von Mehrkostenforderungen in der ÖNORM B 2110 widersprechen: *„Vergütungsmehrforderungen, aus welchem Grund auch immer, werden vom AG nicht erfüllt werden können.“* Oder: *„Der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, aufgrund einer aus welchen Gründen auch immer auftretenden Verzögerung des Leistungsbeginns und/oder Leistungsendes Ansprüche gleich welcher Art zu stellen.“*

Wie könnte die Lösung lauten?

Ausschreibungen, die nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und eine unfaire Risikoverteilung zulasten des Bieters beinhalten, sind nicht nur unmittelbar für Auftraggeber und Unternehmen, sondern langfristig auch für die österreich-



Geenst/Stock/Thinkstock

Gegen vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen sollte stärker vorgegangen werden – die Einräumung von Parteirechten für Interessenvertretungen könnte dabei helfen.

ische Volkswirtschaft schädlich. Denn unklare beziehungsweise unausgewogene Ausschreibungsbedingungen führen zu Risikozuschlägen und unnötigem Aufwand sowie häufig zu Streitigkeiten in der Vergabe- und Ausführungsphase.

Um ein frühzeitig wirkungsvolles Mittel gegen rechtswidrige Ausschreibungsbedingungen zu schaffen, könnte man gesetzlichen Interessenvertretungen ein Parteirecht für Anträge zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Ausschreibungsunterlagen vor Angebotsöffnung einräumen. Das hätte wohl primär präventiven Charakter und würde schon allein durch die bloße Existenz zur Hebung der Ausschreibungsqualität beitragen. Im Anlassfall würden damit fragwürdige Ausschreibungsbedingungen vor Ablauf der Angebotsfrist, das heißt in der Frühphase des Vergabeverfahrens, auf Antrag eines Verbands von den Vergabekontrollbehörden geprüft.

Die Einräumung von Parteirechten für Interessenvertretungen der Auftragnehmerseite wäre legistisch relativ einfach umsetzbar, würde einen effektiven Vergaberechtsschutz in Fällen von grundlegender Bedeutung gewährleisten und dabei für die öffentliche Hand kostenneutral auf bereits vorhandenen Strukturen aufbauen.

Und wenn man das nicht will?

Wie man am inzwischen jahrelangen erfolglosen Kampf der Interessenvertre-

tungen um die Antragslegitimation sieht, ist ganz offensichtlich nicht Jeder mit solchen Ideen glücklich. Für den wahrscheinlichen Fall, dass auch in den nächsten Jahren keine Antragslegitimation im Bundesvergabegesetz vorgesehen wird, ergeben sich drei mögliche Zukunftsszenarien:

1. Es wird alles gut. Aus anderen Gründen werden ausschließlich geeignete Leitlinien zur Erstellung der Ausschreibungsunterlagen herangezogen, und Abweichungen erfolgen nur noch dort, wo projektspezifisch unbedingt notwendig. In keiner Ausschreibung steht mehr: *„Mehr- oder Minderleistungen bzw. Veränderungen der Massenansätze innerhalb der Position oder des Auftragsvolumens berechtigen zu keiner Änderung der Einheitspreise.“*

2. Es wird trotzdem funktionieren. Die Praxis wird sich der Theorie annähern, wenn Bieter die oben beschriebenen Bedenken geringer gewichten als die Risiken, die sie mit aus ihrer Sicht immer schlechter werdenden Ausschreibungen übernehmen müssen. Denn dann werden einzelne Bieter vermehrt die gesetzlichen Möglichkeiten in Anspruch nehmen und sich gegen vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen wehren (müssen).

3. Es wird sich nicht verhindern lassen. Bleibt die Problematik gleich oder wird sie schlimmer, werden sich Umgehungs-konstruktionen finden und etwa Vereine in Vertretung ihrer Mitglieder Anträge stellen. □



Fehlende verbindliche Vorgaben für faire Vertragsstandards bei öffentlichen Bau-Ausschreibungen werfen das Vergabewesen um Jahrzehnte zurück.

winterling/Stock/Thinkstock

Bindungsängste

Für manchen Auftraggeber ist die Normenbindung das vergaberechtliche Schreckgespenst schlechthin. Was dadurch nicht besser wird, ist, dass sie Missverständnisse provoziert. Was dadurch weiters nicht besser wird, ist, dass sie sich ständig ändert.

TEXT: MAG. MATTHIAS WOHLGEMUTH, GESCHÄFTSSTELLE BAU

Die Normenbindung – das unbekannte Wesen. Nicht einmal das Geburtsdatum ist genau festzustellen. Im Bundesvergabegesetz taucht sie ausdrücklich erst im Jahr 2002 auf. Der § 76 „Erstellung eines Leistungsverzeichnisses“ verlangt: *„Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken.“* § 80 „Grundsätzliches“ sagt: *„Bestehen für die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken.“*

Was schon einmal die Frage aufwirft: Was sind geeignete Leitlinien? Vorweg: Es gibt dazu keine einheitliche Meinung der befassten Experten, sehr wohl aber ein Gutachten von Univ.-Prof. Krejci aus dem Jahr 2006, wonach geeignete Leitlinien darum bemüht sind, die gegenläufigen Interessen der potenziellen Vertragspartner möglichst ausgewogen zu berücksichtigen. Leitlinien sind demnach Produkte einer Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite mit dem Ziel, einen ausgewogenen standardisierten Vertragsinhalt sicherzustellen. Etwas, das Werkvertrags-ÖNORMen ebenso wie die diversen Standard-Leistungsbeschreibungen für sich reklamieren.

Abnehmende Relevanz

Zurück zur sogenannten Normenbindung: Kaum im BVergG angekommen, beginnt der zwar nur schrittweise, dafür aber rasante Abstieg. Im BVergG 2006 verlangen die Nachfolgebestimmungen in den §§ 97 bzw. 99 nur noch, dass bestehende *„geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen ... heranzuziehen“* sind. Aber: *„Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.“*

Die gesetzliche Vorgabe entfernt sich damit endgültig von der Praxis. Und die

Normenbindung wird zur Beschäftigung vornehmlich für Juristen. Wie weit darf man nun von geeigneten Leitlinien abweichen? Muss man das qualitativ oder quantitativ betrachten? Bei der Auftragsvergabe in der Wirklichkeit bringt uns das nicht weiter.

Falls es geeignete Leitlinien gibt, dann ist mit einem neuen BVergG ab 2018 (§§ 105 und 110) „...auf diese Bedacht zu nehmen“. Die Erläuterungen zum Gesetzestext verlangen: „Wird von geeigneten Leitlinien abgewichen, so ist dies vom öffentlichen Auftraggeber intern mit den dafür maßgeblichen Gründen zu dokumentieren.“ Na immerhin. Der Gesetzgeber wird sich schwertun, das in kommenden Novellen noch zu unterbieten.

Wir kennen jetzt den Todestag im Jahr 2018, die Geburt liegt aber natürlich weit vor 2002. Die ersten Bundesvergabegesetze (§ 30 BVergG 1993 bzw. § 43 BVergG 1997) verweisen noch direkt auf die ÖNORM A 2050:1993, Pkt 2.2.4: „Sind für die Beschreibung und/oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Richtlinien, wie ÖNORMen und/oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses in erster Linie anzuwenden.“ Bzw. Pkt 2.3: „Bestehen für die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages ÖNORMen und/oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken.“

Aber die heute so genannte Normenbindung reicht viel weiter zurück. Schon in der Urfassung der ÖNORM A 2050 aus dem Jahr 1957 (!) wurde für den Auftraggeber verbindlich festgelegt: „Die Ausführung der Leistung ist soweit möglich nach ÖNORMen und, so solche nicht bestehen, nach anderen Normen vorzuschreiben. Bestehen für die sonstigen Vertragsbestimmungen passende Vorlagen wie ÖNORMen, Bedingnishefte und dgl., so soll auch hier von eigenen Ausarbeitungen abgesehen werden.“

Rechtliche und technische Leitlinien

Die lange und weit in die Geschichte zurückreichende Einleitung zeigt etwas,

das in der Diskussion viel zu wenig beachtet wird und auch Anlass für die schon erwähnten Missverständnisse liefert. Es wurde von Beginn an ein Unterschied zwischen technischen und rechtlichen Leitlinien gemacht.

Das erklärt sich daraus, dass die Regelungen zwei verschiedene Zielsetzungen verfolgen.

- **In technischer Hinsicht** – bei den Leistungsverzeichnissen – soll die Verwendung von Standard-Leistungsbüchern Fehlerpotenzial minimieren und unnötigen Aufwand auf beiden Seiten vermeiden.

Gibt es zur Erstellung eines konkreten Leistungsverzeichnisses geeignete Standard-Leistungsbeschreibungen, dann sollen in erster Linie dieses angewendet werden. Soll der Auftraggeber auf projektspezifische Bedingungen reagieren können? Ja, natürlich! Soll er statt der schon existierenden passenden Standard-Positionen eigene erfinden? Nein! Und warum nicht? Weil Standard-Positionen auf beiden Seiten Aufwand ersparen und die Qualität der Ausschreibung erhöhen, indem sie Fehlerpotenzial und damit spätere Streitigkeiten in der Abwicklung verringern. Der Kommentar zur schon erwähnten Regelung in der ÖNORM A 2050 aus dem Jahr 1993 sagt dazu: „Standardisierte Leistungsbeschreibungen ... entheben den Auftraggeber der Gefahr, durch selbst erstellte Texte von Leistungsbeschreibungen Leistungsinhalte und Bedingungen zu formulieren, die zu Missverständnissen (Unklarheiten, Widersprüchen) Anlass geben.“

- **In rechtlicher Hinsicht** – bei den Vertragsbestimmungen – soll die Verwendung von Werkvertrags-ÖNORMen die im Vergabeverfahren regelmäßig vorhandene Ungleichgewichtslage zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer abmildern.

Gibt es zur Erstellung des Vertrages geeignete Leitlinien, so sind eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken. Soll der Auftraggeber auf projektspezifische Bedingungen reagieren können? Ja, natürlich! Soll er statt der schon existierenden konsensual erarbeiteten Vertragsbedingungen eigene erfin-

den? Nein! Und warum nicht? Weil das den Auftraggeber von der Versuchung befreit, eventuell bestehende Marktmacht in unausgewogene Vertragsbedingungen umzumünzen. Außerdem wird auf beiden Seiten Aufwand erspart und die Qualität der Ausschreibung erhöht, indem das Fehlerpotenzial und damit spätere Streitigkeiten in der Abwicklung verringert werden.

(Leider) zurück an den Start

Im Jahr 2018 schreiben wir zwar Zielbestimmungen zur Förderung von KMUs in der öffentlichen Auftragsvergabe ins BVergG. Aber die Bieter müssen jedes öffentliche Angebot komplett durcharbeiten, weil weder im Leistungsverzeichnis noch in den Vertragsbestimmungen bestehende geeignete Leitlinien vom AG herangezogen werden müssen, man sich also auf keine vorhandenen Standards verlassen kann. Und selbst wenn es einem KMU gelingen sollte, die Unterlagen durcharbeiten und die darin enthaltenen Risiken zu bewerten, wird manch einer nach genauer Prüfung in vielen Fällen sagen müssen: Die Projektrisiken sind zu intransparent oder zu einseitig beim Auftragnehmer, da kann ich nicht anbieten.

Die grundsätzlich lobenswerten Ansätze der Politik, unnötige Bürokratie und Gold Plating zu beseitigen, werden in der Bauwirtschaft durch fehlende verbindliche Vorgaben für faire und ausgewogene Vertragsstandards öffentlicher Auftraggeber – leider im negativen Sinne – mehr als wettgemacht.

Wir schreiben das Jahr 2018: Die Welt digitalisiert sich und standardisiert Abläufe, wo dies möglich ist. In der österreichischen Vergabepaxis gehen wir zurück vor den Start. Jeder Auftraggeber kann seine eigenen Vertragstexte und Leistungspositionen erfinden. Viele Mannjahre verschwinden in Diskussionen und unproduktiven Differenzen rund um Vergabe und Auftragsabwicklung. Vertragstechnisch befindet sich unser (Bau-)Ausschreibungswesen irgendwo in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts. □

Verstärkte Berücksichtigung von Eignungskriterien

Was ein gutes Vergabeverfahren sicher leisten soll, ist, die Spreu vom Weizen zu trennen. Ein denkbarer Weg ist ein starker Fokus auf Eignungskriterien.

TEXT: MAG. MATTHIAS WOHLGEMUTH, GESCHÄFTSSTELLE BAU

Das BVerG 2006 zählt demonstrativ die Nachweismittel auf, mit denen Bewerber oder Bieter ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit je nach Festlegung des Auftraggebers nachweisen können. Inhaltliche Mindestanforderungen werden dabei nicht genannt. Die muss der Auftraggeber vorgeben.

Es ist sicherlich weder volks- noch betriebswirtschaftlich und weder aus Sicht der Auftraggeber noch aus Sicht der Bieter sinnvoll, dass Bieter mit nicht ausreichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit dank Unterpriestategie Aufträge an Land ziehen, die sie dann nicht ordnungsgemäß ausführen können und dabei systematisch leistungsfähige und seriös kalkulierende Unternehmen aus dem Feld schlagen.

Dabei ist unbestritten, dass Insolvenzen zu erheblichen Schäden beim Auftraggeber führen können.

Kennzahlen für wirtschaftliche Leistungsfähigkeit?

Trotzdem überlässt es das BVerG dem Auftraggeber, von den Bietern Kennzahlen zu verlangen, deren Erfüllung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vermuten lässt – und zwar nicht nur, welche Kennzahlen verlangt werden, sondern auch die Entscheidung, ob überhaupt Kennzahlen herangezogen werden sollen.

Der Anhang X des neuen BVerG 2018 lautet „Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“. Hier werden beispielhaft und nicht abschließend

jene Nachweise aufgelistet, die der Auftraggeber zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangen kann. Es wird auf eine „entsprechende Bankenerklärung“, eine „entsprechende Berufshaftpflichtversicherung“ oder die „Angabe des Verhältnisses etwa zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten“ (= keine negatives Eigenkapital?) Bezug genommen. Der Auftraggeber könnte demnach die „Einstufung der Bonität des Unternehmers gemäß einem anerkannten Ratingsystem“ heranziehen oder „den Nachweis eines Mindestgesamtjahresumsatzes und gegebenenfalls eines Mindestjahresumsatzes für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt“ fordern. Die einzelnen Punkte werden im Gesetz aber nicht näher konkretisiert.

