



Vergaberecht Bestbieter light

Das neue Bundesvergabegesetz 2017 bringt eine Reihe von signifikanten Änderungen, etwa neue Verfahrensarten wie Innovationspartnerschaften, neue Ausnahmetatbestände und Ausschlussgründe bei erheblichen oder dauerhaften Mängeln bei Voraufträgen. Wer sich eine Stärkung des Bestbieterprinzips erhofft hat, wird aber enttäuscht.

Text: Sabine Müller-Hofstetter

Vieles sei gut gemeint, aber nicht gut gemacht, lautet das Urteil von Strabag-Chef Thomas Birtel zum vorliegenden Entwurf des neuen Bundesvergabegesetzes. Mit seiner Meinung ist er bestimmt nicht allein, denn wer sich eine Stärkung des mit der Novelle 2015 eingeführten Bestbieterprinzips erhofft hat, wird jedenfalls enttäuscht. So entfällt etwa für Sektorenauftraggeber, also öffentliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser oder Verkehr, die Verpflichtung zum Bestbieterprinzip.

Anfang April ist die Begutachtungsfrist abgelaufen, die rund 75 eingelangten Stellungnahmen – nachzulesen auf der Parlamentshomepage www.parlament.gv.at unter dem Stichwort Vergaberechtsreformgesetz 2017 (292/ME) – müssen bis 16. Mai eingearbeitet werden, soll das Gesetz im Herbst 2017 in Kraft treten. Aufgrund der Vielzahl der erforderlichen Adaptionen handelt es sich jedenfalls um eine Totalrevision und nicht um eine Einzelnovellierung, wie Heid festhält. Umgesetzt werden damit längst fällige EU-Richtlinien aus dem Jahr 2014, denn seit Mai 2016 läuft wegen der Säumigkeit gegen Österreich bereits ein Vertragsverletzungsverfahren.

Auch wenn Heid nicht ganz so pessimistisch gegenüber dem neuen Entwurf ist wie manche im Parlament eingelangte Stel-

lungnahme vermuten lässt, so vermisst der Jurist prinzipiell „detailliertere Klarstellungen im Gesetzestext, die äußerst hilfreich gewesen wären“, um Abgrenzungen und Streitfälle im Vorhinein zu vermeiden.

Ein wesentlicher Bestandteil des BVergG 2017 ist die Verpflichtung zur elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren (Stichwort „e-Vergabe“). Die EU-Richtlinie sieht vor, dass bereits ab 2017 zentrale Beschaffungsstellen im Oberschwellenbereich, ab Oktober 2018 alle öffentlichen Auftraggeber im Oberschwellenbereich papierlos aus-schreiben. „Wir raten daher dringend, sich mit dem Prozedere diverser Vergabeplattformen auseinanderzusetzen“, mahnt Heid.

Voraussichtliche Änderungen

Vorab: Das Bundesvergabegesetz 2017 enthält zu einigen Begriffen, beispielsweise dem Subunternehmer oder der Nebenbeschaffungstätigkeit, neue Definitionen.

Zu den zentralen Neuerungen im BVergG 2017 zählen neue Bestimmungen zu öffentlich-öffentlichen Kooperationen und **In-House-Vergaben**, wodurch solche Vergaben unter bestimmten Umständen nicht nach dem Bundesvergabegesetz ausgeschrieben werden müssen. Um der Globalisierung Rechnung zu tragen, wurden auch

Regelungen eingeführt, um eine **gemeinsame, grenzüberschreitende Auftragsvergabe** mehrerer öffentlicher Auftraggeber, aber auch die gemeinsame grenzüberschreitende Beschaffung zu erleichtern.

Die Liste der Ausnahmetatbestände wurde erweitert. So sind bestimmte Rechtsanwaltsdienstleistungen vom Anwendungsbereich ausgenommen, interessanterweise auch Dienstleistungen im Rahmen politischer Kampagnen – eine genaue Definition, was darunter zu verstehen ist, fehlt aber.

Als problematisch schätzt Heid die neuen Bestimmungen hinsichtlich der „**vorherigen Markterkundung**“ ein, die explizit zulässig sind und die Einholung von Informationen durch potenziell interessierte Unternehmen erlauben. Allerdings gibt es einmal mehr keine klare Regelungen, wie viele Unternehmen beispielsweise zu Gesprächen vorab eingeladen werden müssen.

