

SCHRAMM ÖHLER
RECHTSANWÄLTE

An das
Bundeskanzleramt Verfassungsdienst
Hrn. Dr. Michael Fruhmann
Ballhausplatz 2
1010 Wien

Per Email:

V8a@bka.gv.at

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Freitag, 08. Mai 2015
/2015-05-04_Stellungnahme-BVergG-Novelle

**Begutachtung Änderung Bundesvergabegesetz 2006
Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012**

Sehr geehrter Herr Doktor Fruhmann!

Nachstehend übermitteln wir Ihnen die

Gemeinsame Stellungnahme des Auftraggeber-Arbeitskreises „Faire Vergaben“ zur geplanten Novelle des BVergG 2006

Der Auftraggeber-Arbeitskreis nimmt Bezug auf die Stellungnahme des Amtes der Kärntner Landesregierung (Zahl 01-VD-BG-8708/2-2015) und teilt die darin erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sofern die Länder in den Gesetzgebungsprozess nicht eingebunden wurden – welchen Vorwurf das Amt der Kärntner Landesregierung erhebt – ist darin eine Verfassungswidrigkeit zu erblicken. Die bloße Begutachtungsmöglichkeit eines fertigen Gesetzesentwurfs erfüllt die in Art 14b Abs 4 B-VG normierte Einbindung der Länder nicht.

FAKTISCH DURCHGEHENDER ZWANG ZUM BESTANGEBOTSPRINZIP

Die geplanten Änderungen zu §§ 79 und 236 BVergG 2006 werden, aufgrund umfassender und in der Praxis de facto nicht erreichbarer Voraussetzungen für die Wahl des Preises als einziges Zuschlagskriterium aufgrund unklarer Gesetzesbegriffe und eines ansonsten drohenden enormen Rechtsbeurteilungsaufwandes und verbleibender Rechtsunsicherheiten, sehr oft **zum Zwang, weitere Zuschlagskriterien neben dem Preis festzusetzen**, führen. Der Zwang besteht im **Ober- und Unterschwellenbereich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge**, weshalb bei faktisch jeder Auftragsvergabe weitere Zuschlagskriterien neben dem Preis nötig sind.

Durch diese Änderungen kann das Ziel der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping nicht erreicht werden. Die Änderungen können auch keinen relevanten Beitrag zu diesen Zielen leisten. Besser ist die Festlegung hoher Qualitätsstandards in der Leistungsbeschreibung, die zwingend einzuhalten sind, weil nur so Angebote, die diese Standards nicht einhalten, ausgeschieden werden können. Der große Nachteil von Zuschlagskriterien ist, dass sie bloße Versprechen sind, deren Nichteinhaltung nicht zum Ausscheiden führt. Zudem müssen Zuschlagskriterien gewichtet und in einem Zusammenhang mit der Leistung (und nicht des Unternehmens) stehen, was oft nicht sinnvoll möglich ist.

Bleibt die vorgeschlagene Fassung bestehen, bedeutete dies einen enormen **Mehraufwand für alle öffentlichen Auftraggeber und die Bieter, mit enormen Mehrkosten für das Vergabeverfahren und damit für die öffentliche Verwaltung** (siehe die dieser Stellungnahme angeschlossene Stellungnahme des o.Univ.Prof. Dr. Bogner) ohne Mehrwert für die öffentlichen Auftraggeber. Gleichzeitig sind die öffentlichen Auftraggeber gehalten, mit öffentlichen Mitteln sparsam und wirtschaftlich umzugehen. Dies gilt für Sektorenauftraggeber gleichermaßen. Weiters werden auf die Wirtschaft und da vor allem die KMU Mehrkosten und formale wie rechtliche Hürden für die Teilnahmen an den Vergabeverfahren entstehen. **Dies wird es KMU erschweren an Vergabeverfahren teilzunehmen. Auch die Gerichte werden einen Mehraufwand verzeichnen, weshalb mit (noch) längeren Verfahrensdauern zu rechnen sein wird.** Im Ergebnis ist damit zu rechnen, dass Projekte bei gleich bleibendem Budget nicht umgesetzt werden können oder diese aufgrund vermehrter Anfechtungen bei längerer Verfahrensdauer verzögert werden.

Festzuhalten ist, dass die oben genannte Stellungnahme nur den Zwang zu mehreren Zuschlagskriterien bei Bauaufträgen im Oberschwellen beleuchtet. Durch die vorgeschlagene

Fassung wird jedoch eine deutlich größere Anzahl an Ausschreibungen betroffen sein, als der Stellungnahme zugrunde gelegt wurde. Es sind daher deutlich höhere Mehrkosten als in der Stellungnahme angeführt zu erwarten.