Konkrete Eignungskriterien

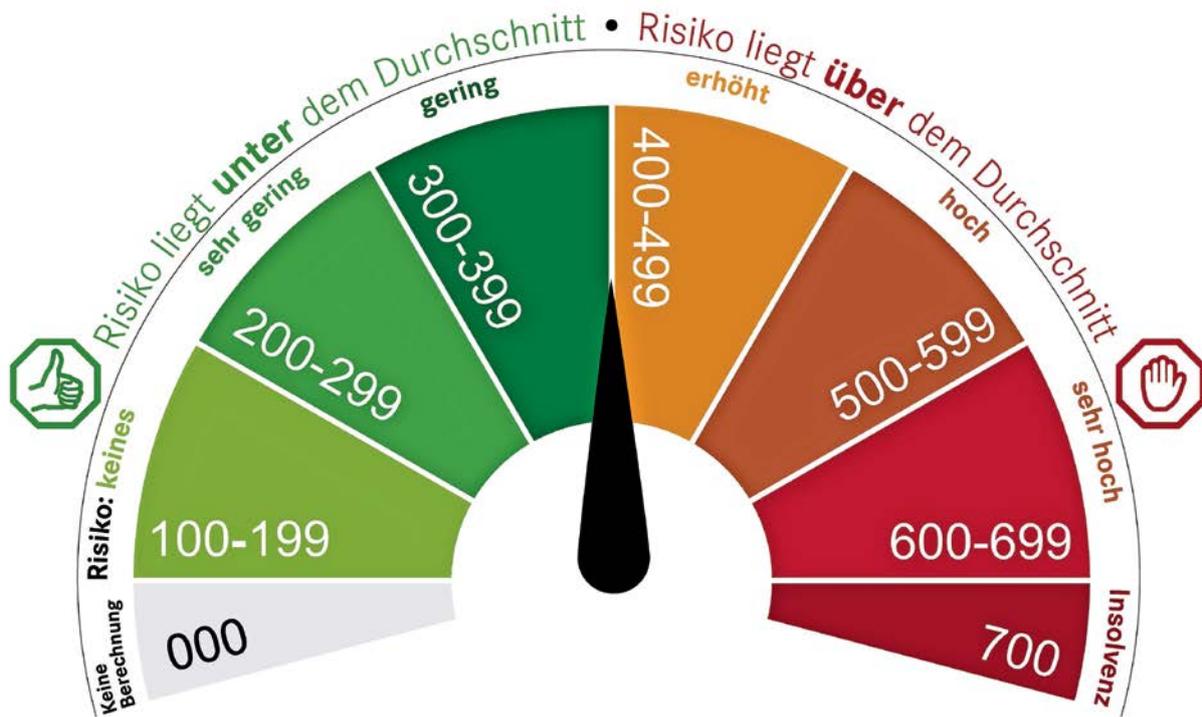
Im Sinne eines fairen Wettbewerbs sollten Auftraggeber selbstverständlich von der Festlegung von überschießenden bzw. sachlich nicht gerechtfertigten Eignungskriterien Abstand nehmen. Zumindest drei Kriterien sollten zur Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bieters jedoch konkretisiert werden:

- **Mindestrating**

Die Berücksichtigung von Ratingzahlen sollte vor allem deshalb in das BVerG aufgenommen werden, weil die Heran-

Ein mögliches Eignungskriterium wäre eine positive Eigenkapitalquote.





KSV 1870

Derzeit entscheidet der Auftraggeber selbst, welche – und ob überhaupt – Kennzahlen zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Bieters herangezogen werden. Dabei wären aber konkrete vom BVergG vorgegebene Eignungskriterien sinnvoll. (Bild: Das KSV1870-RatingDisplay lässt Bonität und Risiko in einer übersichtlichen grafischen Darstellung rasch erkennen.)

ziehung der Ratingzahlen ohnehin Eingang in die Judikatur gefunden hat und auch von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern bereits in der Praxis erfolgreich gelebt wird.

Bei einer Umsetzung wären im BVergG (bzw. in den Erläuterungen zum Gesetzestext) sinnvollerweise bereits vorhandene Ratingsysteme beispielhaft zu nennen bzw. auch Empfehlungen für praxistaugliche Mindestratingwerte abzugeben (zum Beispiel KSV-Rating geringer als 400).

● **Zumindest eine positive Eigenkapitalquote**

Die Bedeutung der Eigenmittelquote zur Früherkennung von Unternehmenskrisen wird durch eine Vielzahl von Untersuchungen zu den Insolvenzursachen bestätigt. Nur Bieter mit positivem Eigenkapital bzw. ohne Reorganisationsbedarf bei öffentlichen Aufträgen anbieten zu lassen ist wirtschaftlich sinnvoll. Die Eigenmittel haben neben der Haftungsfunktion auch eine Verlustausgleichsfunktion und zeigen damit die Reservenausstattung eines Unternehmens an. Hieraus folgt unmittelbar, dass die Gefahr einer durch Überschuldung ausgelösten Insol-

venz mit wachsenden Eigenmitteln geringer wird. Auch vor dem zweiten Konkursatbestand, der Zahlungsunfähigkeit, schützt eine hinreichende Eigenmittellücke, weil die Beschaffung von Fremdkapital erleichtert wird. In der Regel sollte die Forderung nach einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung mit der Erreichung eines bestimmten Mindestratingswertes (siehe oben) erfüllt sein.

● **Mindestjahresumsatz**

Es sollte von den Bietern ein Mindestjahresumsatz verlangt werden, wobei ein Verhältnis Mindestjahresumsatz zu geschätzter Jahresauftragssumme von zwei zu eins angestrebt werden sollte. „Jahresauftragssumme“ bedeutet, dass bei mehrjährigen Aufträgen der jeweilige Jahresanteil in Relation zum Jahresumsatz heranzuziehen ist.

Stoff für Diskussion

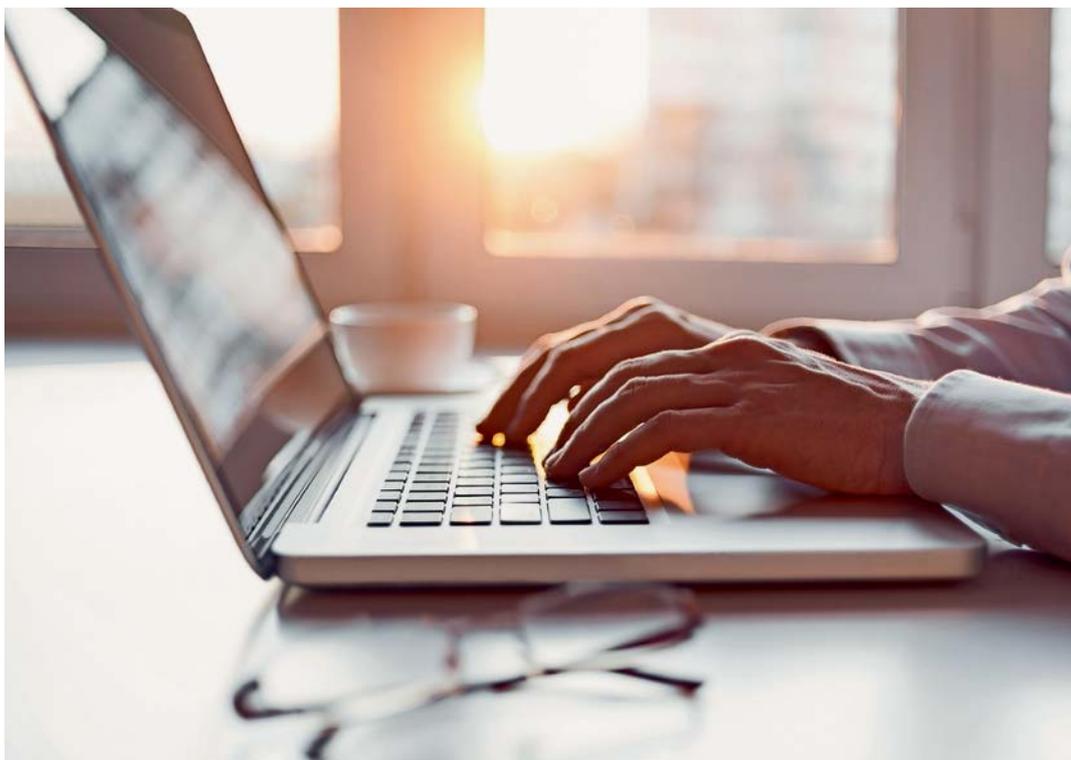
Das Thema der Eignungskriterien ist ungleich heikler als das der Zuschlagskriterien. Und schon diese werden – Stichwort „Bestbietervergabe“ – leidenschaftlich diskutiert, wobei die Novelle 2015 mit der Verpflichtung zu einem weiteren Zuschlagskriterium neben dem Preis ab

einem gewissen Auftragswert sicherlich ihren Teil dazu beigetragen hat.

Anders als Zuschlagskriterien, die einem Bieter je nach Erfüllungsgrad im Bestbieterverfahren mehr oder weniger Punkte für den Zuschlag bringen, ihn aber im Vergabeverfahren belassen, können Eignungskriterien vom Bieter nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden, was ihn in letzterem Fall aus dem Vergabeverfahren wirft.

Überlegung: Projektklassen

Weitergehende Überlegungen zum Thema beschäftigen sich daher – auch auf Basis bisheriger Erfahrungen mit einzelnen Großprojekten – mit der Überlegung, sogenannte „Projektklassen“ zu erarbeiten. Projekte sollen demnach anhand einer Handvoll objektiverbarer Eigenschaften in eine vordefinierte Projektklasse 1–5 eingeordnet werden können. Je höher die Projektklasse, desto anspruchsvoller werden die Eignungskriterien. Wobei natürlich darauf zu achten ist, dass das System ausreichend durchlässig ist und die Eignungskriterien stets in einem sinnvollen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. □



Poire/Stock/Thinkstock

Die ab Oktober 2018 verpflichtende elektronische Vergabe soll die öffentliche Auftragsvergabe rascher, einfacher und sicherer machen.

e-Vergabe nach BVergG 2018

Spätestens ab Oktober 2018 müssen Auftraggeber Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich elektronisch abwickeln, was neue Chancen für alle Stakeholder bringt.

TEXT: DR. ANNEMARIE MILLE, WKÖ, ABTEILUNG FÜR RECHTSPOLITIK

Am 20. April 2018 hat der Nationalrat das Vergaberechtsreformgesetz, bestehend aus einer vollständigen Neufassung des Bundesvergabegesetzes (BVergG 2018), ein neues Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVergG Konz 2018) und eine Novellierung des Bundesvergabegesetzes für den Bereich Verteidigung und Sicherheit (BVergGVS) beschlossen. Damit wird die Europäische Kommission ihr Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich einstellen. Österreich setzt bekanntlich die EU-Vorgaben für einen zeitgemäßen modernen Einkauf der öffentlichen Hand mit mehr als zweijähriger Verspätung um.

Zu den wesentlichsten Neuerungen zählen die Vereinfachung und Flexibilisierung von Vergabeverfahren, bei denen der Gesetzgeber Anlehnung an den Einkauf der Privatwirtschaft genommen hat und unter größtmöglicher Ausnutzung von europarechtlichen Spielräumen elektronische Vergabeverfahren forciert. Abge-

sehen von eng gesteckten Ausnahmen verpflichtet das neue BVergG 2018 die Auftraggeber ab spätestens 18. Oktober 2018 zu elektronischen Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das heißt, für Bauaufträge ab einem Auftragsvolumen von 5.548.000 Euro (exkl. USt.).

Für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich, das heißt für Bauaufträge unter einem Auftragsvolumen von 5.548.000 Euro, besteht keine gesetzliche Verpflichtung zur elektronischen Vergabe. Es ist aber zu erwarten, dass öffentliche Auftraggeber die Vorteile der e-Vergabe auch für den Unterschwellenbereich nutzen und daher ihre Beschaffungen auch unterhalb der Schwellenwerte rasch auf e-Vergabe umstellen werden, um Parallelsysteme und damit eine erhöhte Fehleranfälligkeit zu vermeiden.

Werden Aufträge mittels dynamischer Beschaffungssysteme (DBS), elektronischer Auktionen oder elektronischer Kataloge vergeben, sind diese stets, das

heißt, unmittelbar mit Inkrafttreten des Gesetzes, elektronisch abzuwickeln. Zentrale Beschaffungsstellen trifft die Verpflichtung zur e-Vergabe ebenfalls schon direkt mit Inkrafttreten des neuen BVergG 2018.

Was bedeutet e-Vergabe?

Durch die Digitalisierung der Vergabeverfahren ändert sich die Kommunikation zwischen dem Auftraggeber und den Auftragnehmern, da alle Vorgänge medienbruchfrei vollkommen automatisiert und zumeist auf Single-Sign-on-Basis abgewickelt und dokumentiert werden.

Unter elektronischer Vergabe (e-Vergabe, „e-procurement“) versteht man die Abwicklung von Vergabeverfahren unter Nutzung elektronischer Informations- und Kommunikationsmittel. Fordert das Vergaberecht „Schriftlichkeit“, so wird gemäß § 2 Z 31 BVergG 2018 darunter auch elektronisch übermittelte, bereitgestellte bzw. zur Verfügung gestellte Information verstanden.

Durch die e-Vergabe ändern sich die Abläufe: Der Unternehmer sucht auf Internetplattformen Ausschreibungen. Für den Download der Unterlagen ist eine Registrierung erforderlich, damit der Auftraggeber den interessierten Unternehmer bei Bieteranfragen oder sonstigen Informationen jederzeit erreichen kann. Der Unternehmer erstellt sein Angebot bzw. gibt die Daten direkt in die Webseiten des Auftraggebers ein. Allfällige Bieteranfragen können ebenfalls direkt an den Auftraggeber gestellt und von diesem auch direkt über die Plattform beantwortet werden. Abschließend werden die unterzeichneten Unterlagen vom Bieter hochgeladen, verschlüsselt und elektronisch signiert. Das Angebot wird beim Eingang am Server mit einem Zeitstempel versehen und die Signatur wird geprüft. Erst nach Ablauf der Abgabefrist kann der Auftraggeber die Angebote vom Server abrufen, diese prüfen und bewerten.

Was bedeutet e-Rechnung?

Gemäß § 2 Z 14 BVergG 2018 ist eine elektronische Rechnung eine Rechnung, die in einem strukturierten elektronischen Format, das ihre automatische und elektronische Verarbeitung ermöglicht, übermittelt und empfangen wird. Bei Vergabeverfahren hat der Auftraggeber – allerdings nur – im Oberschwellenbereich elektronische Rechnungen, die gewissen EU-Vorgaben entsprechen, entgegenzunehmen und zu verarbeiten. Die Verpflichtung zur technischen Entgegennahme von e-Rechnungen heißt jedoch nicht, dass der Auftraggeber damit auch die e-Rechnung inhaltlich akzeptiert.

Die Regelung in § 368 ermöglicht es Unternehmen, e-Rechnungen vorerst nur im Oberschwellenbereich zu legen, die der Auftraggeber anzunehmen hat; sie enthält keine Verpflichtung für den Unternehmer, e-Rechnungen verwenden zu müssen.

Was bringt die e-Vergabe?

Die Europäische Kommission sowie der österreichische Gesetzgeber gehen davon aus, dass die elektronische Vergabe wesentlich zur Vereinfachung von Vergabeverfahren, zu mehr Transparenz, zur Senkung von Transaktions- und Prozesskosten für

Auftraggeber wie Auftragnehmer und zur Verbesserung der Beschaffungsergebnisse beitragen kann. Einsparungspotenziale können aber nur realisiert werden, wenn standardisierte Softwarelösungen auf breiter Basis eingesetzt werden. Aus diesem Grund strebt das BMVRDJ eine abgestimmte Vorgangsweise zwischen Bund und Ländern an. Die Erfahrungen in Deutschland haben gezeigt, dass im Falle des Einsatzes unterschiedlicher Beschaffungssysteme bei öffentlichen Auftraggebern den Unternehmen hohe Kosten drohen. Weiters zeigte die von der Kommission eingesetzte Expertengruppe für elektronische Beschaffung (e-TEG) in ihrem Abschlussbericht schon 2014 den Trend vom dokumentenzentrierten Modell (d. h. Hochladen von PDF-Dateien) zum Arbeiten mit strukturierten Informationen, wobei die Bieter ihre Angebote auf der Vergabeplattform in einer zur Weiterverarbeitung geeigneten Form verfassen (z. B. XML).