Völlig neu ist die „Pflicht zu Maßnahmen bei Interessenskonflikten“, wonach der Auftraggeber geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von sich bei der Durchführung von Vergabeverfahren ergebenden Interessenkonflikten treffen muss. In einem kleinen Land wie Österreich, wo jeder jeden kennt, wird ein derartiges Compliance-System schwierig umzusetzen sein. Jedenfalls zwingt diese Regelung den Auftraggeber dazu, aktiv nach der Befangenheit aller mit der Vergabe involvierten Personen zu fragen.

Unter dem Stichwort „vereinfachte Verfahrensarten“ wurden die **Voraussetzungen für das „Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung“ stark gelockert**. Einheitlich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge soll diese Verfahrensart zukünftig immer dann zulässig sein, wenn aufgrund der Komplexität Verhandlungen nötig sind oder wenn auch konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst sind. Nicht mehr enthalten als Anwendungsbereich ist der Begriff der „geistigen Dienstleistungen“, was zu einer Vielzahl an Einwendungen geführt hat und eventuell noch zu Änderungen des Entwurfs führen wird. **Denn es ist unbestritten, dass geistige Dienstleistungen, die gerade im Planungsbereich eine wichtige Rolle spielen**, in der Regel im Verhandlungsverfahren zu vergeben sind. Da sich dies aber nur aus der Gesamtregelung heraus interpretieren lässt, befürchten Experten, dass für die Vergabe geistiger Dienstleistungen in Zukunft unsachlicher Weise andere Verfah-

rensarten gewählt werden könnten (siehe dazu auch Kommentar auf Seite 10).

Beim Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gibt es **Verschärfungen in der Beweislast**, die in der Praxis großen Arbeitsaufwand bedeuten oder wie es Jurist Heid ausdrückt: „Auftraggeber müssen sich einen Pullover mehr anziehen.“ Denn die bloße Behauptung, dass ein Auftrag nur vom bisherigen Auftragnehmer ausgeführt werden kann, reicht nicht aus. Zur Beweislast zählen „ernsthafte Nachforschungen“ auf europäischer Ebene und eine entsprechende Dokumentation.



Vergaberechtsexperte Stephan Heid

Mit der so genannten „**Innovationspartnerschaft**“ ist auch ein gänzlich neues **Vergabeverfahren hinzugekommen**. Wenn Bedarf nach einer innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistung besteht, die am Markt (noch) nicht verfügbar ist, so kann der AG Aufträge im Wege einer Innovationspartnerschaft zur Entwicklung eines Produktes mit anschließendem Erwerb vergeben. Dabei werden nach Bekanntmachung ausgewähl-

te geeignete Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach soll über den Auftragsinhalt (Entwicklung und anschließender Erwerb der daraus hervorgehenden Leistung) verhandelt werden.

Das BVerG 2017 sieht **neue Fristen, sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich und bei Direktvergabe** vor. Eine Verkürzung wird vor allem im Hinblick auf eventuell einzuholende Genehmigungen bei internationalen Konzernen als Hürde gesehen. Heid empfiehlt längere Fristen, um zu anständigen Angeboten zu kommen. Problematisch wird in diesem Zusammenhang auch gesehen, dass der AG beim Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung bereits in der 1. Stufe seine Mindestanforderungen mit Zuschlagskriterien bekanntgeben muss. Der Auftraggeber muss nun zu Beginn des Verfahrens Mindestvoraussetzungen festlegen. Im laufenden Verfahren dürfen Mindestvoraussetzungen und Zuschlagskriterien fortan nicht mehr verändert werden. Heid: „Hier bindet sich der AG unnötig früh.“

Beim Auftragnehmerkataster Österreich (der Vergabeplattform ANKÖ) gibt man den Hinweis, dass sich Unternehmer im Hinblick auf die verkürzten Mindestfristen auf raschere Vergabeverfahren einstellen und dazu auf die schnelle und flexible Bereitstellung der Eignungsnachweise Bedacht nehmen sollen. Besonders Unternehmer, die sich bislang ausschließlich an offenen Verfahren beteiligt haben, sollten sich mit den Besonderheiten des Verhandlungsverfahrens vertraut machen, da dieses zukünftig verstärkt zur Anwendung kommen wird.

