BAU

KALKULATION

Analyse der Bescheide des BVA vom 18. 6. 98, F 3/98-12 und vom 5. 7. 99, N 27/99-13

Erfolgt bei einer Ausschreibung die einem österreichischen Vergabegesetz unterliegt, der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip, dann sind in der Ausschreibung die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben (§29 Abs. 4 BVergG). Im Fachnormenausschuß Vergabewesen (FNA 018) des Österreichischen Normungsinstituts wurde im Zuge der Neufassung der Önorm A 2050 intensiv diskutiert, ob in der Ausschreibung auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien anzugeben ist. Dafür wurde argumentiert, daß im Sinne einer höheren Objektivität der Ausschreiber damit weniger Möglichkeit habe, die Angebotswertung zu „gestalten", als Gegenargument wurde eingebracht, daß insbesondere bei Ausschreibungen mit vielen Alternativangeboten oder bei funktionalen Ausschreibungen – oft erst nach Vorliegen der Angebote – eine sachliche Gewichtung natürlich immer unter Beachtung der gegebenen Reihenfolge sinnvoll angestellt werden könne. Schließlich nahm der FNA 018 von der Vorgabe der Gewichtung in der Ausschreibung Abstand. Zwei Bescheide des Bundesvergabeamtes aus den beiden letzten Jahren gehen in eine andere Richtung, weshalb sie hier diskutiert werden sollen.

Im ersten Bescheid stellte das BVA fest, daß die Vergabe der örtlichen Bauaufsicht nach dem Bestbieterprinzip unter bloßer Angabe der zwei Zuschlagskriterien
+ Qualifikation, Tätigkeitsnachweis gemäß Personaleinsatzerklärung, Funktion und Einsatzdauer des Personals,
+ Honorar
(Bedeutung in dieser Reihenfolge) nicht dem BVergG entspricht. Als Begründung wird angegeben (Zitierung aus „Connex" 10/98, S. 53): „Die aufgestellten Kriterien müssen jedoch geeignet sein, das dem Auftraggeber zustehende Beurteilungsermessen nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben und dürfen kein willkürliches Auswahlelement enthalten (vergleiche EuGH vom 20. 9. 88, Rs C31/87, Gebroeders Beentjes gegen Königreich der Niederlande, Randziffer 37). Die von der Auftraggeberin im vorliegenden Fall aufgestellten Zuschlagskriterien lassen jedoch nicht erkennen, welches Ausmaß an Bedeutung dem ersgenannten Kriterium (Qualifikation, Tätigkeitsnachweis gemäß Personaleinsatzerklärung, Funktion und Einsatzdauer des Personals) in Verhältnis zum zweitgenannten Kriterium (Honorar) zukommt. Auch mangels Angabe eines erforderlichen Mindestpersonalanteiles ist für den Bieter objektiv nicht erkennbar, wie sich etwa eine Kombination von geringerem Honorar und niedrigerem Personaleinsatz zu einer Kombination im Gegensatz zu einem hohen Personaleinsatz und hohem Honorar auf seine Chancen auswirken wird. Diese Unklarheit hätte der Auftraggeber etwa durch Gewichtung der beiden Kriterien mittels eines Punktesystems vermeiden können." Die „Handhabung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten" bedeutet zweierlei: Erstens steht dem Auftraggeber ein (nicht bestimmtes) Ermessen zu. Dies drückt sich beispielsweise in der Einordnung der zuschlagsrelevanten Merkmale des Angebotes/Bieters in ein Wertungsschema aus. Zum Beispiel wird die Wertung einer nicht erforderlichen, aber sehr nützlichen Spezialausbildung eines gewissen Personals immer einem gewissen Ermessen unterworfen sein.
Zweitens bedeutet die Handhabung nach objektiven Gesichtspunkten, daß für die Wertung objektive Aspekte heranzuziehen sind, d. h. ausschließlich Aspekte, die der Verschiedung der Entscheidung dienen, und die wesentlich dazu geeignet sind, die Güte und das Ausmaß der Erfüllung eines angegebenen Kriteriums zu beschreiben.
Daß die Kriterien kein willkürliches Auswahlelement enthalten dürfen, ist im gegebenen Zusammenhang selbstverständlich und braucht nicht weiter kommentiert zu werden.