Vergabeplattformen erleichtern Bietern die Angebotslegung, weil der Bieter durch das gesamte Vergabeverfahren geleitet wird und bereits im Zuge des Verfassens der Angebote durch automatisierte Plausibilitätsprüfungen allfällige Versäumnisse oder Fehler des Bieters aufgezeigt werden. Prüfroutinen stellen auch die Vollständigkeit der oft sehr umfangreichen Dokumente beim Upload sicher. Bei zahlreichen e-Vergabeplattformen werden auch innerhalb der Dokumente fehlerhafte Eingaben verhindert bzw. aufgezeigt. Auftraggeber profitieren darüber hinaus davon, dass sie Angebote automatisiert verarbeiten und evaluieren können (z. B. automatisierter Preisspiegel).

Welche Voraussetzungen braucht ein Unternehmer?

Um sich an einem vollelektronischen Vergabeverfahren erfolgreich beteiligen zu können, benötigt der Bieter eine leistungsfähige Internetverbindung (mindestens 5 MB Download und 2 MB bis 3 MB Upload), einen PC bzw. ein Notebook mit Internetzugang (mindestens 2 GB RAM-Speicher und 50-GB-Festplatte, WLAN-fähig), aktuelle Betriebssysteme und Software (im Zweifelsfall vorab mit dem jeweiligen Portalbetreiber abzuklären und zu testen) und

eine qualifizierte elektronische Signatur. Das Angebot kann grundsätzlich mittels ÖNORM-Datenträger, Excel-Datei bzw. durch Direkteingabe am Portal abgegeben werden.

Empfehlenswert ist es, sich bereits im Vorfeld mit den am Markt verfügbaren Beschaffungsplattformen auseinanderzusetzen. Mittels eines Testaccounts kann der Unternehmer vorab den Umgang mit dem jeweiligen Portal testen und insbesondere die Funktionsweise der elektronischen Signatur sowie den Upload von (umfangreichen) Dateien probieren.

Beschaffungsplattformen

Zurzeit verwenden öffentliche Auftraggeber beispielsweise folgende Beschaffungsplattformen für ihre (Bau)Auftragsvergaben:

- <http://provia.at> (Ausschreibungsplattform von ASFINAG und ÖBB)
- <http://ankoe.at>
- <https://www.auftrag.at/>
- <http://vemap.at>

Zusätzlich hat auch die WKÖ eine Testseite eingerichtet, wo jeder Interessierte unabhängig von einer konkreten Ausschreibung an einem elektronischen Verfahren probeweise teilnehmen kann: www.wko.at → Themen → Innovation, Technologie und Digitalisierung → e-Rechnung & e-Vergabe.

Angebote müssen auch bei der e-Vergabe rechtzeitig und vollständig beim Auftraggeber einlangen. Erfahrungen haben gezeigt, dass bei zeitweiser Überlastung des Portals von Betreibern, durch Systemupdates oder aufgrund technischer Gebrechen beim Unternehmer (z. B. Stromausfällen) die Abgabe eines Angebots erheblich verzögert oder sogar verhindert wird. Daher sollten Unternehmer elektronische Angebote keinesfalls im letzten Augenblick vor Ende der Angebotsfrist abgeben. Durch Verschlüsselung der ausgetauschten Dokumente, die qualifizierte elektronische Signatur sowie Zeitstempel werden unautorisierte Zugriffe und Manipulation der Dokumente durch unbefugte Dritte de facto verhindert, was einen weiteren Anreiz für Unternehmen zur frühzeitigen Abgabe der Angebote darstellen sollte. □

Mit den ANKÖ-Services einfach zum öffentlichen Auftrag

Viel wurde zuletzt über die öffentliche Vergabe diskutiert. Trotz einiger Veränderungen zeigt sich nun für Unternehmen: Mit den richtigen Werkzeugen ist die Teilnahme an Vergabeverfahren einfach und komfortabel möglich.

TEXT: MAG. WOLFGANG DRUCKER, AUFTRAGNEHMERKATASTER ÖSTERREICH (ANKÖ)

Der Trend ist eindeutig: Öffentliche Ausschreibungen werden für die heimische Wirtschaft immer wichtiger. Egal ob in der Jahresstatistik, beim Blick auf den vergangenen Monat oder auch auf die investierten Summen: Die Steigerungen sind in vielen Bereichen deutlich zu sehen. Im April 2018 hat die Anzahl der europäischen Ausschreibungen ebenso zweistellig zugelegt wie im Jahresvergleich zwischen 2016 und 2017. In Österreich wurden im vergangenen Jahr erstmals mehr als 10.000 Ausschreibungen veröffentlicht. Spätestens mit Blick auf die Investitionssummen ist klar: Für Unternehmen sind öffentliche Aufträge ein wichtiger Faktor. Über 60 Milliarden Euro werden von der öffentlichen Hand pro Jahr hier investiert, das entspricht rund 18 Prozent des heimischen BIP.

„Für Unternehmen wird der Zugang zu diesem Markt nun vereinfacht“, sagt ANKÖ-Geschäftsführer-Stv. Ing. Mag. Rudolf Maier. Denn im Zuge der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien wurden nun auch in Österreich die Rahmenbedingungen für öffentliche Vergabeverfahren gesetzlich neu geregelt. Konkret bedeutet dies unter anderem, dass Unternehmen in Zukunft ihre Angebote häufiger elektronisch abgeben werden. Denn mit der Verpflichtung zur e-Vergabe für große Vergabeverfahren nutzen Auftraggeber auch für kleinere Projekte Plattformen wie die ANKÖ eVergabe+.

„Sowohl für Auftraggeber als auch für Bieter bringt die elektronische Durchführung eine deutlich höhere Effizienz und somit Kosteneinsparungen“, sagt Maier. Das gilt sogar für Direktvergaben, wie ein Auftraggeber aus der Praxis berichtet. Dauerte die Durchführung einer Direkt-



royf/MyJam/iStock/Thinkstock, ANKÖ

Aufträge finden und Angebote abgeben leicht gemacht: auf dem ANKÖ-Vergabeportal.at.

vergabe früher mindestens eine Stunde, hat sich die Bearbeitungszeit elektronisch auf rund 30 Minuten halbiert.

e-Vergabe ist gelebte Realität

Mit Blick auf die Nutzungszahlen zeigt sich: Die e-Vergabe ist in Österreich längst gelebte Realität. Allein beim ANKÖ wurden bereits über 4.500 e-Verfahren mit mehr als 14.000 Angeboten abgewickelt. „Wie sich gezeigt hat, ist der Umstieg für Bieter unproblematisch“, so Rudolf Maier. Wurden die Ausschreibungsunterlagen entsprechend erarbeitet und ausgefüllt, ist die Abgabe selbst mit wenigen Klicks durchführbar.

Die ersten Auswirkungen sind auch schon erkennbar: Wurde früher recht knapp vor Ende der Abgabefrist abgeschickt, geben Unternehmen nun auch

früher ab. Dies ist auch zu empfehlen: So lassen sich stressige Situationen bei der Abgabe leicht vermeiden. Durch die elektronische Plattform ist zudem gesichert, dass erst mit der Öffnung die angebotenen Preise eingesehen werden können. Zuvor bleibt das Angebot für den Auftraggeber, aber auch für den Plattformbetreiber verschlüsselt.

Einzige Voraussetzung für den Bieter ist ein Computer mit Internetanbindung und eine elektronische Signatur. Maier: „Aus unserer Erfahrung gibt es hier kaum Probleme. Für die Unternehmen ist die Abgabe auch mit unserem Support leicht machbar.“ Besonders positiv werden dabei Funktionen wie die Einladung zur Signatur, aber auch die übersichtliche Erinnerung an bevorstehende Angebotsfristen aufgenommen.

Den gesamten Vergabeprozess meistern

Elektronisch profitieren Unternehmen aber nicht nur von kürzeren Wegen bei der Abgabe, sondern auch von der Verzahnung zu anderen Services im Vergabebereich: angefangen bei der Suche nach neuen Ausschreibungen bis hin zum Eignungsnachweis in der ANKÖ-Liste geeigneter Unternehmer. Der ANKÖ hat sich seit seiner Gründung 1999 schrittweise zu einem Komplettanbieter entwickelt und hat Österreichs einziger Once-only-Datenbank für Eignungsnachweise gestartet. „Wir bilden den gesamten Vergabeprozess für Unternehmen und für Auftraggeber ab“, so Maier.

Für die Wirtschaft beginnt dies bei der Suche nach passenden Ausschreibungen über das ANKÖ-Vergabeportal.at. Täglich können bis zu 2.500 neue Bekanntmachungen aus Österreich, der EU und international auf der Suche nach dem interessantesten Auftrag durchforstet werden. Dabei ist sichergestellt, dass nicht nur alle Ausschreibungen aus Österreich, sondern auch unerschwellige Ausschreibungen aus Bayern und die Bekanntmachungen über das europäische TED-System (Tenders Electronic Daily) enthalten sind.

Noch komfortabler funktioniert die Suche mithilfe des automatischen Benachrichtigungsservice. Das bedeutet: Wurden die Suchparameter einmal schon ideal angepasst und in einem Profil abgespeichert, informiert die Plattform künftig automatisch über neue Ausschreibung mittels E-Mail-Service.

Schnittstellen für Eignungsnachweise als Kernservice

„Bleibt nur noch der Bereich des Eignungsnachweises“, sagt Maier bei der Vorstellung des ANKÖ-Leistungsspektrum. Dies funktioniert komfortabel über die ANKÖ-Liste geeigneter Unternehmer (LgU). Pro Unternehmen gibt es allein in diesem Bereich im Durchschnitt ein Einsparungspotenzial von rund 1.400 Euro pro Jahr. Denn anstatt bei jedem Vergabeverfahren wieder von neuem Eignungsnachweise



Mobiler Zugriff auf die ANKÖ-Services durch die ANKA-App.

mitzusenden, können Unternehmen den ANKÖ als Once-only-Datenbank nutzen. Eignungsnachweise werden an einem zentralen Ort hinterlegt und sind hier nur für berechtigten Auftraggeber einsehbar. Rund 10.000 Unternehmen aus Österreich nutzen diesen Service, um ihren Vergabealltag zu erleichtern.

Das Einsparungspotenzial ergibt sich dabei aber vor allem aufgrund der vielen automatischen Schnittstellen. Technologisch wird das Unternehmen von vielen Standardaufgaben freigespielt. So können über die ANKÖ-LgU Daten aus dem Firmenbuch, dem Gewerbeinformationssystem GISA, aber auch von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK), dem KSV1870 oder dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger automatisch und immer am aktuellsten Stand übernommen werden. Für Unternehmen gilt es nur noch, betriebswirtschaftliche Kennzahlen, die Anzahl der Arbeitskräfte oder auch Referenzen aktuell zu halten, bzw. müssen auch die Strafregisterbescheinigungen von Führungskräften selbst zur Verfügung gestellt werden, und zu Stellen wie dem Finanzamt kann einmal ein Zugang von der Firma zum automatischen Abruf von Rückstandsbescheinigungen freigeschaltet werden.

Wird beim Eignungsnachweis auf die ANKÖ-LgU zurückgegriffen, ist auch dieser Punkt schnell erledigt: Im e-Angebot wird der ANKÖ-Firmencode ausgefüllt, somit können Auftraggeber leicht die Prüfung durchführen. Die Unternehmen hingegen können sich auf das konzentrieren, was sie am besten können: den Auftrag ausführen. □

KURZ GEFRAGT

Im Gespräch mit ANKÖ-Geschäftsführer-Stv. Ing. Mag. Rudolf Maier

Herr Mag. Maier, welche Bedeutung hat die e-Vergabe in Österreich?

In Österreich gibt es bereits seit einigen Jahren die Möglichkeit, Ausschreibungen elektronisch durchzuführen. Das wird auch immer stärker genutzt: Beim ANKÖ wurden zum Beispiel bereits mehr als 4.500 Verfahren mit über 14.000 Angeboten elektronisch abgewickelt. Die Beschaffung wird für alle Teilnehmer dadurch nicht nur günstiger, sondern die Teilnahme speziell für kleinere Unternehmen auch einfacher. Elektronisch sind Ausschreibungen leichter auffindbar – zum Beispiel über das ANKÖ-Vergabeportal. Für die Unternehmer bedeutet das, sie können sich auf ihr Kerngeschäft und auf ihre Angebote konzentrieren, nicht auf die Abgabe.

Wie wird sich das Thema e-Vergabe entwickeln?

Die e-Vergabe ist eindeutig auf dem Vormarsch. Das zeigen nicht nur die Nutzungszahlen, sondern auch die gesetzlichen Regelungen. Mit dem Bundesvergabegesetz 2018 werden die elektronische Durchführung und die elektronische Kommunikation mit Bietern für öffentliche Auftraggeber mit 18. 10. 2018 bei EU-weiten Ausschreibungen verpflichtend. Für Unternehmen bedeutet das, je früher und je besser sie sich darauf vorbereiten, desto eher gelingt der Weg zu öffentlichen Aufträgen. Der ANKÖ ist dafür ein starker Partner – das heißt, wir haben unsere Applikationen so gestaltet, dass die Abgabe nicht nur in wenigen Schritten, sondern auch intuitiv handhabbar ist.

Wie können Unternehmen sich auf die e-Vergabe vorbereiten?

Probieren Sie die neuen Werkzeuge aus. Nach einer kurzen Eingewöhnung steht Ihnen so ein interessanter Markt zur Verfügung. Dabei können Sie auf die Services des ANKÖ setzen. Das beginnt bei der Suche nach Ausschreibungen, geht über die Abgabe und endet bei den Eignungsnachweisen, die Unternehmen komfortabel in der ANKÖ „Liste geeigneter Unternehmer“ bündeln können.



RUDOLF MAIER, GESCHÄFTSFÜHRER-STV., ANKÖ

Vom Billigstbieterprinzip zum Qualitätswettbewerb

Als einer der größten öffentlichen Auftraggeber der Republik beschäftigte sich die ASFINAG bereits mit dem Bestbieterprinzip, bevor dieses gesetzlich verpflichtend verankert wurde. Ein Erfahrungsbericht.

TEXT: ING. CHRISTIAN ALBRECHT UND DI CHRISTIAN SAUER, ASFINAG

Im Laufe des Beschaffungsprozesses stellt sich wohl für jeden Auftraggeber die Frage, wie das Optimum zwischen der bestmöglichen Ausführungsqualität und einem ausgewogenen Angebotspreis erzielt werden kann. Nach dem Prinzip „Man bekommt letztendlich das, was man bereit ist zu zahlen“ wird sich auch die tatsächliche Qualität der Leistung an dem dafür zustehenden bzw. vertraglich vereinbarten Entgelt orientieren. Daher hat der Auftraggeber besonderes Augenmerk auf die Beschreibung der erforderlichen Qualitätsmerkmale zu legen. Hier besteht jedoch die Gefahr, dass bei fehlender Sorgfalt bzw. Marktanalyse diese Merkmale produkteinschränkend definiert werden und als Folgewirkung den Angebotspreis in die Höhe schnellen lassen. Zur Gewährleistung eines freien, fairen und lauterer Wettbewerbs müssen die Qualitätsmerkmale neutral formuliert werden, sodass keine Wettbewerbseinschränkung vorgenommen wird.