Ausschlussgründe verschärft

Zusätzlich zu den bisher festgelegten Ausschlussgründen sind Unternehmen wie bereits erwähnt auch bei Vorliegen potenzieller Interessenskonflikte zwischen ihnen und dem Auftraggeber vom Vergabeverfahren auszuschließen. Bieter sind aber bereits dann auszuschließen, wenn der Auftraggeber über „hinreichend plausible Anhaltspunkte für wettbewerbswidrige Abreden“ verfügt. **Mit der „Schwarze-Schafe-Klausel“ wird die mangelhafte Erfüllung wesentlicher Anforderungen im Rahmen eines früheren Auftrages durch das Unternehmen als weiterer Ausschließungsgrund festgelegt**, dazu zählen etwa ein „Lieferungsausfall oder Leistungsausfall“ oder ein „Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt“. Auszuschließen sind auch Unternehmen, die versuchen, die Entscheidungsfindung des Auftraggebers zu beeinflussen, an vertrauliche Informationen zu gelangen oder fahrlässig irreführende Informationen an den Auftraggeber übermitteln.

Ein großes Thema der Novelle 2015, die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, wird im BVerG insofern weitergeführt, als dass Auftraggeber nunmehr dazu verpflichtet sind, nach der Zuschlagserteilung eines Bauauftrages (bzw. der Vergabe eines Loses eines Bauauftrages) mit einem Auftragswert von über 100.000 Euro auftragsbezogene Daten in die Baustellen-datenbank der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse einzupflegen. Dies und



Mieten
Kaufen
Service

WAS IMMER DU BRAUCHST ...
... du kriegst es! Von Profis für Profis.



- Baumaschinen
- Baugeräte
- Raumsysteme
- Fahrzeuge
- Werkzeuge
- Zubehör

Baustellentage:

11.05. – 12.05.2017 / Linz
18.05. – 19.05.2017 / Graz
08.06. – 09.06.2017 / Wien
22.06. – 23.06.2017 / Wolkersdorf
29.06. – 30.06.2017 / Wr. Neudorf

Kubota Tage:

06.09. – 08.09.2017 / Graz
13.09. – 15.09.2017 / Wr. Neudorf

hkl-baumaschinen.at

0800-44 555 44

hkl-baushop.at



eine Beschränkung der Subunternehmerkette seien ein wichtiger Schritt in Richtung „faire Arbeit“, wie GBH-Bundesvorsitzender Josef Muchitsch betont. „Mit verpflichtenden Eignungskriterien kann ein rechtskonformes ‚Sieb‘ geschaffen werden, durch welches nicht geeignete und dubiose Firmen von der Angebotslegung ausgeschlossen werden“, ergänzt Muchitsch.

Das ebenfalls mit der Novelle 2015 eingeführte Bestbieterprinzip wird neu definiert, böse Zungen behaupten „ausgehöhlt“. Erwähnt wurde bereits die Ausnahme für Sektorenauftraggeber. Zwingend ist das Bestbieterprinzip nur mehr in sechs Fällen:

- Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 vergeben werden sollen;
- im Wesentlichen funktionale Leistungsbeschreibung;
- Bauaufträge ab 1 Mio. Euro;
- Reinigungs- und Bewachungs-DL;
- wettbewerblicher Dialog;
- Innovationspartnerschaft.

Der Bestbieter kann laut BVerG 2017 nach zwei Varianten ermittelt werden: Der „klassische“ Weg, neben dem Preis

noch ein weiteres Zuschlagskriterium vorzusehen oder anhand eines Kostenmodells das beste Preis/Leistungsverhältnis zu ermitteln. Obwohl beim Kostenmodell ausschließlich Kostenfaktoren ermittelt und bewertet werden und keinerlei Qualitätskriterien eine Rolle spielen, gilt dies dem Gesetz nach als Bestbieterprinzip. Hierbei erhält das Angebot mit den niedrigsten Kosten den Zuschlag, im Unterschied zum Billigstbieterprinzip, bei dem der niedrigste (Anschaffungs-)Preis den Zuschlag erhält.