Da der vorgesehene Zwang von den Richtlinien (insb. RL 2014/23/EU, RL 2014/24/EU, RL 2014/25/EU) **nicht gefordert** wird, liegt ein Verstoß gegen den Beschluss der Landeshauptmännerkonferenz vom 14.04.1999 vor, mit dem Mehrbelastungen der Länder durch sachlich nicht gerechtfertigte Umsetzungsmaßnahmen, die über die Mindestanforderungen von EU-Richtlinien hinausgehen, abgelehnt werden. Der vorgesehene Zwang zu weiteren Zuschlagskriterien neben dem Preis kann zur effektiven Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping oder zur Sicherung des Wirtschaftsstandortes Österreich nicht beitragen.

Die derzeit geltenden Bestimmungen zur Wahl zwischen einem oder mehreren Zuschlagskriterien sollten bestehen bleiben. Auch den neuen Richtlinien ist ein Zwang zu einem bestimmten Zuschlagssystem nicht zu entnehmen.

Sofern dennoch an der Verankerung eines Zwanges zu Verfahren mit mehreren Zuschlagskriterien festgehalten wird, regt der Auftraggeber-Arbeitskreis zu den **§§ 79 Abs 3** und **236 Abs 3** (der Novelle) folgende Änderungen bzw. Klarstellungen an:

Vorgeschlagene Fassung des § 79 Abs 3	Vorgeschlagene Fassung des § 236 Abs 3
<p><i>In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.</i></p>	<p><i>Im Aufruf zum Wettbewerb, in der Aufforderung zur Interessensbestätigung gemäß § 251, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Sektorenauftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.</i></p>
<p>Auf Basis der Textierung der vorgeschlagenen Fassung der Generalklausel ist davon auszugehen, dass die (unten stehende) Aufzählung der Ziffern 1 bis 8 demonstrativ (arg. „jedenfalls“) zu verstehen ist. Demonstrative Aufzählungen dienen dazu beispielhaft darzulegen, welche Tatbestände der Gesetzgeber „jedenfalls“ unter die Generalklausel subsumiert. Die Aufzählung muss daher in Zusammenhang mit der Generalklausel stehen.</p> <p>Die vorgeschlagene Fassung der Generalklausel normiert, dass <i>der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch</i></p>	

den Sektorenauftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden darf.

Laut Rechtsprechung hat der Auftraggeber zu entscheiden, ob er die Leistung klar und eindeutig definiert. Die vorgeschlagene Fassung der Generalklausel wird daher so verstanden, dass dann, wenn der Auftraggeber die Leistung klar und eindeutig definiert bzw. eine derartige Definition möglich ist, der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden darf.

Die in den Ziffern 1 bis 8 aufgezählten Tatbestände stehen in keinem Zusammenhang zur Generalklausel, weil nicht auf die Definition bzw. Definierbarkeit der Leistung abgestellt wird.

Es wird daher angeregt, die Systematik der Generalklausel wie folgt klarzustellen:

In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder ~~—sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist—~~ dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.

Im Aufruf zum Wettbewerb, in der Aufforderung zur Interessensbestätigung gemäß § 251, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder ~~–sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Sektorenauftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist—~~ dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.

Sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht nicht klar und nicht eindeutig definiert ist, ist d~~*Der Zuschlag ist jedenfalls*~~ *dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wenn*

Sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht nicht klar und nicht eindeutig definiert ist, ist d~~*Der Zuschlag ist jedenfalls*~~ *dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wenn*

Die oben angeführte Klarstellung ist nötig, da andernfalls Uneindeutigkeit darüber besteht, ob die Aufzählung demonstrativ oder taxativ ist. Eine taxative Aufzählung entspricht der Systematik der vorgeschlagenen Fassung der §§ 79 Abs 3 und 236 Abs 3, da die in den Ziffern 1 bis 8 angeführten Tatbestände nicht mit der Generalklausel in Zusammenhang stehen.

Durch die Umformulierung wären eigentlich die Aufzählungspunkte nicht mehr erforderlich. Sollten sie trotzdem im Gesetz enthalten sein, müssen sie wie folgend beschrieben geändert werden, um die Rechtssicherheit der Gesetzesanwender zu gewährleisten.