Um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Qualität und Preis zu erhalten, kann der Auftraggeber daher bereits im Rahmen des Beschaffungsprozesses für die Bewertung der Angebote auch preisfremde Kriterien anwenden, sodass auch die qualitative Zielvorstellung des Auftraggebers bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes (Bestbieter) eingeht. Für die Vergabe von Bauleistung stand dem Auftraggeber gemäß BVergG grundsätzlich schon bisher die Möglichkeit offen, den Zuschlag an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen, d. h. neben dem Preis wurden hier auch preisfremde Kriterien (z. B. Qualität) bewertet. Die gesetzlichen Festlegungen dazu sahen hier vor, dass

diesem Prinzip der Vorrang gegenüber dem Billigstbieterprinzip gegeben werden sollte. In der Praxis wurde die darin zu definierende Qualität meist sehr einfach – z. B. Bauzeitverkürzung, Verlängerung der Gewährleistung etc. – ausgestaltet, wodurch kein bzw. kaum ein „echter“ Qualitätswettbewerb stattgefunden hat.

Der Beginn des Bestbieterprinzips

Mit der Vergaberechtsnovelle 2015 wurde das Bestbieterprinzip – Bewertung von Preis und preisfremden Kriterien – verpflichtend festgeschrieben. Das betrifft unter anderem auch Bauaufträge ab einem Wert von einer Million Euro. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Änderung wohl die verstärkte Bewertung von Qualitätsaspekten bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen fördern. Die inhaltliche Ausgestaltung des Bestbieterprinzips überlässt der Gesetzgeber wiederum dem Adressatenkreis.

In der ASFINAG hat Qualität einen hohen Stellenwert. Als Infrastruktur-Errichter und -Betreiber haben wir eine Verantwortung gegenüber unseren Kunden, Anrainern und letztendlich auch unserem sozialen und ökologischen Umfeld. Demgemäß muss die Umsetzung unserer Projekte effizient, nachhaltig und im Einklang mit unserem sozialen und ökologischen Umfeld erfolgen.

Um dieser Verantwortung bestmöglich gerecht zu werden, wurde das Bestbieterprinzip bereits im September 2015 in unserem Beschaffungsprozess für Bauleistungen implementiert.

Aufgrund der hohen Qualitätsanforderungen unserer Normen und Richtlinien können wir hier von einer sehr guten Basis

ausgehen und wollen mit unserem Bestbieterprinzip zusätzlich einen Anreiz zur Qualitätssteigerung schaffen. Für einen Zuwachs an Qualität sind wir auch bereit, mehr auszugeben, wobei die angebotene höhere Qualität im adäquaten Verhältnis – das von uns in der Ausschreibung festgesetzt wird – teurer sein darf.

Eine Erhöhung der Qualität um jeden Preis ist aus ökonomischen Aspekten nicht vertretbar und wirtschaftlich keinesfalls nachhaltig.

Daher definieren wir konkret in der Ausschreibung, für welche Qualitätsanforderungen wir wie viel bereit sind, mehr auszugeben, bzw. wie hoch die einzelnen Qualitätskriterien (Zuschlagskriterien) bei der Bestbieterermittlung bewertet werden. In weiterer Folge wird es den Marktteilnehmern überlassen, ob die entsprechende Qualität zu den vom Auftraggeber definierten Wertvorstellungen angeboten wird. Die Qualität wird in Abhängigkeit der jeweiligen Leistung mit bis zu zehn Prozent bewertet. Die jeweiligen Projektverantwortlichen können dazu aus unserem Standardkatalog an Qualitätskriterien projektspezifisch bis zu rund zehn Kriterien in Abhängigkeit der Art und des Umfangs der Leistung zuordnen.

Die Entwicklung des Bestbieterprinzips

Zu Beginn standen uns für den Start des Bestbieterprinzips im Herbst 2015 18 Standardzuschlagskriterien (Qualitätskriterien) zur Verfügung. Im ersten Anwendungsjahr wurde verstärktes Augenmerk auf die Akzeptanz und organisatorische Umsetzung dieser Kriterien gelegt. Dazu war eine umfangreiche Evaluierung des Bestbieter-

prinzips erforderlich. Aber auch die Weiterentwicklung unserer Standardkriterien war uns ein großes Anliegen. Bereits mit Ende 2016 konnten wir den Standardkatalog von den bereits 18 bestehenden Kriterien auf 31 Kriterien erweitern. Für ein gut funktionierendes Bestbieterprinzip bzw. zur Gewährleistung des gewünschten Qualitätswettbewerbes ist die laufende Evaluierung unserer Standardkriterien von enormer Bedeutung. Das Ergebnis dieser Evaluierung wird generell mit Jahresende in unseren Standards entsprechend berücksichtigt. Mit Stand 1.1.2018 stehen uns nunmehr 29 Qualitätskriterien und 27 Subkriterien für unsere Ausschreibungen zur Verfügung. Im Wesentlichen können diese Kriterien in den vier Kategorien Anrainer-/Kundennutzen, Umwelt/Nachhaltigkeit, Ausführungsqualität sowie Energieeinsparung zusammengefasst werden.

Die Erfolgsfaktoren

Die Erfolgsfaktoren eines gut funktionierenden Bestbieterprinzips liegen in einer möglichst breiten Akzeptanz, der klaren und unmissverständlichen Beschreibung, der projektspezifischen Zuordnung, der Gewichtung der Kriterien sowie der laufenden Marktanalyse. Zur Vermeidung von Wettbewerbsstörungen ist die Nichteinhaltung der angebotenen Qualitätskriterien entsprechend zu sanktionieren. Für den Fall der Nichteinhaltung wird in unseren Verträgen eine Pönale mit dem eineinhalbfachen Vergabevorteil festgelegt. Damit wird der jeweilige Bieter verpflichtet, die angebotene Qualität auch tatsächlich zu erbringen.

All diese Faktoren nehmen aber auch großen Einfluss auf die Funktionsweise der Kriterien und in letzter Konsequenz auch auf die Tatsache, ob diese Kriterien auch tatsächlich von den Bietern angeboten werden. Zur Erzielung einer breiten Akzeptanz haben wir uns daher eng mit den einzelnen Interessenvertretungen (VIBÖ, WKO, Gestrata etc.) abgestimmt, um hier den Bietermarkt an das „neue“ Vergabeprinzip heranzuführen.

Unsere Zwischenbilanz

Im Zeitraum von September 2015 bis Ende 2017 wurden 236 Vergabeverfahren bei Bauleistungen mit einem geschätzten Auftrags-

Die Tabelle soll veranschaulichen, wie oft die jeweiligen Kriterien in der Ausschreibung seitens der ASFINAG aufgenommen wurden und in wie vielen aller dazu eingegangenen Angebote diese vom jeweiligen Bieter auch angeboten wurden.

Zuschlagskriterium ¹⁾	In Ausschreibung beinhaltet ²⁾	Eingelangte Angebote	Angebote, die das Kriterium enthielten
Gewährleistungsfristverlängerung	145 (61%)	574	290 (51%)
Bauzeitverkürzung	128 (54%)	251	287 (58%)
Asphaltbau-/Betoneinbau-/Erdbauqualität	70 (30%)	165	124 (75%)
Schlüsselpersonal	64 (27%)	262	244 (93%)
Arbeitssicherheit	63 (27%)	214	201 (94%)
Ältere Arbeitnehmer (neu seit 1. 1. 2017)	49 (21%)	200	159 (80%)
Facharbeiter	45 (19%)	188	162 (86%)
Verlängerung Beweislastumkehr (neu seit 1. 1. 2017)	36 (15%)	170	120 (71%)
Lehrlinge (neu seit 1. 1. 2017)	28 (12%)	83	54 (65%)
Sonstige (projektspezifisch)	15 (6%)	105	88 (84%)
EM-Kriterien	14 (6%)	56	37 (66%)
Reduktion Sperrzeiten	7 (3%)	9	8 (89%)
Ausstattung Fahrzeuge/Geräte/Maschinen (neu seit 1. 1. 2017)	2 (<1%)	14	11 (79%)
Verkürzung Rahmenarbeitszeit	1 (<1%)	7	3 (43%)

¹⁾ Zur übersichtlicheren Darstellung wurden einige Kriterien zusammengefasst.

²⁾ Prozentsätze beziehen sich auf 236 Verfahren im Zeitraum 09/2015 - Ende 2017.

volumen in der Höhe von 1,64 Milliarden Euro mit dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Bei 225 dieser Vergabeverfahren war die Angebotsöffnung erfolgt, und es langten hierzu in Summe 1.008 Angebote ein. Das Evaluierungsergebnis dieser Verfahren ist für uns sehr erfreulich. Hier zeigte sich, dass dieses Prinzip sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite eine hohe Akzeptanz genießt. Von Bietern wird überwiegend die Möglichkeit genutzt, die jeweiligen Qualitätskriterien auch anzubieten.

Vor allem die sozial nachhaltigen Kriterien wurden zwischen 65 Prozent und 94 Prozent in jenen Vergabeverfahren, die dieses Kriterium beinhalteten, auch tatsächlich von den Bietern angeboten (siehe Tabelle).

Die monetäre Auswirkung des Bestbieterprinzips zeigt, dass die Zuschlagskriterien nur in wenigen Fällen dazu führten, dass der billigste Bieter nicht gleichzeitig auch der Bestbieter war. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sehr oft jene Bieter, die ein preislich optimiertes Angebot vorlegen, auch im

Bereich der Zuschlagskriterien nach einem optimal durchdachten Angebot trachten. Konkret wurde bei den 225 ausgewerteten Vergabeverfahren aufgrund der Qualitätsbewertung bei acht Verfahren nicht das preislich billigste Angebot beauftragt. Dies führte bei einer Vergabesumme von rund netto 1,48 Milliarden Euro zu einer Erhöhung der Vergabesumme gegenüber den billigsten Angebotspreisen um ca. 1,1 Million Euro bzw. 0,074 Prozent.

Zusammenfassend können wir festhalten, dass die Anwendung des Bestbieterprinzips ein durchdachtes, nicht diskriminierendes Zuschlagssystem bedingt. Die Akzeptanz und Transparenz der einzelnen Kriterien, aber auch deren Ausgestaltung bis hin zu den vertraglichen Sanktionen bei Nichteinhaltung spielen dabei eine sehr wesentliche Rolle. Das Angebotsverhalten der Marktteilnehmer sowie auch unsere Dialoge mit den einzelnen Interessenvertretungen zeigen, dass das Bestbieterprinzip der ASFINAG sehr positiv unter den Marktteilnehmern angenommen wird. □

Der Bestbieter im Bauwesen – eine Frage des Prinzips

Die Einführung des verpflichtenden Bestbieterprinzips bei öffentlichen Bauaufträgen über eine Million Euro hat zu Beginn teilweise zu Unsicherheiten bei der Auftragsvergabe geführt. Bestbieterkriterienkataloge bieten den Auftraggebern nunmehr aber eine praxisnahe Hilfestellung bei der Anwendung qualitativer Zuschlagskriterien.

TEXT: DR. STEPHAN HEID, HEID SCHIEFER RECHTSANWÄLTE

Zur Vermeidung eines exzessiven Preiswettkampfs in der Baubranche, zur Eindämmung von damit häufig verbundenem Lohn- und Sozialdumping sowie zur Stärkung der regionalen Wertschöpfung wurde nach langen und zum Teil hitzigen Diskussionen mit der Novelle 2015 zum Bundesvergabegesetz¹ erstmals ein gesetzlicher Katalog verankert, der öffentliche Auftraggeber in neun angeführten Fällen bei der Auftragsvergabe zum Einsatz des sogenannten „Bestbieterprinzips“ (vom Gesetzgeber als „Bestangebotsprinzip“ bezeichnet) verpflichtet. Einer dieser gesetzlich festgelegten Fälle betrifft Bauaufträge mit einem geschätzten Auftragswert von mehr als einer Million Euro (exkl. USt). Diese Regelung bleibt auch in dem – am 20. 4. 2018 im Nationalrat beschlossenen – Bundesvergabegesetz 2018 für klassische öffentliche Auftraggeber bestehen (wobei im Sektorenbereich die Grenze für das verpflichtende Bestangebotsprinzip bei Bauaufträgen auf zehn Millionen Euro [exkl. USt] angehoben wurde).

Mehrwert von qualitativen Zuschlagskriterien

Bemerkenswert ist, dass bereits das Bundesvergabegesetz 2006 (noch vor der Novelle 2015) den hohen Stellenwert bzw. den Mehrwert von qualitativen Zuschlagskriterien kannte und somit auf dem Grundsatz der Präferenz des Bestangebotsprinzips beruhte. Konkret konnte der Auftraggeber das Billigstangebotsprinzip gemäß § 79 Abs 3 BVergG 2006 nur dann wählen, wenn „der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen so klar und eindeutig festge-



Die Partner der Initiative „Faire Vergaben“ präsentierten im Juli 2016 den gemeinsam erarbeiteten Bestbieterkriterienkatalog für öffentliche Bauaufträge: Stephan Heid, Josef Muchitsch, Hans-Werner Frömmel und Joe Witke (v. l.).

legt wurde, dass die Einreichung vergleichbarer Angebote auf einem definierten (Qualitäts-) Niveau gewährleistet ist“². Das vom Gesetzgeber damit festgelegte bzw. beabsichtigte Regel-Ausnahme-Prinzip zugunsten des Bestangebotsprinzips wurde allerdings von der Praxis im Rahmen von Bauaufträgen in der Regel nur wenig beachtet, sodass im Ergebnis dem Billigstangebotsprinzip beinahe ausnahmslos der Vorzug gegeben wurde. Darüber hinaus wurde im eher seltenen Fall der tatsächlichen Anwendung des Bestangebotsprinzips oftmals nur mit sogenannten „Feigenblattkriterien“ gearbeitet, das heißt, die Qualitätskriterien wurden so gering gewichtet, dass weiterhin ausschließlich der angebotene Preis zuschlagsentscheidend war. Gerade diese missbräuchliche Vorgehensweise schädigte den Ruf von Qualitätskriterien und

hat sie in der Anwendung weiter zurückgedrängt. Auftraggeberseitig wurde diese Vergabepaxis überwiegend damit begründet, dass die Ausführungsqualität ohnehin bereits durch die Festlegung von hohen Eignungskriterien und hohen qualitativen Anforderungen im Leistungsverzeichnis abgesichert sei. Das gesetzliche Regel-Ausnahme-Prinzip zugunsten des Bestangebotsprinzips wurde daher von der Praxis zu einem Ausnahme-Regel-Prinzip zugunsten des Billigstangebotes verkehrt.