Bei der Ermittlung des Bestbieters durch ein Kostenmodell werden (z. B. aufgrund einer Lebenszykluskosten-Berechnung) vom Auftraggeber festgelegte interne Kosten (wie Anschaffung, Wartung, Nutzung, Entsorgung) oder auch externe Kosten (z. B. externe Effekte der Umweltbelastung) bewertet. Die Methoden für die Bewertung von externen Effekten können auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene festgelegt werden und müssen objektiv und nicht diskriminierend sein. Eine verbindliche Festlegung für Modelle der Lebenszykluskostenberechnung soll auf EU-Ebene vorgenommen werden, derzeit gibt es diese aber noch nicht.

Das Los zählt, nicht das Gewerk

An anderer Stelle treten mit dem BVerG 2017 Regelungen in Kraft, die ganz und gar nicht KMU-freundlich sind. Die vergaberechtlichen Regelungen zur Berechnung des Auftragswerts sind hier von zentraler Bedeutung.

Im Entwurf zum BVerG 2017 ist vorgesehen, dass bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Dienstleistungsaufträgen alle zum Vorhaben gehörigen Leistungen zusammenzurechnen sind. **Die bisherige Einschränkung der Zusammenrechnungspflicht auf Lose mit „gleichartigen Dienstleistungen“ entfällt** (§ 16 Abs 4). Von dieser Zusammenrechnungspflicht wären zukünftig bei einem Planungsauftrag nicht nur alle (Fach)Planungsleistungen umfasst, sondern auch alle begleitenden Dienstleistungen und Baubetreuungsleistungen.

Diese Berechnungsmethode würde in der Praxis wohl dazu führen, dass kaum mehr Aufträge im Unterschwellenbereich abgewickelt werden können, da auch bei kleinen Projekten sehr schnell der für Dienstleistungsaufträge niedrige

GASTKOMMENTAR JOHANNES ZEININGER

Seit Bestehen der IG-Architektur wird die Stellung von geistigen Leistungen im volkswirtschaftlichen Kontext einer Wissensgesellschaft diskutiert und kommentiert. Die aktuelle wirtschaftspolitische Diskussion zur Abwägung von Billigstbieter- und Bestbieterprinzip in der Sach- und Dienstleistungsproduktion ist aus dieser Sicht vor allem eine medial interessenspolitische der beteiligten Gruppen. Dabei wird argumentiert, dass Leistungen, die bereits bisher zum Ausschreibungszeitpunkt bis ins letzte Detail durch Zulassungskriterien, Vorbemerkungen, zwingend zu erfüllende Qualitätskriterien und konkrete positionsweise Leistungsbeschreibungen definiert werden können, nicht nach dem Billigstpreisprinzip ausgeschrieben werden können. Realpolitische Themen wie Preisdumping, Sozialbetrug, freier Wettbewerb ohne Rücksicht auf regionale oder branchenspezifische Bestandssituationen lassen nach dem Bestbieterprinzip auch für diese Leistungen rufen. Was dabei nicht erwähnt wird ist, dass all diese unerwünschten Folgeerscheinungen genauso durch entsprechende Vorbedingungen in Leistungsbeschreibungen

verbindlich aufgenommen werden können. Bei entsprechender Prüfung sind solche Kriterien für die Zulassung oder Ausscheidung von Angeboten zu bewerten und führen zu klaren Ergebnissen. Die Gesamtheit der Leistung kann dabei zum Zeitpunkt der Beauftragung im vollen, inhaltlichen Umfang definiert werden. Damit ist der billigste Bieter, der sämtliche Vorgaben erfüllt, auch mit dem Zuschlag zu versehen.

Ein Bestbieterprinzip in diesem Kontext würde argumentieren, dass bei Sach- und Dienstleistungen die Angebote eigentlich nicht direkt verglichen werden können und nur bei juryartigen Verhandlungen ein Bestbieter auserkoren werden kann. Dabei entsteht viel Spielraum für Interpretationen und Einflussnahmen, die bei exakt beschriebenen Leistungsanforderungen nicht notwendig sind. Als gelernter Marktteilnehmer wissen wir, wie gewichtige Wettbewerber sich in diesem Umfeld besonders gut ins Licht zu rücken verstehen und diesen Vorteil zu nutzen wissen.

Es ist daher eine klare inhaltliche Trennung von Bestbieter- und Billigstbieter-



Johannes Zeininger ist Architekt in Wien (www.zeininger.at), Mitglied der IG-Architektur und Lektor an der FH Campus Wien

prinzip, begründet durch die jeweilige Aufgabenstellung, weiterhin anzustreben.