1. es sich um eine geistige Dienstleistung (§ 2 Z 18) handelt oder	1. es sich um eine geistige Dienstleistung (§ 2 Z 18) handelt oder
Keine Anmerkungen	

2. der Auftraggeber in der Ausschreibung Alternativangebote ausdrücklich für zulässig erklärt (§ 81 Abs. 1) oder	2. der Auftraggeber in der Ausschreibung Alternativangebote ausdrücklich für zulässig erklärt (§ 238 Abs. 1) oder
Keine Anmerkungen	

3. die Beschreibung der Leistung funktional (§ 95 Abs. 3) erfolgt oder	3. die Beschreibung der Leistung funktional (§ 245 Abs. 3) erfolgt oder
<p>Eine Abgrenzung zwischen rein funktionaler und rein konstruktiver Leistungsbeschreibung ist nicht möglich. In der Regel verläuft die Grenze fließend und bei jeder Ausschreibung finden sich zwingend funktionale und konstruktive Bestandteile (Anmerkung: bei einem Werkvertrag wird immer ein Erfolg geschuldet bzw. beschrieben). Eine exakte Grenzziehung ist nicht möglich. Diese Bestimmung widerspricht dem Prinzip der Vereinfachung des Verwaltungshandelns und birgt Unschärfen, was zu gehäuftem Anfechtungen führen wird.</p> <p>Auch durch eine funktionale Leistungsbeschreibung ist die Leistung klar, eindeutig und vollständig beschreibbar und ermöglicht die Vergleichbarkeit der Angebote. Diese Bestimmung widerspricht daher der Generalklausel, wonach es auf die Definition bzw. Definierbarkeit der Leistung ankommt.</p> <p>Die Ziffern 3 in §§ 79 Abs 3 und 236 Abs 3 sollten daher entfallen.</p>	

4. es sich um Leistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen und deswegen ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird (§ 28 Abs. 1 Z 3, § 29 Abs. 1 Z 2, § 30 Abs. 1	4. es sich um Leistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen <u>und deswegen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verhandlungen keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind,</u>
--	--

<u>Z-2) zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verhandlungen keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind,</u> oder	oder
<p>Die Bestimmungen sollten für den klassischen Bereich und den Sektorenbereich gleich lauten. Weshalb eine Differenzierung sachlich geboten sei, ist nicht erkennbar.</p> <p>Auch bei einem Verhandlungsverfahren kann die Vergleichbarkeit der Angebote durch die Verhandlung erreicht werden. Relevant ist daher, ob bei der Ermittlung des besten Angebotes vergleichbare Angebote vorliegen.</p> <p>Die oben angeregten Änderungen sollte daher berücksichtigt werden.</p>	

<p>5. in der Ausschreibung <u>in großem Umfang</u> von geeigneten Leitlinien (§§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2) abgewichen wird und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind, oder</p>	<p>5. es sich um einen besonders komplexen Auftrag handelt, weil der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Spezifikationen gemäß § 247 Abs. 4, mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können, oder die rechtlichen oder finanziellen Konditionen seines Vorhabens anzugeben, oder</p>
<p>Zunächst wird darauf hingewiesen, dass kein Zusammenhang zwischen der Abweichung von geeigneten Leitlinien und der Qualität der Leistung erkennbar ist. Die Bindung der Auftraggeber an geeignete Leitlinien ist ebenfalls fraglich.</p> <p>Festgehalten wird, dass auch bei einem Abweichen von geeigneten Leitlinien die Leistung klar und eindeutig beschreibbar ist und die Vergleichbarkeit der Angebote ermöglicht. Die Bestimmung steht daher in einem Spannungsverhältnis zur Generalklausel. Unter diesem Aspekt sollte die Ziffer 5 entfallen.</p> <p>Es wird aber anerkannt, dass neben der bloßen Abweichung von geeigneten Leitlinien kumulativ auch darauf abgestellt wird, ob <u>durch die Abweichung</u> (arg.: „dadurch“) von geeigneten Leitlinien eine</p>	<p>Die Bestimmung für den Sektorenbereich ist inhaltsleer und von der Generalklausel erfasst, wonach <i>der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Sektorenauftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden darf.</i></p> <p>Nur der Vollständigkeit wird festgehalten, dass ein komplexer Auftrag nicht zwingend kompliziert sein muss. Auch „komplexe“ Aufträge können klar und eindeutig beschreibbar sein und die Vergleichbarkeit der Angebote ermöglichen. Die Bestimmung widerspricht daher der Generalklausel.</p> <p>Die Ziffer 5 in § 236 Abs 3 sollte daher zur</p>

<p>Unvergleichbarkeit der Angebote zu erwarten ist. Der Tatbestand ist demnach nur dann erfüllt, wenn die Abweichung kausal zu einer Unvergleichbarkeit der Angebote führt.</p> <p>Sofern die Judikative die Bestimmung in diesem Sinn anwendet, bestehen keine Bedenken. Die Bestimmung darf aber nicht bloß auf die Abweichung per se reduziert werden. Allenfalls sollte dies in den Erläuternden Bemerkungen klargestellt werden. Zudem wäre es wünschenswert klarzustellen, was unter „geeigneten Leitlinien“ zu subsumieren ist.</p>	<p>Gänze entfallen.</p>
--	--------------------------------