Weitreichende Folgen

In der Baubranche hatte dieser massive Einsatz des Billigstangebotsprinzips weitreichende Folgen: Der reine Preiswettbewerb im Vergabeverfahren führte zu einem extremen Preisdruck und oftmals auch unter seriösen Bietern zu wirtschaftsschädi-

gendem und vergaberechtlich unzulässigem „Preisdumping“. Gegen diese Fehlentwicklung hat auch die gesetzlich vorgesehene „vertiefte Angebotsprüfung“ bei Verdacht auf eine nicht plausible bzw. spekulative Preisgestaltung den Bieter keinen ausreichenden Schutz geboten. Tatsächlich wurden in der Praxis unterpreisige Angebote viel zu selten ausgeschieden, da diese Vorgehensweise für öffentliche Auftraggeber einerseits aufwendig („kontradiktorisches Verfahren“) und andererseits auch risikobehaftet ist. Außerdem haben ausgeschiedene Bieter – gerade bei lukrativen Aufträgen – eine Ausscheidensentscheidung unter Berufung auf das Vorliegen eines unterpreisigen Angebots regelmäßig angefochten und waren damit – nicht zuletzt aufgrund von Schwächen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung – häufig erfolgreich.

Der durch die aufgezeigte Vergabepaxis und das unzureichende Instrument der vertieften Angebotsprüfung somit erzeugte hohe Preisdruck samt seinen Folgen wurde auch vom Gesetzgeber erkannt. In den Gesetzesmaterialien zur BVergG-Novelle 2015 wies er ausdrücklich auf die Weitergabe des Preisdrucks in der Kette der ausführenden Unternehmen (Subunternehmer) hin und auf die damit häufig verbundenen Folge von Lohn- und Sozialdumping³.

Gründung der „Faire Vergaben“-Initiative

Diese Fehlentwicklung in der Baubranche führte zur Gründung der Sozialpartner-Initiative „Faire Vergaben“, die sich seit Februar 2014 unter Beteiligung von drei Fachgewerkschaften, elf Bundesinnungen und zwei Fachverbänden vehement für eine Stärkung des fairen Wettbewerbs, die Bekämpfung des Lohn- und Sozialdumpings und für eine Steigerung der regionalen Wertschöpfung einsetzt. Die Initiative „Faire Vergaben“ war daher von Anfang an ein wesentlicher Initiator der gesetzlichen Stärkung des Bestangebotsprinzips

im Baubereich und eine treibende Kraft des – seit der Novelle 2015 – nunmehr klaren gesetzlichen Bekenntnisses zum Qualitätswettbewerb. Diese positive Entwicklung hat die Vergabepaxis jedoch vor neue Herausforderungen gestellt, da sich öffentliche Auftraggeber nunmehr bei Bauaufträgen über eine Million Euro (bzw. im Sektorenbereich bei Bauaufträgen über zehn Millionen Euro) verpflichtend überlegen müssen, welche qualitativen Zuschlagskriterien zur Bestbieterermittlung im Einzelfall herangezogen werden sollen und insbesondere in welchem Verhältnis diese zueinander gewichtet werden. Der Gesetzgeber hat nämlich – um den Auftraggebern einen ausreichenden Ermessensspielraum für eine effiziente Umsetzung des Bestangebotsprinzips zu ermöglichen – bewusst keine Regelungen darüber vorgesehen, welche Qualitätskriterien in welchem Gewichtungsverhältnis konkret eingesetzt werden müssen.

Vergabeleitfaden mit zwölf qualitativen Zuschlagskriterien

Für die öffentliche Hand liegt demnach die Herausforderung in der gezielten Wahl von passenden Qualitätskriterien bzw. in deren konkreten Ausgestaltung und Gewichtung, damit der Zuschlag auch tatsächlich dem für den jeweiligen Auftragsgegenstand besten Angebot erteilt wird. Auftraggeberseitig wurde somit sehr rasch der Ruf nach einem tauglichen „Handwerkszeug“ für die effiziente Abwicklung von Vergabeverfahren nach dem Bestangebotsprinzip laut. Die Initiative „Faire Vergaben“ ist diesem Ruf gefolgt und hat einen „Bestbieterkriterienkatalog“ entwickelt, der den Einsatz von Qualitätsaspekten in der Baupaxis erleichtern soll.

Dieser Bestbieterkriterienkatalog der Initiative „Faire Vergaben“ ist unter www.faire-vergaben.at abrufbar⁴ und enthält 13 beispielhafte Vorschläge für qualitative Zuschlagskriterien für Bauaufträge. Die vorgeschlagenen Kriterien werden zur bes-



Der gesamte Bestbieterkriterienkatalog inklusive Mustertextbausteinen kann auf der Homepage der Geschäftsstelle Bau heruntergeladen werden:

www.bau.or.at → Navigation → Recht → Vergaberecht.

seren Handhabbarkeit in acht wirtschaftliche, drei soziale und zwei ökologische Kriterien unterteilt. Bei der Lektüre dieses Kriterienkatalogs wird deutlich, welches Potenzial in der Anwendung von Qualitätskriterien steckt und wie durch deren ausgewählten Einsatz durch den jeweiligen Auftraggeber wichtige und wirksame Impulse für die Auftragsabwicklung gesetzt werden können. So kann zum Beispiel mit der Bewertung des Anteils von Facharbeitern auf der Baustelle einerseits eine qualitätsvollere Ausführungsleistung und andererseits ein besseres Lohnniveau für die Beschäftigten auf der Baustelle erreicht werden. Durch die Bewertung der Reaktionszeit bei Wartungsleistungen und im Störfall kann wiederum die regionale Wertschöpfung gesteigert werden.

Als wirtschaftliche Qualitätskriterien können zum Beispiel die Erhöhung der Qualitätssicherung, die Optimierung der Bau- und/oder Betriebsphase sowie die fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals herangezogen und somit weitere Impulse in Richtung Qualitätserhöhung gesetzt werden. Werden zum Beispiel die Transportkilometer auf die Baustelle oder der verstärkte Einsatz von umweltfreundlichen Fahrzeugen bewertet, kann ein positiver Effekt auf die ökologische Nachhaltigkeit und den biologischen Fußabdruck erzeugt werden. Ein stärkerer



GBH

Fokus auf der – über das gesetzliche Maß hinausgehenden – Erhöhung der Arbeitssicherheit auf der Baustelle kann weiters zu einer Verringerung des Unfallrisikos und der Verletzungsgefahr auf der Baustelle beitragen. Das Bekenntnis zur besseren Bewertung von Unternehmen, die ältere Arbeitnehmer oder Lehrlinge auf der Baustelle beschäftigen, ist aus sozialen und volkswirtschaftlichen Überlegungen begrüßenswert.

Die im Bestbieterkriterienkatalog formulierten Vorschläge für Ausschreibungstexte müssen für den konkreten Auftragsgegenstand zwar jeweils noch verfeinert und angepasst werden, zeigen aber bereits deutlich einen ersten sehr konkreten Handlungsspielraum bei der Ausgestaltung der Qualitätskriterien auf. Eine überwiegend mathematische Bewertung dieser beispielhaften Zuschlagskriterien erleichtert zusätzlich die Beurteilung für die Auftraggeber. Hervorzuheben ist, dass bei der Verfassung des Bestbieterkriterienkatalogs auch auf Vorarbeiten Dritter zurückgegriffen wurde (insbesondere der ÖBB, der ASFINAG und der österreichischen Forschungsgesellschaft Straße – Schiene – Verkehr [FSV]).

Von den Vertretern der ÖBB und ASFINAG wurden bereits Ende 2015 sogenannte „Bestbieterklauseln“ in den jeweiligen Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet und auch laufend überarbeitet. Diese bauen zum Teil wiederum auf der (mittlerweile mit 1.6.2017 erlassenen) Richtlinie der FSV auf (RVS 10.2.2012 – Zuschlagskriterien für Bauaufträge – Verkehrswegebau).

Katalog für Gemeinden

Da die Bedürfnisse von kleineren und mittleren Gemeinden nicht mit jenen großer öffentlicher Auftraggeber verglichen werden können (einerseits aufgrund der regelmäßig geringeren Größe von kommunalen Bauvorhaben und andererseits aufgrund der oftmals geringeren Anzahl an zur Verfügung stehenden Mitarbeitern mit vergaberechtlichem Know-how), wurde in Zusammenarbeit zwischen der Initiative „Faire Vergaben“ und



Für die Gemeinden wurde ein eigener Kriterienkatalog erarbeitet, der im Jänner 2017 erstmals präsentiert wurde.

dem Österreichischen Gemeindebund ein reduzierter Katalog speziell für die Vergabe von kommunalen Bauaufträgen entwickelt (abrufbar unter www.gemeindebund.at und www.faire-vergaben.at). Dieser Katalog umfasst insgesamt sechs Beispiele für qualitative Zuschlagskriterien inklusive Mustertexten, welche aufgrund der bisherigen praktischen Erfahrungen für die Vergabe von Bauleistungen von Gemeinden als besonders geeignet erscheinen und durch die mathemati-

NR-Abg. Josef Muchitsch, Gemeindebund-Präsident Helmut Mödlhammer, Dr. Stephan Heid (Heid-Schiefer Rechtsanwälte) und Bundesinnungsmeister Hans-Werner Frömmel (v. l.) präsentierten bei einer Pressekonferenz im Jänner 2017 den gemeinsam erarbeiteten Kriterienkatalog für Gemeinden.

sche Bewertungsstruktur und Ausgestaltung jenen zum umfassenden Bestbieterkriterienkatalog ähnlich sind.

Parallel dazu haben auch andere öffentliche Auftraggeber ihre eigenen Bestbieterkriterienkataloge entwickelt beziehungsweise weiterentwickelt. Bekannte Beispiele sind (neben den ÖBB und der ASFINAG) der „Fairnesskatalog“ des Landes Salzburg, die „Neuen Spielregeln bei öffentlichen Aufträgen“ in Kärnten oder die „Richtlinie über die Vergabe von Bauaufträgen“ vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger.

Die Entwicklung vom Billigst- zum Bestangebotsprinzip ist damit in der Praxis angekommen. Das ist uneingeschränkt zu begrüßen, auch wenn in der Umsetzung noch da und dort Fehler passieren beziehungsweise Luft nach oben besteht. Der manchenorts prognostizierte Ansturm auf die Vergabekontrollgerichte hat nicht stattgefunden. Der ersten Aufregung ist vielmehr eine pragmatische Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben gefolgt, die durch den Bestbieterkriterienkatalog der Initiative „Faire Vergaben“ – und andere Kataloge – unterstützt wird. Von der Zweckmäßigkeit des Einsatzes von qualitativen Zuschlagskriterien im Baubereich sind heute, mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2015, so gut wie alle Beteiligten überzeugt. □

QUELLEN:

- 1 BGBl I 7/2016.
- 2 vgl. EBRV 776 BlgNR XXV. GP 6 mwN.
- 3 vgl. EBRV 776 BlgNR XXV. GP 6.
- 4 Stand 20. 6. 2016.

An der Schwelle zur Verwirrung

Über die Schwellenwerte im Vergaberecht Bescheid zu wissen ist nicht unbedeutend. Meist ist dies eine der ersten Fragen, die bei konkreten Vorhaben auftaucht. Folgend der Versuch einer kurzen zusammenfassenden Erklärung.

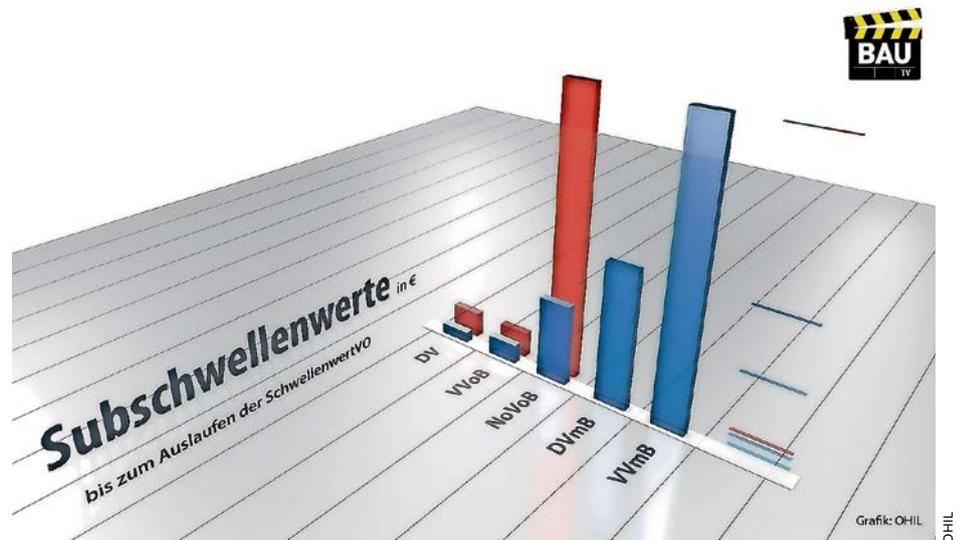
TEXT: MAG. MATTHIAS WOHLGEMUTH, GESCHÄFTSSTELLE BAU

Es gibt EU-Schwellenwerte und nationale Schwellenwerte (manchmal auch als Subschwellenwerte bezeichnet). Die EU-Schwellenwerten berechnen sich aus den sogenannten Sonderziehungsrechten (SZR). Muss man im Detail nicht kennen, hat aber in der Praxis den unangenehmen Effekt, dass man sich die EU-Schwellenwerte nicht gut merken kann, weil die Summen aufgrund der Berechnungsgrundlage selten rund sind. Aktuell (seit 1.1.2018) liegt der Schwellenwert für Bauaufträge aller Auftraggeber beispielsweise bei 5.548.000 Euro und für die Vergabe von Dienstleistungen durch klassische öffentliche Auftraggeber bei 221.000 Euro.

Andererseits braucht man sich die EU-Schwellenwerte aber auch gar nicht zu merken, weil sie sowieso alle zwei Jahre neu berechnet werden. Da sie mit EU-Verordnung festgelegt werden, gelten sie unmittelbar (und die aktuellen EU-Schwellenwerte, wie der aufmerksame Leser jetzt schon weiß, damit voraussichtlich bis 31.12.2019), werden aber in Österreich sicherheitshalber auch noch im Bundesgesetzblatt kundgemacht. Die in den §§ 12 bzw. 180 BVergG 2006 genannten Schwellenwerte sind daher entweder korrekt oder nicht, je nachdem, ob die jeweils letzte EU-Verordnung berücksichtigt werden konnte.

Wozu gibt es nun die EU-Schwellenwerte?

Antwort: Sie grenzen den Oberschwellenbereich vom Unterschwellenbereich ab. Über den Schwellenwerten beschäftigen den Auftraggeber Themen wie europaweite Ausschreibung, längere Mindestfristen für Vergabeverfahren und höhere Anforderun-



Die Subschwellenwerte werden national festgelegt und markieren jene Beträge, bis zu welchen bestimmte Vergabeverfahren (zum Beispiel eine Direktvergabe) möglich sind.

gen an die Dokumentation des Vergabeverfahrens (Bekanntgabe vergebener Aufträge, Statistik). Vor allem aber ist die Anzahl der möglichen Vergabeverfahren umso größer, je niedriger der fachkundig geschätzte Auftragswert (immer netto) ist. Und hier kommen die nationalen Schwellenwerte – oder auch Subschwellenwerte – ins Spiel.

Im Unterschwellenbereich nutzt nämlich der österreichische Gesetzgeber die Freiheit, um mittels (österreichischer) Verordnung deutlich höhere Subschwellenwerte festzulegen, ab denen – abweichend von den zum Beispiel in den §§ 37 und 41 BVergG 2006 genannten Subschwellenwerten – vereinfachte Vergabeverfahren zulässig sind. Die Verordnung wurde seit 2009 ohne Unterbrechung allerdings stets nur kurzfristig verlängert. Aktuell gilt die österreichische Verordnung (verwirrenderweise als „Schwellenwertverordnung“ bezeichnet) bis 31.12.2018.