■ Ist die zu erbringende Leistung und deren Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt der Beauftragung klar definierbar → Billigstbieterprinzip.

■ Ist die zu erbringende Leistung zum Zeitpunkt der Beauftragung noch nicht als konkretes Produkt definierbar → Bestbieterprinzip.

Es wird aus Sicht von geistigen Dienstleistungsunternehmen daher die aktuelle Diskussion zum sozial- und wirtschaftspolitischen Nutzen des Bestbieterprinzips in die falsche Richtung geführt.



Rudolf Kolbe, Christian Aulinger befürchten, dass auch kleinere Projekte in Zukunft EU-weit ausgeschrieben werden müssen

Schwellenwert überschritten ist. Bisher wurden alle Leistungen, die bei einem Planungsvorhaben getrennt vergeben werden – etwa Verfahrensorganisation, Sachverständigengutachten, Projektsteuerung, Architektur- und Fachplanung oder Bauaufsicht – auch für die Schätzung des Auftragswertes getrennt betrachtet, erklärt der Vizepräsident der Bundes-Ziviltechnikerkammer Rudolf Kolbe. Da es sich um eine Vielzahl von kleineren Aufträgen handelt, profitieren besonders regionale KMU von diesen Projekten. Kolbe: „Nun müssen

alle diese Dienstleistungen zusammengezählt werden. Dadurch werden auch kleinere Projekte wie die Erweiterung eines Kindergartens, der Umbau einer Schule oder eine Straßensanierung künftig nicht mehr nur in Österreich, sondern EU-weit ausgeschrieben.“

Das führt aufgrund der komplexeren Vergabeverfahren und erhöhter Formvorschriften zu einem hohen Mehraufwand für Gemeinden und Bieter. „Auch die Möglichkeit für Unternehmen, sich überhaupt für den Auftrag bewerben zu können, wird dadurch unnötig erschwert“, kritisiert Kolbe. Obwohl der Auftrag derselbe bleibt und sich nur die Berechnung ändert, werden anhand der dann kumulierten Auftragssummen auch wesentlich höhere Anforderungen an die Bieter (beispielsweise erhöhter Jahresumsatz etc.) gestellt. **Diese Berechnungsmethode führt letztendlich dazu, dass KMU ins Hintertreffen geraten und die regionale Wirtschaft geschädigt wird.**

Die Bundeskammer ersucht in ihrer Stellungnahme zum Entwurf daher dringend, von der beabsichtigten Änderung im

BVergG 2017 abzusehen, für die Schätzung des Auftragswertes von Dienstleistungsaufträgen die Zusammenrechnungspflicht in § 16 Abs 4 wie bisher auf gleichartige Lose zu beschränken und allfällige Klarstellungen in den Erläuterungen vorzunehmen.

Grundsätzlich sollte die Novelle die Qualität bei öffentlichen Vergaben stärken, stattdessen wird sie zum Nachteil der heimischen Wirtschaft. „Mit dem Entwurf zum Bundesvergabegesetz hat die Bundesregierung den heimischen KMU ein trojanisches Pferd vor die Tür gestellt“, ist Christian Aulinger, Präsident der Bundes-Ziviltechnikerkammer, überzeugt. „Die EU-Richtlinie wurde klar mit der Intention der Förderung von KMU erlassen, aber davon ist in der österreichischen Umsetzung nichts zu spüren. Das neue Gesetz ist zudem außergewöhnlich kompliziert und mit 260 Seiten besonders umfangreich.“ Der Baubereich ist davon besonders stark betroffen, doch auch zahlreiche andere Branchen wie die Kreativwirtschaft, technische und wirtschaftliche Prüftätigkeiten oder Beratungsberufe müssen mit Verschlechterungen rechnen.



EIN FLAMMENDER APPELL FÜR STEINWOLLE

Vertrauen Sie bereits bei der Planung auf den vorbeugenden Brandschutz von ROCKWOOL Steinwolle. Bauen Sie auf die Sicherheit, die Ihnen unsere nichtbrennbaren Dämmstoffe bieten: Euroklasse A1, Schmelzpunkt > 1000 °C. Entscheiden Sie sich für das gute Gefühl, im Ernstfall alles zum Schutz von Menschen und Werten getan zu haben.

Übernehmen Sie beim Brandschutz die 1000°C-Verantwortung!



www.rockwool.at