<p>6. die zu erbringenden Dienstleistungen dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann (§ 30 Abs. 1 Z 3) <u>und zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verhandlungen keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind</u>, oder</p>	<p>6. die zu erbringenden Dienstleistungen dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden kann <u>und zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verhandlungen keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind</u>, oder</p>
<p>Auch bei einem Verhandlungsverfahren kann die Vergleichbarkeit der Angebote durch die Verhandlung erreicht werden. Relevant ist daher, ob bei der Ermittlung des besten Angebotes vergleichbare Angebote vorliegen.</p> <p>Im Sinn einer einheitlichen Systematik, sollten die oben angeregten Änderungen berücksichtigt werden.</p>	

<p>7. im Rahmen der <u>des Angebotsbewertung Zuschlagssystems</u> mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren</p>	<p>7. im Rahmen der <u>des Angebotsbewertung Zuschlagssystems</u> mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren</p>
--	--

<p>(z.B. Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) berücksichtigt werden sollen <u>und zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verhandlungen keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind</u>, oder</p>	<p>(z.B. Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) berücksichtigt werden sollen <u>und zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verhandlungen keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind</u>, oder</p>
<p>Diese Bestimmung steht in Widerspruch zu europäischen TCO-Modellen. Damit wird auch die in Europa übliche Ausprägung der maastricht-konformen PPP-Modelle verunmöglicht.</p> <p>Im Sinn einer einheitlichen Systematik, sollten die oben angeregten Änderungen berücksichtigt werden.</p>	

<p>8. es sich um einen Bauauftrag handelt, der die gleichzeitige Ausführung und <u>mehrere Gewerke übergreifende, über die Ausführungsplanung hinausgehende</u> Planung des Bauvorhabens umfasst (§ 4 Z 1 zweiter Fall), <u>und diese Planung eine geistige Leistung ist</u> und die Planung nicht bloß unwesentlichen Charakter hat.</p>	<p>8. es sich um einen Bauauftrag handelt, der die gleichzeitige Ausführung und <u>mehrere Gewerke übergreifende, über die Ausführungsplanung hinausgehende</u> Planung des Bauvorhabens umfasst (§ 4 Z 1 zweiter Fall), <u>und diese Planung eine geistige Leistung ist</u> und die Planung nicht bloß unwesentlichen Charakter hat.</p>
<p>Eine Definition des Begriffes „Planung“ fehlt. Dies führt zu Rechtsunsicherheiten, da unter Planung sowohl die Polierplanung, Rüstungsplanung, Schalungsplanung, Ausführungsplanung, Detailplanung, Leitplanung, Montageplanung, Werkstattplanung, Produktionsplanung sowie konstruktive Planungen und Architekturplanungen subsumierbar sind. Diese unterscheiden sich in ihrer Qualität und geistigen Leistung enorm. Es sollte daher nicht auf die Quantität der Planung, sondern auf die Qualität der Planung abgestellt werden. Keinesfalls dürfen branchenübliche Planungsleistungen der ausführenden Unternehmen für ihre eigene Leistungserbringung hier zugeordnet werden.</p> <p>Die oben angeregten Änderungen sollte daher berücksichtigt werden.</p>	

Mit freundlichen Grüßen

Auftraggeber / Organisation	Name (Auftraggeber / Organisation)	Weitere Partner / Unterstützer
Abt. Landeshochbau, Gruppe Baudirektion, Amt der NÖ- Landesregierung	Bichler, DI Josef (Niederösterreichische Landesregierung – BD6) Größbacher, DI Karl (Niederösterreichische Landesregierung – BD6) Gruber, Dr. Thomas LL.M. (Wiener Lokalbahnen AG) Heinisch, Franz (Wiener Stadtwerke Holding AG) Hiebl, Mag. Walter (Stadt Wien/Wiener Krankenanstaltenverbund) Jaborek, Rudolf (Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund) Kuhn, Mag. Daniela (Stadt Wien, Wiener Wohnen) Lang, Ing. Christian (Stadt Wien, Wiener Wohnen) Lechner, Dipl.-Ing. Christian (Stadt Wien, MA34) Möller, SR DI Michael (Stadt Wien, MD BD) Morocutti, Ing Hannes (Stadt Wien, MA34) Nemeth, Ing. Mag. Stephan (Wiener Linien GmbH & Co KG) Pirker, Dr. Wolfgang (Wiener Netze GmbH) Pöschmann, Mag. Gerhard (Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund) Wokrinek, Mag. Georg (NÖ Landesklinikenholding)	Österreichischer Städtebund Pointner, Mag. Wolfgang (Vergaberechterspezte) Verband kommunaler Unternehmen Österreichs (VKÖ) Schramm Öhler Rechtsanwälte