Für die Vergabe von Bauaufträgen ist hier zusammenfassend wesentlich, dass durch

die Verordnung eine Direktvergabe und ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro und ein nichtoffenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von 1.000.000 Euro möglich sind.

Rechtsinformationssystem bietet Hilfestellung

Die gleiche Bezeichnung für zwei verschiedene Dinge, ständige Änderungen verbunden mit der Unsicherheit, ob überhaupt und wenn ja, wie sich die Werte ändern, und eine erhebliche Auswirkung auf die Wahl des Vergabeverfahrens. Zum Glück gibt es für den Vergabepraktiker als verlässliche, aktuelle und übersichtliche Quelle das Rechtsinformationssystem des Bundes (www.ris.bka.gv.at), das zu den entsprechenden Gesetzesstellen im BVergG Anmerkungen mit den jeweils „richtigen“ Schwellenwerten enthält. □

Der angemessene Preis als Voraussetzung ein zuschlagsfähiges Angebot

Die Prüfung, ob Preise „angemessen“ sind, ist gesetzliche Voraussetzung einer korrekten Auftragsvergabe. Die Preisprüfung stellt auch einen wesentlichen Baustein bei der Bekämpfung von Preisdumping dar.

TEXT: UNIV.-PROF. DI. DR. ANDREAS KROPIK, TU WIEN, INSTITUT FÜR INTERDISZIPLINÄRES BAUPROZESSMANAGEMENT



Die Vergabe hat zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Diesen Grundsatz gibt § 19 BVerG 2006 vor. Eine Orientierung, was unter der Preisangemessenheit im Sinne des BVerG zu verstehen ist, bietet § 125. Dieser Paragraph regelt die Prüfung der Angemessenheit der Preise und das Vorgehen im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung.

Gesetzliche Anforderungen

Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. So sieht es § 125 BVerG Abs 1 vor. Diese Prüfung hat der öffentliche Auftraggeber (AG) jedenfalls vorzunehmen. Das Gesetz verpflichtet dazu.

Diese „Angemessenheit der Preise“ darf nicht mit dem „angemessenen Entgelt“ gemäß § 1152 ABGB verwechselt werden.

Nach Paragraph 1152 gilt eine Vermutung einer Entgeltlichkeit für Dienst- und Werkverträge, für die keine explizite Entgeltabrede vorliegt und auch eine Unentgeltlichkeit der Leistung nicht vereinbart ist.

Die Höhe des angemessenen Entgelts richtet sich nach dem, was unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme darauf, was unter ähnlichen Umständen verdient worden wäre. Der angemessene Preis gemäß BVerG orientiert sich zwar ebenfalls an den „relevanten Marktverhältnissen“ (§ 125 Abs 2), darf aber offenbar auch weniger sein, weil er (zumindest) die direkt zuordenbaren Kosten decken soll (§ 125 Abs 4 Z 1). Hier löst sich das BVerG vom Marktpreis als Vergleichsmaßstab und schwenkt auf eine Kostenbetrachtung um.

Wenn Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen, insbesondere wenn der Gesamtpreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint

oder in wesentlichen Positionen „zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise“ vorliegen, ist eine sogenannte vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen.

Wann allerdings ein „zu hoher“ oder ein „zu niedriger“ Einheitspreis vorliegt, ist offenbar wohl wieder am angemessenen Preis zu messen. Die vertiefte Angebotsprüfung muss schließlich feststellen, ob Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Für so niedrig angebotene Preise, die nicht einmal die direkt zuordenbaren Kosten abdecken, kann wohl eine betriebswirtschaftliche Erklärung grundsätzlich ausgeschlossen werden, weil Unternehmertum mit Gewinnabsicht untrennbar verbunden ist.

Bei der vertieften Angebotsprüfung kann insbesondere geprüft werden, ob im Positionspreis alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchs-

ng für

Das BVergG sieht vor, dass Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein müssen. Die vertiefte Angebotsprüfung ist das Instrument der besonderen Preisprüfung.

nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen¹. Somit kommt der Feststellung, ob der Preis jeder (wesentlichen) Position zumindest die direkt zuordenbaren Kosten beinhaltet, eine besondere Bedeutung zu.

Die Bestimmung dieser Kosten ist aber gar nicht so einfach, weil erst die Kostenrechnung eines Unternehmers Kosten zu direkten (das sind die sogenannten Einzelkosten) oder indirekten Kosten (die Gemeinkosten) macht, Kosten also nicht quasi bereits mit dem Attribut direkt oder indirekt entstehen².

Instrumente der Preisprüfung

Die Prüfung der Preisangemessenheit erfolgt auf zwei Ebenen. Es erfolgt eine Prüfung des Gesamtpreises, und es erfolgt eine Prüfung von (allfällig vorliegenden) Einzelpreisen. Weiters erfolgt die Prüfung in zwei Intensitätsstufen: zunächst in einer allgemeinen Form und danach die vertiefte Preisangemessenheitsprüfung. Diese spezielle Prüfung muss allerdings nicht in jedem Fall zur Anwendung kommen.

An Wertungsmaßstäben für die Beurteilung der Preisangemessenheit nennt § 125 Abs 2 Erfahrungswerte, sonst vorliegende Unterlagen und die jeweils relevanten Marktverhältnisse. Diese sind der Prüfung zugrunde zu legen. Damit schafft das BVergG den Bezug zu einem marktwirtschaftlichen Denkansatz. In einer freien Marktwirtschaft bilden sich Preise auch im Wettbewerb und nicht mittels Preisbildungsvorschriften.

Als Instrumente, quasi als Arbeitsbehelfe, zur Beurteilung von Preisen stehen im Wesentlichen zur Verfügung:

- Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert
- Vergleich der Angebotspreise der Bieter (Angebotspreisvergleich)
- Vergleich der Einzelpreise der Bieter (Preisspiegel)

- Vergleich mit Preisen aus einer Preisdatenbank oder mit Richtpreisen
- Vergleich mit eigenen Preisüberlegungen (Kalkulation des AG).

Dieser Teil der Angebotsprüfung erfolgt somit in einem Außenverhältnis zur Kalkulation. Auf die konkrete Kalkulation, die den zu überprüfenden Preisen zugrunde liegt, wird in diesem Stadium nicht eingegangen, das erfolgt erst im Zuge der (allfällig notwendigen) vertieften Angebotsprüfung. Bestehen keine Zweifel an der Preisangemessenheit, kann diese unterbleiben.

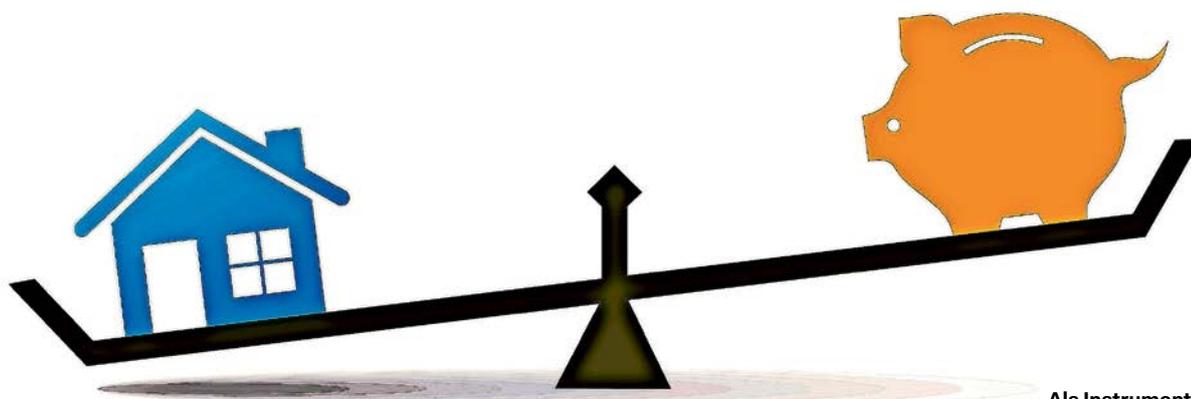
Einen wesentlichen Anhaltspunkt zur Beurteilung der Preisangemessenheit bietet eine fundierte Kostenermittlung des AGs. Sie ist keine Fleißaufgabe, weil der AG ohnehin den geschätzten Auftragswert vor Einleitung des Vergabeverfahrens zu ermitteln hat. So hat der VwGH³ den Vergleich mit der Kostenermittlung des AGs sowie den Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote als geeignet angesehen, um einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis im Sinne des § 125 Abs 3 Z 1 BVergG erkennen zu können. Der VwGH verweist darauf, dass in der Literatur folgende Fälle unterschieden werden: Geringe Abweichung (bis etwa fünf Prozent), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 Prozent) und grobe Abweichung (ab etwa 15 Prozent).⁴ Unter Bezugnahme auf diese Judikatur und Literatur hat unter anderem auch das Verwaltungsgericht Wien festgestellt, dass bei einem Abstand von (beachtlichen) 20 Prozent eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen ist.⁵

Als weiteres Standardinstrument jeder Preisprüfung gilt der Vergleich der Preise der Bieter untereinander. Das kann ein Vergleich der Gesamtangebotspreise (Angebotspreisvergleich) sein oder detaillierter ein Vergleich der Preise einzelner Leistungsgruppen oder sogar einzelner Einheitspreise bzw. Positionspreise (Preisspiegel).

ansätze sowie die Personalkosten nachvollziehbar sind. Eine weitere Prüfung beinhaltet die Feststellung, ob höherwertige Leistungen auch grundsätzlich teurer angeboten wurden als geringwertige Leistungen. Schließlich kann auch die Aufgliederung der Preise, insbesondere der Lohnanteile, geprüft werden.

Einen direkten Zusammenhang zwischen dem Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung und dem Ausscheiden von Angeboten wird zwar formal, nicht jedoch inhaltlich im Bundesvergabegesetz hergestellt. Nach § 129 Abs 3 Z 3 sind „Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z. B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen“, auszuschneiden. Die Judikatur neigt allerdings dazu, diesen Tatbestand bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn Teilpreise (und somit auch Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel sind, da diese zu einer

olegGr/istock/thinkstock



Als Instrumente zur Beurteilung von Preisen stehen eine Reihe von Arbeitsbehelfen zur Verfügung.

graphicsduniadyou/Stock/Thinkstock

Zur Beantwortung der Frage, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt, kann ein Angebotspreisvergleich dienen. Er erlaubt Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation und lässt auch eine Beurteilung der relevanten Marktverhältnisse zu. Eine Abweichung des Angebotspreises des Billigstbieters vom Mittelwert (auch der Medianwert ist ein geeigneter Basiswert) der zwei bis vier nächstteueren Angeboten bis zu fünf Prozent ist als unauffällig einzustufen. Eine Abweichung bis zu 15 Prozent ist, falls keine erhebliche Abweichung zum geschätzten Auftragswert vorliegt, ebenfalls noch tolerierbar. So hat beispielsweise der VfGH⁶ eine vertiefte Angebotsprüfung als nicht verpflichtend angesehen, wenn der Angebotspreis des billigsten Angebots bloß um 6,7 Prozent vom Angebotspreis des zweitgerihten Bieters abweicht.

Es verlangt allerdings § 125 Abs 3 Z 2 auch eine Überprüfung, ob zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen vorliegen (nach dem BVergG 2018 wird sich diese Prüfung auf alle Positionen und nicht nur auf die wesentlichen zu erstrecken haben). Die Frage, was ein „zu hoher“ oder „zu niedriger“ Einheitspreis ist, lässt sich allerdings nicht einfach beantworten, weil in dieser Phase der Preisprüfung noch keine vertiefte Angebotsprüfung stattfindet und daher auf die individuelle Kalkulation des Unternehmers im Detail noch nicht ein-

zugehen ist. Für diese Überprüfung bietet sich daher ein Preisspiegel an. Dieser sollte einen Überblick über die relevanten Marktverhältnisse verschaffen. Nachdem die Kalkulation etwas sehr Individuelles ist und eine Zuordnung von Kosten keinen naturgesetzlichen Gegebenheiten folgt, sind Preisabweichungen, auch größeren Umfangs, auf der Ebene von Einheitspreisen wohl zu tolerieren. Bei dieser Analyse stellt sich daher die Frage, von welchen Referenzwerten die Feststellung erfolgen soll, ob ein zu hoher oder zu niedriger Einheitspreis vorliegt. Oft wird die Abweichung zum Mittelwert aller Bieter herangezogen.

Die Erfahrung zeigt aber, dass bei jedem Vergabeverfahren auch Unternehmer teilnehmen, die gar kein ernsthaftes Interesse an einer Auftragserrlangung haben. Sie wollen am Markt Präsenz zeigen und wollen vor allem die Preise der Konkurrenz erfahren, die ihnen im Zuge der Angebotsöffnung mitgeteilt werden. Diese Gruppe von Bieter darf nicht für die Bestimmung des Referenzwerts herangezogen werden, weil dieser durch die nichtmarktkonformen Preise der Gruppe in die Höhe getrieben wird. Wenn der Gesamtangebotspreis des Billigstbieters als angemessen beurteilt wird, beginnt die Gruppe jener (uninteressierten) Bieter in etwa bei einem Preisabstand von ab 30 bis 50 Prozent. Wird ohne den Preisen dieser Bieter der Mittelwert oder der Medianwert gebildet,

so kann der „zu niedrige“ Einheitspreis in etwa dort festgemacht werden, wenn er weniger als die Hälfte des Referenzwertes beträgt. Betrifft das eine große Anzahl von Positionen, sind Bedenken angebracht. Das gilt umso mehr für den Fall, dass auch ein Gegenpart, nämlich Positionen mit auffällig hohen Einheitspreisen, identifiziert werden kann. Nun beginnt eine Grauzone. Ab wann nun eine vertiefte Angebotsprüfung tatsächlich stattfinden muss, ist punktgenau schwer dingfest zu machen. Empfehlenswert ist ihre Durchführung, wenn die auffälligen Positionen wesentliche Leistungsteile betreffen.

Ergänzend dazu kann noch eine Analyse mit Richtpreisen, eigenen Erfahrungswerten oder Literaturwerten vorgenommen werden.

Die vertiefte Angebotsprüfung

Die vertiefte Angebotsprüfung ist das Instrument der besonderen Preisprüfung. Die vertiefte Angebotsprüfung ist eine Plausibilitätsprüfung. Nach der Judikatur muss nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen werden, sondern nur (grob) geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.⁷ Das BVergG sieht nämlich vor, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein müssen. Als erklär- und nachvollziehbar ist ein Preis dann zu qualifizieren, wenn

er alle direkt zuordenbaren Kosten enthält und die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie Personalkosten nachvollziehbar sind.

In einer aktuellen Entscheidung des LVwG Oberösterreich⁸ wurde ausgeführt, dass ein Angebot sogar trotz nicht vollständiger betriebswirtschaftlicher Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation zuschlagsfähig sein kann. Eine fehlende Kostendeckung auf Positionsebene ist nach dieser Entscheidung per se kein Ausscheidungsgrund. Es waren einzelne Positionen im Angebot so niedrig kalkuliert, dass diese Positionspreise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar waren. Überwiegend betraf das nicht wesentliche Positionen, es war jedoch auch eine wesentliche Position darunter.

Ist der Gesamtangebotspreis an sich kein Unterpreis, lässt diese Entscheidung die Praktiker wohl erleichtert aufatmen, weil kleinere Kalkulationsunstimmigkeiten übergangen werden können. Eine Kalkulation und Preisbildung folgt keinen naturwissenschaftlichen Gesetzen. Ein Ergebnis ist nicht reproduzierbar, wie etwa die Berechnung der Durchbiegung eines Stahlträgers.

Eine ältere Entscheidung⁹ hat den Ausweis von negativen Deckungsbeiträgen in einer offenkundigen Kalkulation dahingehend beurteilt, dass keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegen würde, obwohl die Summe der negativen Deckungsbeiträge lediglich rund ein Prozent vom Angebotspreis betragen hatte und die positiven Deckungsbeiträge (aus den anderen Positionen) in ausreichender Höhe vorhanden waren. Solche Entscheidungen müssten unweigerlich, falls Auftraggeber diesen strengen Prüfmaßstab anlegen, zu Ausscheidungsorgien führen (und das noch dazu vor dem Hintergrund, dass sich direkt zuordenbare Kosten nicht exakt festmachen lassen). Deshalb ist die Entscheidung des LVwG OÖ zu begrüßen.

Ausblick auf das BVergG 2018

Für die Preisprüfung, insbesondere für die vertiefte Angebotsprüfung, haben sich die Regeln inhaltlich nur unwesentlich verändert, die Paragraphen allerdings verschoben (z. B. wird aus § 125 der § 137). Positiv ist, dass auf bestehende Judikatur und Literatur weiterhin zurückgegriffen werden kann. Negativ ist, dass gewisse Klarstellungen weiterhin fehlen. Insbesondere zeigt sich die vergaberechtliche Judikatur

manchmal sehr formal. Ein formal falsch ausgefülltes K3-Blatt zählt kaum und führt zum Ausschluss des Angebots. Es ist nicht darauf einzugehen, ob das Ergebnis, der Mittellohnpreis, also der Kalkulationsansatz, in angemessener Höhe vorliegt. Solche Formalfehler sind auch in Zukunft wohl beachtliche Fehler, und es ist weiterhin bei der Angebotslegung und -gestaltung vom Bieter daher höchste Sorgsamkeit gefordert. □

QUELLEN:

- 1 VwGH 2007/04/0102.
- 2 Vgl. Kropik, Baukalkulation und Kostenrechnung.
- 3 Entscheidung 2011/04/0011.
- 4 Verweis auf Kropik, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabeengesetz 2006 – Kommentar [2009] § 125 Rz 28.
- 5 VGW-123/072/10276/2014; Beatrix Lehner in ZVB 2014/129).
- 6 B 1211/01, RPA 2003, 342.
- 7 Siehe etwa VwGH 2007/04/0201.
- 8 LVwG-840142/39/KL, LVwG-840144/19/KL; Opperl in ZVB 2018/42.
- 9 BVwG W134 2133404-2.

LESETIPP

Baupreise – Baukosten: Definition und Analyse

Beim Thema „steigende Baupreise“ bzw. „steigende Baukosten“ werden oft Begriffe vermischt und verzerrt wiedergegeben bzw.

wird der Eindruck vermittelt, die Bauwirtschaft würde „die Preise nach oben treiben“. Ein von der Geschäftsstelle Bau verfasster Fachbeitrag in der Österreichischen Bauzeitung stellt die Begriffe klar und vergleicht die Entwicklung der Baukosten mit jener der Baupreise. Das Ergebnis: In den vergangenen 20 Jahren sind sämtliche Baukosten-Indizes deutlich höher angestiegen als der Baupreis-Index. Der Beitrag kann auf der Homepage der Geschäftsstelle Bau heruntergeladen werden: www.bau.or.at → Navigation → Preisumrechnung und Indizes.



wutwhamfoto/Stock/Thinkstock

Keine Schwarzarbeit mit Steuergeld

Das Vergabeverfahren soll auch sicherstellen, dass öffentliche Aufträge nur an seriöse Unternehmen vergeben werden. Gelegentlich wird eine Verschärfung dieser Bestimmungen gefordert.

TEXT: DR. CHRISTOPH WIESINGER, GESCHÄFTSSTELLE BAU

Öffentliche Aufträge werden in aller Regel mit Geldern bezahlt, die aus Steuern oder Abgaben stammen. Daher will der Gesetzgeber auch sicherstellen, dass nur Unternehmen, die ihre Steuern und Sozialversicherungsbeiträge auch tatsächlich abführen, zum Zug kommen. Alles andere wäre auch unlogisch, denn die von seriösen Unternehmen bezahlten Abgaben sollen nicht dazu verwendet werden, um im Schwarzmarkt zu versickern.

Angebotsprüfung

Jeder öffentliche Auftraggeber ist gesetzlich dazu verpflichtet, die Bieter zu prüfen und ungeeignete Bieter auszuschneiden. Die Eignung setzt sich aus mehreren im BVergG umfassend geregelten Kriterien zusammen, wie etwa der Befugnis (Gewerbeberechtigung), der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen Zuverlässigkeit. Unter Letzterer ist zu verstehen, dass der Bieter nicht insolvent ist, dass er unbescholten ist, sowie dass er alle Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hat. Ist auch nur eines dieser Elemente nicht erfüllt, muss der Auftraggeber diesen Bieter ausscheiden. Bei den genannten Kriterien wird also aus einem Verhalten in der Vergangenheit



MangoStar-Studio/Stock/Thinkstock

Angebotsprüfung: Jeder öffentliche Auftraggeber ist gesetzlich dazu verpflichtet, die Bieter zu prüfen und ungeeignete Bieter auszuschneiden.

auf das zukünftige Verhalten geschlossen. In der Praxis wird für den Nachweis der Zuverlässigkeit oft auf die Liste geeigneter Unternehmer des Auftragnehmerkatasters Österreich (ANKÖ) zurückgegriffen ([👁 Seite 18 und 19](#)).

Aus dem im Vergaberecht geltenden Grundsatz, dass Aufträge zu angemessenen Preisen vergeben werden müssen, sind aber auch Elemente, die der konkreten Auftragsleistung zugrunde liegen, aber schon vorab geprüft werden können, zu prüfen. Ein öffentlicher Auftraggeber darf damit

gar nicht dulden, dass ein Auftragnehmer bei der Auftragsbringung Lohn- und Sozialdumping begehen könnte. Das heißt also, dass der Auftraggeber zum Ausscheiden eines Bieters auch dann verpflichtet ist, wenn sich aus den Angebotspreisen ergibt, dass mit diesen die Löhne der Arbeitnehmer einschließlich der dem Arbeitgeber entstehenden Lohnnebenkosten gar nicht bedeckt werden können.

Leistungsort

Nach der Judikatur des EuGH ist hinsichtlich der Mindestlöhne auf den Leistungsort abzustellen. Darunter ist jener Ort zu verstehen, an dem die Arbeitsleistung erbracht wird, und nicht der zivilrechtliche Erfüllungsort. Dazu folgendes Beispiel: Auftragsgegenstand ist die Errichtung eines Bauwerks in Österreich, wobei auch individuell angefertigte Fertigteile verbaut werden. Wird der Fertigteil in einem Werk außerhalb Österreichs erzeugt, dann kommt für die bei der Erzeugung eingesetzten Arbeitnehmer der österreichische Mindestlohn



Der Auftragnehmer muss alle Subunternehmer bekanntgeben, damit der Auftraggeber deren Eignung prüfen kann. Der Einsatz nicht-genehmigter Subunternehmer kann teure Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Stadtrate/fStock/Thinkstock

nicht zur Anwendung. Sehr wohl haben aber jene Arbeitnehmer, die diesen Fertigteil auf der Baustelle in Österreich einbauen, Anspruch auf den österreichischen Mindestlohn.

All diese Grundsätze gelten auch, wenn die Auftragssumme das einzige Zuschlagskriterium ist („Billigstbieterprinzip“), weil es hier um die Eignung geht.

Auftragssperre droht

Ein weiteres Element der Sozialbetrugsbekämpfung ist der automatische Verlust der Zuverlässigkeit, die mit bestimmten Bestrafungen verbunden ist – namentlich solchen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und solchen nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz. Wurde ein Bieter in den vergangenen fünf Jahren mehr als einmal nach diesen Bestimmungen bestraft, ist er kraft des Gesetzes unzuverlässig (umgangssprachlich daher als „Auftragssperre“ bezeichnet).

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Verwaltungsübertretung (illegale Ausländerbeschäftigung oder Unterentlohnung) anlässlich der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags begangen wurde oder nicht. Der Gesetzgeber setzt hier das Vergaberecht quasi zusätzlich ein, um die Übertretung der beiden genannten Gesetze besonders unattraktiv zu machen.

Allerdings kann der Bieter vertrauensbildende Maßnahmen setzen, aus denen auf seine künftige Zuverlässigkeit trotz Unzuverlässigkeit in der Vergangenheit geschlossen werden kann. Der einzigen dazu einschlägigen Entscheidung – sie stammt vom früheren Bundesvergabamt – lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Bieter – es war eine Gesellschaft – hatte einen Geschäftsführer und einen Prokuristen. Infolge der Arbeitsüberlastung der beiden Herren kümmerten diese sich nicht um die Einhaltung aller Gesetze. Zur Wiedererlangung der Zuverlässigkeit wurden jeweils ein zweiter Geschäftsführer und ein zweiter Prokurist eingesetzt. Diese Maßnahme wurde als ausreichend angesehen.

Subunternehmer

Die bisher genannten Bestimmungen gelten nicht nur für den Auftragnehmer, sondern auch für alle Subunternehmer, die dieser

einsetzt. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Eignung aller Subunternehmer zu prüfen. Damit er dies überhaupt kann, muss der Auftragnehmer daher alle Subunternehmer bekanntgeben, und zwar im Angebot (sofern der Auftraggeber in der Ausschreibung nicht auf die Bekanntgabe verzichtet hat), spätestens aber vor deren tatsächlichem Einsatz. Das bedeutet, dass der Auftraggeber auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens eine entsprechende Prüfpflicht hat. Nach dem Gesetz hat er drei Wochen Zeit für die Prüfung. Untersagt er den Subunternehmerinsatz in dieser Frist nicht ausdrücklich, gilt der Subunternehmer kraft gesetzlicher Fiktion als genehmigt.

Damit kommt der Frage, wer als Subunternehmer zu werten ist, eine eminent wichtige Bedeutung zu, denn neben dem Subunternehmer gibt es auch Hilfsunternehmer und Lieferanten. Würde der Gesetzgeber nämlich auch die Eignungsprüfung für diese vorsehen, müsste der Auftraggeber bei jeder Beschaffung alles bis zur Urproduktion überprüfen, was den Aufwand explodieren lassen und damit manche Beschaffungen möglicherweise überhaupt verhindern würde. Subunternehmer ist derjenige, an den ein konkreter Leistungsteil weitergegeben wird, während andere an der Leistungserbringung Beteiligte Hilfsunternehmer oder Lieferanten sind. Im Planungsbereich wäre etwa ein Haustechnikplaner Subunternehmer des Generalplaners, wohingegen derjenige, der das Papier, auf dem der Plan ausgedruckt wird, herstellt, Hilfsunternehmer ist. Im Bereich der Bauausführung wird die Abgrenzung wohl meist danach zu treffen sein, ob die Leistungserbringung auf der Baustelle erfolgt (Einbau) oder nur eine Sache produziert und angeliefert wird (z. B. Ziegel, Fertigbeton).

Haftungen

Der Einsatz von nichtgenehmigten Subunternehmen kann auch eine zivilrechtliche Haftung nach sich ziehen (§ 10 LSD-BG). Das bedeutet, dass sich ein Unternehmer von dieser Haftung befreien kann, wenn er ausschließlich vom Auftraggeber genehmigte Subunternehmer bei der Auftrags Erfüllung einsetzt. Der Auftragnehmer haftet in diesem Fall für das Entgelt der Arbeit-

BUCHTIPP

Haftung für Entgelt

Die Haftungsbestimmungen für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern des eigenen Auftragnehmers stellen für viele Betroffene eine schwer durchschaubare Materie dar. Selbst wenn man meint, alles richtig gemacht zu haben, taucht an unerwarteter Stelle eine Haftungsbestimmung auf, die teure Folgen hat. Bei nüchterner Betrachtung ist das meiste allerdings weniger kompliziert, als es auf den ersten Blick erscheint. Dieses Buch stellt alle einschlägigen Haftungsbestimmungen mit einer kurzen – ident aufgebauten – Faktenbox vor und geht in weiter Folge auch auf Details ein.



112 Seiten, 29 Euro, erhältlich unter www.lindeverlag.at

nehmer des Subunternehmers, sofern dieser weniger bezahlt hat, als dem Arbeitnehmer nach Gesetz oder Kollektivvertrag zustehen würde. Die Haftung existiert zwar grundsätzlich in der gesamten Subunternehmerkette, doch kann sie der Arbeitnehmer immer nur gegenüber dem direkten Auftraggeber seines Arbeitgebers geltend machen. Arbeitnehmer des Subsubunternehmers können also den Subunternehmer, nicht aber den Generalunternehmer belangen.

Damit der Arbeitnehmer Kenntnis über die tatsächlich erfolgten Subunternehmerbekanntgaben hat, genießt er gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ein entsprechendes Auskunftsrecht. Verweigert der Auftraggeber die Auskunft, kann der Arbeitnehmer den Auftraggeber direkt in Anspruch nehmen. Alternativ kann der Arbeitnehmer auch bei der BUAK diese Auskunft verlangen. Sie wird ihm in der Praxis allerdings nur etwas nützen, wenn die konkreten Subunternehmer in der Baustellendatenbank der BUAK gespeichert sind. Eine Verpflichtung der Auftraggeber, die Subunternehmer in die Baustellendatenbank zu melden, besteht derzeit zwar nicht, doch enthält der Entwurf zum neuen BVergG 2018 eine entsprechende Verpflichtung für Bauaufträge mit einer Summe über 100.000 Euro (👁 Seite 7). □

Der vergabespezifische Rechtsschutz

Wer darf Auftraggeberentscheidungen anfechten und wo können Anfechtungen erfolgen?
Der Versuch einer Skizzierung eines Leitfadens.

TEXT: DR. KATHARINA TRETTNAK-HAHLN, KARASEK WIETRZYK RECHTSANWÄLTE



Max2611/Stock/Thinkstock; Photodisc/Stock/Thinkstock

Der vergabespezifische Rechtsschutz hilft Bietern, eine Entscheidung eines Auftraggebers anzufechten. Zugang zum Rechtsschutz haben ausschließlich Unternehmer.

Der vergabespezifische Rechtsschutz ist einer der zentralen Eckpfeiler des Vergaberechts. Durch diesen sollen die den Bietern eingeräumten Rechte durchsetzbar sein: Es geht um die Effektivität und damit um die Durchsetzbarkeit des Vergaberechts – so die generelle Intention des (europäischen) Gesetzgebers.