Stellungnahme zu den ökonomischen Auswirkungen der Einführung einer zwingenden Vergabe nach dem Bestbieterprinzip

o.Univ.-Prof. Dr. Stefan Bogner

In der parlamentarischen Enquete vom 11. November 2014 wurde darüber diskutiert, wie die Ziele der Sozialpartnerinitiative „Faire Vergaben“¹ bestmöglich erreicht werden können. Ein Anliegen der Initiative ist die durchgehende Verpflichtung zu Vergaben nach dem „Bestbieterprinzip“ im Oberschwellenbereich bzw. im Baubereich ab EUR 1 Mio Auftragswert.

Im Folgenden soll in einem ersten Schritt die ökonomische Vorteilhaftigkeit von Vergaben nach dem Bestbieterprinzip versus Vergaben nach dem Billigstbieterprinzip beurteilt werden. Anschließend werden gesondert die Mehrkosten des zwingenden Bestbieterprinzips einerseits hinsichtlich des Vergabeverfahrens selbst und andererseits hinsichtlich der zu beschaffenden Leistung beleuchtet. Am Ende dieser Stellungnahme steht eine zusammenfassende Würdigung der Einführung einer zwingenden Vergabe nach dem Bestbieterprinzip.

1 Zur ökonomischen Vorteilhaftigkeit von Vergaben nach dem Bestbieterprinzip im Vergleich zu Vergaben nach dem Billigstbieterprinzip

Dem Billigstbieterprinzip ist bei eindeutiger Definition der zu beschaffenden Leistung selbstverständlich der Vorzug zu geben. Diese Definition der zu beschaffenden Leistung wird in aller Regel eine Vielzahl von Kriterien und Dimensionen umfassen und wird auch qualitative, ökologische, innovative und soziale Kriterien beinhalten.

Erst wenn die Leistung nicht eindeutig definiert werden kann bzw. soll, muss man auf das Bestbieterprinzip zurückgreifen. Durch das Bestbieterprinzip wird es möglich, unterschiedliche Zielerreichungsgrade bei einzelnen Leistungskriterien zu ermöglichen und über ein ausgeklügeltes Bestbieterermittlungsschema vergleichbar bzw. beurteilbar zu machen.

Die Anwendung des Bestbieterprinzips wird umso komplexer, je größer die Informationsasymmetrie zwischen Auftraggeber und Bieter ist. Die Informationsasymmetrie wird grundsätzlich in allen Phasen der Auftragsvergabe und Auftragsdurchführung Bestand haben. Auch ist von einem opportunistischen Verhalten auszugehen, wo sämtliche Akteure in einem Auftragsvergabeverfahren Informationsasymmetrien zu ihren Gunsten auszunutzen versuchen werden.

Jedes Vergabeverfahren hat zu Beginn daher alles zu unternehmen um Informationsasymmetrien möglichst gering zu halten. Die Erweiterung der Leistungskriterien macht die Leistungserbringung selbst sowie die Angebotsleistung komplexer und fördert damit direkt die Informationsasymmetrie zwischen Auftraggeber und Bieter. Dies soll kurz an einigen Beispielen demonstriert werden:

- Ist nicht allein die fertiggestellte Leistung relevant, sondern auch die Art der Leistungserbringung, erwachsen allein für den Auftraggeber zusätzliche Aufgaben in der Beurteilung der Art der Leistungserbringung, in der relativen Gewichtung der Art der Leistungserbringung zu anderen Kriterien und schließlich in der Überprüfung der Einhaltung der Art der Leistungserbringung.

¹

Siehe www.faire-vergaben.at.

- Lebenszykluskostenmodelle sind ohne jeden Zweifel ökonomisch sinnvoll. Es sind nicht allein die Errichtungskosten eines Bauwerks sondern auch die Folgekosten durch Betrieb und Instandhaltung in die Angebotsbeurteilung einzubeziehen. Eine faire Umsetzung der Vergabe fordert aber, dass die angebotenen Folgekosten über den gesamten Lebenszyklus garantiert werden. Dies ist in aller Regel, wenn überhaupt, nur bei Großunternehmen glaubhaft.
- Spezifikationsmängel in der Beschreibung der zu erbringenden Leistung werden klarerweise nicht durch zusätzliche Leistungskriterien behoben oder reduziert, sondern vielmehr gesteigert. Diesbezüglich können einzig und allein Anreizmechanismen in der Vertragsgestaltung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer Abhilfe schaffen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Vergaben nach dem Bestbieterprinzip die Komplexität erhöhen und damit die Konsequenzen von Informationsasymmetrien verstärken.

Nachfolgend werden im Detail die Mehrkosten des zwingenden Bestbieterprinzips einerseits hinsichtlich des Vergabeverfahrens selbst und andererseits hinsichtlich der zu beschaffenden Leistung beleuchtet.

2 Zu den Mehrkosten im Vergabeverfahren

Die Mehrkosten des zwingenden Bestbieterprinzips im Vergabeverfahren können wie folgt berechnet werden:

In der PWC Studie „Public procurement in Europe - Cost and effectiveness“ (2011)² wurde u.a. der Personalaufwand für öffentliche Vergabeverfahren in den einzelnen Mitgliedstaaten und bezogen auf unterschiedliche Varianten des Vergabeverfahrens/ Zuschlagsschemas analysiert. Es wurden Antworten von EU-weit über 5500 öffentliche Auftraggebern und über 1800 Unternehmen ausgewertet.³

Laut dieser Studie⁴ beträgt (bezogen auf den Personaleinsatz) der Mehraufwand bei Durchführung einer Vergabe nach dem Bestbieterprinzip 15% beim Auftraggeber (23 statt 20 Arbeitstage) und 21,4% bei jedem Auftragnehmer (17 statt 14 Arbeitstage). Da sich laut Studie im Durchschnitt 5,7 Bieter an jedem Bestbieterverfahren beteiligen, beträgt der aggregierte Personalmehraufwand bei Auftraggeber und Bietern 42% (120 statt 84 Arbeitstage).⁵

Zugleich kommt diese Studie zu dem Schluss, dass die Kosten der öffentlichen Beschaffung (allein Personalaufwand) in Österreich 1,9% des Beschaffungsvolumens betragen.⁶

Wie eine seitens des BMWFJ durchgeführte Untersuchung zeigt, kann in Österreich von einem kommerziellen öffentlichen Beschaffungsvolumen von 40 Mrd. Euro oder etwa 14 % des BIP ausgegangen werden.⁷

² Abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/cost-effectiveness_en.pdf.

³ PWC (2011) S. 4.

⁴ PWC (2011) S. 78.

⁵ In PWC (2011) wird davon ausgegangen, dass im Rahmen einer Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip im Durchschnitt lediglich 4,6 Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Geht man in beiden Verfahren von 5,7 Bietern aus, beträgt der Mehraufwand 20%.

⁶ PWC (2011) S. 90.

Selbst dann, wenn man annimmt, dass nur 20% des Gesamtbeschaffungsvolumens in Österreich von der Gesetzesänderung betroffen sind (weil schon heute eine Vielzahl von Vergaben nach dem Bestbieterprinzip erfolgt und das zwingende „Bestbieterprinzip auf den Oberschwellenbereich bzw im Baubereich auf Vergaben über EUR 1 Mio eingeschränkt ist), so ergibt dies einen jährlichen Mehraufwand von knapp EUR 64 Mio (allein Personalaufwand).

öffentliches Beschaffungsvolumen in EUR	40.000.000.000
Anteil Beschaffungskosten am öffentlichen Beschaffungsvolumen	1,9%
Beschaffungskosten in EUR	760.000.000
Angenommener Anteil betroffener Billigstbietervergaben	20%
Mehraufwand	42%
Mehraufwand in EUR	63.840.000

Im Teilbereich der öffentlichen Bauwirtschaft (Gesamtvolumen EUR 5,8 Mrd laut Statistik Austria Dezember 2013) wäre auf Basis der Daten der PWC-Studie⁸ ausgehend von der Annahme, dass dort ca 80% der Vergaben betroffen wären⁹ (im Baubereich wird sehr häufig ausschließlich nach dem Preis vergeben) von jährlichen Mehrkosten (allein Personalaufwand) von ca EUR 21 Mio auszugehen.

Dies ist wohlgemerkt nur der Personalmehraufwand für Auftraggeber und Bieter, ohne Berücksichtigung der durch Einsprüche verursachten Mehrkosten (Verzögerungen, Gerichtsgebühren, Rechtsanwaltskosten, etc). Da eine Aufstockung des Personals nicht möglich ist, ist zu befürchten, dass dieser Mehraufwand zu einer Ressourcenverschiebung führen wird, sodass etwa bei Formulierung der Eignungsanforderungen, oder der Angebots- und Preisprüfung, die allesamt zur Erreichung der Ziele der fairen Vergabe wesentlich besser geeignet sind, gespart werden muss oder Vergabeverfahren zukünftig länger dauern.