In der Praxis zeigte sich jedoch, dass diese Grundsätze nicht durchgängig wirken. Oft gibt es zentrale, inhaltliche Fragen, die aus formalen Gründen nicht beantwortet werden können. In den vergangenen Jahren konnte eine meritorische Entscheidung oftmals mangels Antragslegitimation nicht ausjudiziert werden. Die sogenannte Fastweb-Judikatur des EuGH mit den angeschlossenen Diskussionsfolgen und der durchaus unterschiedlichen Auslegung durch die nationalen Gerichte trug durchaus dazu bei.

Aber schon seit Beginn der Implementierung der europäischen Rechtsschutz-

vorgaben in Österreich gab es zahlreiche Diskussionen über den Zugang zum Vergaberechtsschutz: Wer muss (um seine Rechte nicht zu verwirken) und wer darf die zuständigen Gerichte und Behörden befassen? Sollte es eine allgemeine Stelle für grundlegende Fragestellungen geben?

In der nachstehenden Übersicht sollen ausgewählte Fragestellungen über den Zugang zum Vergaberechtsschutz thematisiert werden.

Rechtsschutz nur über Antrag

Nachprüfungs-, aber auch Feststellungsverfahren werden von den zuständigen Verwaltungsgerichten nicht von Amts wegen eingeleitet. Die Gerichte werden nur über einen Antrag tätig. Nach § 342 Abs 1 BVergG 2018, aber auch nach den inhaltsgleichen Bestimmungen der jeweiligen Landesvergaberechtsschutzgesetzen kann etwa die vergaberechtliche Nachprüfung nur

- von einem Unternehmer
- in einem konkret eingeleiteten Vergabeverfahren
- bei Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers beantragt werden.

Zudem ist die Antragslegitimation auch nur dann zu bejahen, wenn

- der Unternehmer ein Interesse am Vertragsabschluss, der dem BVergG unterliegt, behauptet und
- ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Keine „Musterverfahren“ respektive Verbandsanträge

Aus dieser gesetzlich vorgegebenen Zugangsvoraussetzung ergibt sich zunächst, dass ein konkret eingeleitetes Vergabeverfahren vorliegen muss. Liegt gar kein Vergabeverfahren vor, in dem zudem eine konkrete Auftraggeber-

entscheidung getroffen wurde, besteht keine Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.¹

Musterverfahren zur abschließenden Klärung allgemein gültiger Fragestellungen sind daher nicht vorgesehen. Einzig nach dem BVergG 1997 war die damalige Bundesvergabekontrollkommission (B-VKK) etwa „zur Erstellung von Gutachten über den persönlichen Geltungsbereich des BVergG“, aber auch „nach Zuschlagserteilung zur Erstellung von Gutachten über die Durchführung des Auftragsvertrages“ zuständig.² Zwar stellte das BVergG 1997 für die Zuständigkeit der B-VKK grundsätzlich auf ein konkretes Vergabeverfahren ab, doch war die Beurteilung über den persönlichen Geltungsbereich des BVergG von einem Verfahren entkoppelt; Letztere konnte allgemein von der B-VKK „abgeklärt“ werden. Auch sah das BVergG 1997 für das Tätigwerden der B-VKK die Antragslegitimation der jeweils in Betracht kommenden Interessenvertretung vor. Mit Abschaffung der B-VKK ist auch diese allgemeine Zugangsmöglichkeit unter Einbindung der Interessenvertretungen nicht mehr vorgesehen. Diskutiert wurde vor allem die Antragslegitimation von Interessenvertretungen in den vergangenen Jahren ( Seite 10 und 11); eine gesetzliche Umsetzung erfolgte bisher nicht. Lediglich in Niederösterreich und Wien sind Schlichtungsstellen vorgesehen, die aber die damals der B-VKK zukommenden Kompetenzen nicht mehr haben.

Schlichtung oder Nachprüfung?

Beim Amt der Wiener Landesregierung wurde die „Wiener Schlichtungsstelle für Vergabeangelegenheiten“ eingerichtet. Diese kann freiwillig angerufen werden. Die Zuständigkeit ist jedoch begrenzt: Im offenen sowie im nichtoffenen Verfahren als auch im Verhandlungsverfahren jeweils ohne vorherige Bekanntmachung ist sie lediglich bis zum Ende der Angebotsfrist zur Überprüfung gesondert anfechtbarer Auftraggeberentscheidungen berufen. Im

nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren jeweils mit vorheriger Bekanntmachung und bei Wettbewerben ist sie bis zum Ende der Teilnahmefrist zuständig.³ Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Wien würde sich daraus – meines Erachtens aber unzutreffend – nicht eindeutig ergeben, dass die Schlichtungsstelle nicht zur Überprüfung von Ausschreibungsunterlagen im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens berufen sei.⁴

Unabhängig davon ist auch ohne vorherige Befassung der Schlichtungsstelle der direkte Zugang zum Verwaltungsgericht Wien offen. Um dies sicherzustellen, wird die Frist für die Einbringung eines dementsprechend beim Gericht einzubringenden Nichtigerklärungsantrags für die Dauer der Anhängigkeit eines Schlichtungsverfahrens gehemmt.⁵ Diese Hemmung kann aber wohl nur für einen zulässigerweise eingebrachten Schlichtungsantrag gelten. Ein unzulässiger Schlichtungsantrag kann somit nicht zur Hemmung der Frist für die Einbringung eines Nachprüfungsverfahrens führen.⁶

Nach dem Wortlaut des NÖ Vergabepflichtprüfungsgesetz (NÖ VergNPG) hingegen ist die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge zwingend vor Anrufen des Landesverwaltungsgerichts Nieder-

österreich zu befassen.⁷ In der Praxis wird oft die Ansicht vertreten, dass zwar die Regelungen des NÖ VergNPG anwendbar seien, nicht aber die allgemeinen verfahrensrechtlichen Regelungen des AVG. Dies würde faktisch dazu führen, dass etwa kein Austausch der eingebrachten Schriftsätze im Rahmen des Parteiengehörs durch die NÖ Schlichtungsstelle erfolgt. Nunmehr dürfte die zwingende Befassung der NÖ Schlichtungsstelle von der Europäischen Kommission als Verstoß gegen die in der RL 89/665/EWG in der durch die RL 2007/66/EG geänderten Fassung (Rechtsmittelrichtlinie) vorgesehene, direkte Zugangsmöglichkeit zum Landesverwaltungsgericht kritisiert werden.⁸

Antragslegitimation – der „schützenswerte“ Bieter?

Ein Dauerbrenner der vergangenen Jahre war die Problematisierung der Antragslegitimation eines Bieters, dessen Angebot eigentlich auszuschneiden wäre, aber vom Auftraggeber zunächst nicht ausgeschieden wurde; erst im Nachprüfungsverfahren – etwa gegen die Zuschlagsentscheidung – zeigt sich das Vorliegen eines Ausscheidenstatbestands. In der Regel erfolgte eine Zurückweisung des Nachprüfungsantrags durch die zuständigen



In manchen Bundesländern gibt es sogenannte „Schlichtungsstellen für Vergabeangelegenheiten“, ihre Zuständigkeiten sind jedoch begrenzt.



Zelner/Stock/Thinkstock

Nachprüfungsinstanzen mangels Antragslegitimation infolge fehlenden Schadens: Der Antragsteller käme nicht für den Zuschlag in Betracht. Es könne ihm daher auch kein Schaden entstehen. Er ist nicht „schützenswert“.

Zunächst könnte man meinen, dass die Verneinung der Antragslegitimation betreffend die Zuschlagsentscheidung dann unproblematisch ist, wenn dem Antragsteller im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor den Nachprüfungsinstanzen ohnedies die Möglichkeit zur Äußerung gewährt wird. Aus diesem Grunde könnte man zu der Auffassung gelangen, es bestehe auch kein Rechtsschutzdefizit, selbst wenn die Ausscheidensentscheidung in dieser Konstellation nicht mittels gesonderten Nachprüfungsantrags angefochten werden kann.

Ist die Ausgangssituation aber derart gestaltet, dass nicht nur das Angebot des Antragstellers auszuschneiden ist, sondern auch jenes des potenziellen Zuschlagsempfängers, so dürfte Letzterem nicht der Zuschlag erteilt werden. Wird dem Antragsteller die Antragslegitimation abgesprochen, konnte der Auftraggeber (zumindest früher) einem Angebot den Zuschlag erteilen, das eigentlich selbst zwingend auszuschneiden wäre. Eine Überprüfbarkeit dieser Entscheidung entfiel, da es dem (ursprünglich) anfechtenden Bieter an Antragslegitimation fehlte. Dieses Rechtsschutzdefizit wurde vom EuGH jedoch in der Rechtssache *Fastweb*⁹ bereits aufgegriffen:

Der EuGH hält in bezeichnetem Urteil – unter Auslegung des Art 1 Abs 3 der Rechtsmittelrichtlinie – explizit fest, dass

die Ungeeignetheit des eigenen Angebots nicht automatisch zu einer Absprache der Antragslegitimation in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren führen darf. Dies vor dem Hintergrund, dass trotz wirksamer Angebotsausscheidung dennoch ein Rechtsschutzbedürfnis aufgrund eines drohenden Schadens vorliegen kann. Schließlich kann der vom Vergabeverfahren ausgeschlossene Bieter auch ein Interesse daran haben, dass ein anderer – in diesem Fall der einzig verbliebene – Bieter ebenfalls ausgeschieden wird. Dieses Interesse ist dadurch begründet, dass das Ausscheiden des (einzig) im Verfahren verbliebenen Bieters dazu führen kann, dass der Auftraggeber kein ordnungsgemäßes Angebot mehr auswählen kann. Die Konsequenz wäre folglich ein Widerruf des Vergabeverfahrens sowie eine anschließende Neuausschreibung, an der sich wiederum auch der ursprünglich ausgeschiedene Bieter beteiligen könnte. Gerade hierin liegt auch dessen Rechtsschutzbedürfnis.¹⁰

Weiterhin ist die Reichweite und die Frage, ob es sich hier bloß um eine besondere, vom EuGH zu beurteilende Konstellation handelte, umstritten. In der Regel erfolgt eine Beurteilung je Einzelfall – mit durchaus unterschiedlichen Sichtweisen.¹¹

Wer darf anfechten?

Zusammenfassend: Zur Nachprüfung berufen sind grundsätzlich die (Landes-)Verwaltungsgerichte. Der unmittelbare, direkte Zugang ist nach den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie sicherzustellen. Vorgelagerte Schlichtungsstellen, die nicht die Qualitäten eines „Gerichts“ auf-

Zu Nachprüfungsverfahren sind grundsätzlich die (Landes-)Verwaltungsgerichte berufen, die wiederum lediglich über Antrag tätig werden.

weisen, können bloß zur freiwilligen Befassung durch Bieter/Bewerber vorgesehen werden.

Zugangsberechtigt zum vergabespezifischen Rechtsschutz sind grundsätzlich nur an einer konkreten Beschaffung interessierte Unternehmer. Interessenvertretungen etwa ist der Zugang – auch zur Klärung allgemeiner Fragen oder Führung von gleichsam „Musterprozessen“ – verwehrt.

Fragen der Antragslegitimation prägen die Judikaturlandschaft der vergangenen Jahre. Eine materielle Überprüfung der Zuschlagsentscheidung (generell des Beschaffungsergebnisses) unterblieb oftmals, da das Angebot des Antragstellers auszuschneiden und der anfechtende Bieter damit nicht „schützenswert“ war. Die Fortentwicklung dieser Sicht bleibt abzuwarten. □

QUELLEN:

- 1 Auf die Möglichkeit der Einleitung von Feststellungsverfahren z. B. bei bereits abgeschlossenen Verträgen (vgl. §§ 353 f BVergG 2018) wird an dieser Stelle lediglich hingewiesen.
- 2 § 109 Abs 1 Z 3 und 4 BVergG 1997.
- 3 § 6 Abs 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz (WVRG).
- 4 VwG Wien 4. 1. 2018, VGW-123/072/14424/2017-35. Opperl ZVB 2018.
- 5 § 6 Abs 3 WVRG.
- 6 Opperl, Vergaberechtsschutz in den Bundesländern, ZVB 2015/100, 357 FN 16.
- 7 Vgl. dazu § 3 Abs 1 NÖ VergNPG (Arg „... hat ...“).
- 8 Vgl. etwa *Heid/Schiefer*, „Sondermodell Schlichtungsstelle“ in *Niederösterreich im Visier der EU, Vergabe Infoletter* 2018, 17.
- 9 EuGH 4. 7. 2013, Rs C-100/12 (*Fastweb*).
- 10 Dies wurde auch durch das Urteil des EuGH 5. 4. 2016, Rs C-689/13 (*Airgest*), bestätigt. Vgl. auch BVwG 26. 4. 2016, W123 2122272-1/34E.
- 11 Vgl. zur Diskussion etwa *Pesendorfer/Schramm*, Klarstellungen zur Antragslegitimation und *Fastweb*, ZVB 2016/73.

UNSERE KAMPAGNEN



Baumeisterkampagne

Eine auf eine große Zielgruppe ausgerichtete Kampagne, die den Baumeister als zentralen Ansprechpartner rund um ein Bauprojekt positioniert. Von der Planung, über die Ausführung, bis hin zur schlüsselfertigen Übergabe – der Baumeister als Generalunternehmer gewährleistet den reibungslosen Ablauf von Bauprojekten aller Art.

www.deinbaumeister.at



Lehrlingskampagne

Die BauDeineZukunft-Kampagne verfolgt zwei Ziele: Eine Imageverbesserung der Bauberufe sowie die Sicherstellung einer ausreichenden Zahl an Fachkräften für die Baubranche. Die Kampagne richtet sich nicht nur an Schüler, sondern auch an Entscheidungsträger, was die Berufswahl von Jugendlichen betrifft – in erster Linie an Eltern und Lehrer.

www.baudeinezukunft.at



BAUTV

Eine Videoplattform, mit welcher die Bundesinnung Bau ihren Mitgliedsbetrieben komplexe Sachverhalte wie z.B. Gesetzesnovellen verständlich erklärt und über Neuigkeiten aus der Baubranche informiert.

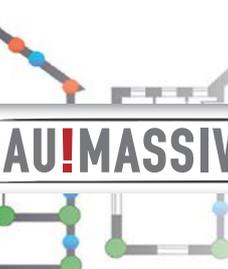
www.bautv.or.at



BAUfair!

Ein mehrfach ausgezeichnetes Public Affairs-Projekt zur Bekämpfung von Schattenwirtschaft und Pusch.

www.baufair.at



BAU!MASSIV!

Eine Kampagne, die einer breiten Zielgruppe die Vorteile der massiven Bauweise bzw. von mineralischen Baustoffen kommuniziert.

www.baumassiv.at

BAUEN, DASS ALLE SCHAUEN!

**ICH WEISS AUS ERFAHRUNG:
NIE WIEDER SELBER BAUEN.
HOLEN SIE SICH
EINEN BAUMEISTER!**

DEIN BAUMEISTER

Ich bin Andreas Steppan. Kennen Sie mich noch von früher, als Heimwerker? Unter uns, das war oft ein Desaster und nichts hat funktioniert! Manche Dinge haben nicht einmal eine Sendung lang gehalten. Damals wurde mir klar: wenn ich irgendwann ein Haus baue, dann brauche ich einen Profi. Deshalb bin ich auch zu meinem Baumeister gegangen. Denn ich möchte auch bauen, dass alle schauen!

www.deinbaumeister.at facebook.com/deinbaumeister



**BAUEN HEISST
VERTRAUEN**