Zu beachten ist schließlich, dass laut der PWC-Studie in Österreich bereits heute

- der Personalaufwand mit 1,9% deutlich über dem EU Durchschnitt von 1,4% des Beschaffungsvolumens liegt¹⁰ und
- die durchschnittliche Vergabeverfahrensdauer mit 124 Tagen um 15% über dem EU-Durchschnitt von 108 Tagen liegt.¹¹

Es ist zu befürchten, dass sich aufgrund des erwiesenen Mehraufwandes beim Bestbieterprinzip Österreich in diesen Werten sich gegenüber den anderen Mitgliedstaaten weiter

⁷ Clement, W./ Walter, E. (2010), „Innovationsfördernde öffentliche Beschaffung in Österreich“ Fo-reeee Studie. (im Auftrag des BMWFJ). Wien., s.: www.bmwfj.gv.at/ForschungUndInnovation/InnovationsUndTechnologiepolitik/Documents/Studie%20IÖB%20in%20Österreich.pdf

⁸ Im Baubereich ist der Anteil der Beschaffungskosten am Beschaffungsvolumen geringer, hier wären für Österreich von 1,085% auszugehen.

⁹ Der Anteil der Vergaben ausschließlich nach dem Preis ist im Baubereich wesentlich höher (bei 70 bis 90%) anzusiedeln.

¹⁰ Seite 90.

¹¹ Seite 105.

verschlechtern wird und dass Investitionen durch die auftretenden Verzögerungen im Beschaffungsprozess noch später getätigt werden.

Zusätzlich anfallende Kosten reduzieren bei gegebenem öffentlichen Beschaffungsbudgets die zukünftigen Investitionsvolumina. Die Effekte sinkender Beschaffungsbudgets werden damit verstärkt.

3 Auswirkungen auf den Preis der zu beschaffenden Leistung (Praxisbeispiel)

Zuschlagskriterien wurden im EU-Vergaberecht vorgesehen, um dem Auftraggeber eine differenzierte Bewertung von Angeboten zu ermöglichen und zwar bezüglich der Qualität der angebotenen Leistung (nicht des anbietenden Unternehmens). Diese Qualitätsbewertung steht im unmittelbaren Zusammenwirken mit der Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung. D.h., wenn der Auftraggeber die Leistung exakt beschreibt und keine andere (bessere) Leistung möchte, würde er mit Zuschlagskriterien in jenem Maß unwirtschaftlich beschaffen, in dem er die Wertigkeit des Preises zugunsten anderer Zuschlagskriterien reduziert. Nur wenn der Auftraggeber die Leistung nicht genau beschreiben kann (beispielsweise bei geistigen Leistungen wie Planungsaufträge) oder einen hinsichtlich der Qualität der Leistung offenen Wettbewerb haben möchte, wird er zu über den Preis hinausgehenden Zuschlagskriterien greifen. In diesen Fällen ist die Anwendung der Zuschlagskriterien aber auch gerechtfertigt, da der Auftraggeber bereit ist, die höhere Qualität zu einem höheren Preis einzukaufen.

Die Anforderungen an Zuschlagskriterien sind sehr hoch. Im Baubereich kommen etwa laut der Initiative Faire Vergabe in Frage:

- besondere Erfahrungen des Schlüsselpersonals (Bauleiter)
- Umsetzungskonzept (Projektaufbau- und -ablauforganisation, Termin- und Ressourcenpläne, Qualitätssicherungskonzept)

Wenn verlangt wird, dass diesen Kriterien ein wesentliches Gewicht beigemessen wird („Feigenblattkriterien“ sind verboten), dann wird dies in der Praxis Folgendes bewirken. Dies soll an einem einfachen Beispiel demonstriert werden:

Beispiel: Bauprojekt EUR 100 Mio (kleines Krankenhaus): Zuschlagskriterien: 70% Preis, 30% Qualität (15% Qualität des Bauleiters, 15% Qualität des Umsetzungskonzeptes).

Wenn bei 2 Bietern ein Bieter nur die Hälfte der Qualitätspunkte erhält, der andere hingegen die vollen Qualitätspunkte, dann kann der Bieter mit den vollen Qualitätspunkten um 20 Mio EUR teurer anbieten, d.h. der bessere Bauleiter ist 10 Mio EUR wert, das bessere Umsetzungskonzept ebenfalls 10 Mio EUR.

	Preis in Mio EUR	Punkte			Summe
		Preis ¹²	Bauleiter	Umsetzungskonzept	
Bieter 1	120	56	15,0	15,0	86
Bieter 2	100	70	7,5	7,5	85

¹²

Punkte = (2 - Preis zu bewertendes Angebot / Preis geringstes Angebot) × 70

Das Beispiel zeigt: Zuschlagskriterien kosten Geld. Daher soll der Auftraggeber (der den Prinzipien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet ist) neben dem Preis nur dann zusätzliche Zuschlagskriterien vorsehen, wenn ihm diese auch tatsächlich einen Mehrwert („value for money“) bringen. In der Praxis wurden viele sinnvolle Kriterien entwickelt, wobei man zwischen qualitativen, ökologischen, innovativen und sozialen Zuschlagskriterien unterscheiden kann. Es ist jedoch immer im Einzelfall (im Hinblick auf den konkreten Auftrag, das verfügbare Budget und die von einem öffentlichen Auftraggeber zu verfolgenden Ziele) zu ermitteln, ob und wenn ja, welche Zuschlagskriterien im Einzelfall sinnvoll sind. Es muss dem einzelnen öffentlichen Auftraggeber (der selbst gegenüber seinen Mitgliedern, Wählern etc verantwortlich ist) überlassen bleiben, ob und welche Zuschlagskriterien er wählt. Im Falle eines zwingenden Bestbieterprinzips mit „Feigenblattverbot“ muss hingegen der Auftraggeber mit einer Mindestgewichtung (zB zwischen 20-30%) Zuschlagskriterien vorsehen, die

- er ohne diesen Zwang nicht vorsehen würde,
- im konkreten Fall uU nicht sinnvoll sind,
- die Angebotspreise deutlich erhöhen können und
- die Bieter, die diese Kriterien nicht erfüllen können, umso mehr ins Preisdumping zwingen um Punkteverluste bei den Qualitätskriterien zu kompensieren.

4 Ergebnis

Folgende Konsequenzen und Gefahren bei einer verpflichteten Einführung einer Vergabe nach dem Bestbieterprinzip konnten herausgearbeitet werden:

- Vergaben nach dem Bestbieterprinzip werden komplexer und verstärken Konsequenzen von Informationsasymmetrien.
- Zusätzliche Leistungskriterien führen beim Auftraggeber zu zusätzlichen Aufgaben in der Beurteilung, der relativen Gewichtung und in der Überprüfung der Erfüllung dieser Kriterien.
- Lebenszykluskostenmodelle im Rahmen von Vergaben nach dem Bestbieterprinzip können gerade Klein- und Mittelbetriebe ausschließen, wenn Kosten über den gesamten Lebenszyklus zu garantieren sind.
- Spezifikationsmängel in der zu erbringenden Leistung werden gerade nicht durch zusätzliche Leistungskriterien behoben.
- Zusätzliche Leistungskriterien bei Vergaben nach dem Bestbieterprinzip erhöhen das Anfechtungsrisiko (z.B. unterschiedliche Sichtweisen zur Qualität des Umsetzungskonzeptes)
- Bei Bietern und Auftraggeber führen Vergaben nach dem Bestbieterprinzip zu einem erheblichen Mehraufwand.
- Der Mehraufwand bei Personal für eine Vergabe nach dem Bestbieterprinzip beträgt für Auftraggeber und Bieter gemeinsam 42 % (120 statt 84 Arbeitstage).
- Wenn lediglich 20% der bisherigen „Billigstbietervergaben“ vom neuen zwingenden Bestbieterprinzip erfasst werden, sind Mehrkosten allein beim Personalaufwand von EUR 64 Mio zu erwarten.
- Es ist zu erwarten, dass der Mehraufwand zu einer Ressourcenverschiebung führen wird, den Beschaffungsprozess weiter verzögert, volkswirtschaftlich sinnvolle In-

vestitionen später in Angriff genommen werden und Investitionsvolumina zurückgehen.

- Zusätzliche Leistungs (Zuschlags)kriterien werden die Angebotspreise erhöhen, wenn Auftraggeber im Falle eines zwingenden Bestbieterprinzips mit „Feigenblattverbot“ dazu verpflichtet sind, Qualitätskriterien mit einer Mindestgewichtung zwischen 20% und 30% zu berücksichtigen.
- Sinnvolle Qualitätskriterien konnten schon im bestehenden Vergaberecht Berücksichtigung finden. Zusätzliche Kriterien, die nur unter Zwang berücksichtigt werden, führen zu Mehrkosten und Vergaben verstoßen gegen die Prinzipien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.
- Bieter, die zusätzliche Leistungskriterien schlechter erfüllen, kommen beim anzubietenden Preis weiter unter Druck und werden noch stärker zum Preisdumping gezwungen.

Ein zwingendes Bestbieterprinzip führt nicht zu einer fairen Vergabe. Vielmehr ist zu erwarten, dass sich die Vergabeverfahren wesentlich verteuern und die Angebotspreise steigen werden. Es wird daher empfohlen, alternative Maßnahmen zu prüfen bzw. zu entwickeln um die wichtigen und volkswirtschaftlich sinnvollen Ziele der Initiative Faire Vergaben tatsächlich zu erreichen.