Wie vorhersehbar muß für einen Bieter die Bestbieterermittlung sein?

Ein Beitrag von o. Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. Wolfgang Oberndorfer

2 Nr. 44 / 1999

Zur zwingenden Gewichtung der Zuschlagskriterien

EIN BEITRAG VON O. UNIV.-PROF. DIPL.-ING. DR. TECHN. WOLFGANG OBERNDORFER

Wie vorhersehbar muß für einen Bieter die Bestbieterermittlung sein? Dieser Frage ging in der „Österreichischen Bau-Zeitung" Nr. 44/1999, Seite 2 ff., o. Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. Wolfgang Oberndorfer nach. Im Newsletter Nr. 5 und Nr. 6/2000 des TCA – Tender Club Austria beschäftigt sich ein Gastkommentator sehr ausführlich und gründlich mit der in der „Österreichischen Bau-Zeitung" publizierten Meinung des Autors, wobei der Kommentator zu der (für ihn als Mitglied der Geschäftsstelle der BVKK [Bundesvergabekontrollkommission] und des BVA [Bundesvergabeamtes] vorhersehbaren) Schlußfolgerung kommt, daß die Gewichtung der Zuschlagskriterien als Ergebnis einer teleologischen (= zweckhaften) Auslegung zwingend ist. Nachstehend eine Präzisierung und Differenzierung der Meinung von o. Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. techn. Wolfgang Oberndorfer.

Ein sorgfältiges Studium des Gastkommentars und – ergänzend – der einschlägigen BVA-Urteile und BVKK-Empfehlungen enthüllt drei Gründe für den angeblichen vergaberechtlichen Zwang der Angabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien.

Erstens sei nur mit der Angabe der Gewichtung die objektive Nachvollziehbarkeit gewährleistet. Dem ist entgegenzuhalten, daß Nachvollziehbarkeit kein mathematischer Begriff ist und nicht Nachrechenbarkeit bedeutet. In aller Regel wird sich aus der Angabe der Reihenfolge der Bedeutung der Zuschlagskriterien und der Befolgung des Sachlichkeitsgebotes leicht feststellen lassen, ob die der Bestbieterermittlung zu Grunde gelegte Gewichtung nachvollziehbar ist oder nicht.

(Wenn beispielsweise drei Kriterien in der Reihenfolge Preis – Folgekosten – Lehrlingsausbildung angegeben sind und diese dann 1 : 1 : 1 gewichtet werden, wird die Nachvollziehbarkeit wahrscheinlich nur unter einem dem Vergaberecht fremden Aspekt gegeben sein.)

Zweitens folge aus der Pflicht der Reihung die Pflicht des Auftraggebers, jedenfalls Angaben zur relativen Bedeutung der Kriterien im Verhältnis zueinander machen zu müssen. Diese Pflicht ergäbe sich daraus, daß es für die einzelnen Bieter ersichtlich sein müsse, inwieweit eine weniger gute Erfüllung eines Kriteriums durch eine bessere Erfüllung eines anderen Kriteriums ausgeglichen werden könne.

Die Bekanntgabe der Gewichtung der Kriterien entspräche dem Gedanken der Publizität besser als die Rangordnung. Dieses Argument wird apodiktisch in den Raum gesetzt, geht an der bewußten Nichtforderung einer zwingenden Gewichtung der Kriterien in BVergG und ÖNORM vorbei und mangels Nachvollziehbarkeit wird darauf nicht weiter eingegangen.

Drittens räume die bloße Angabe einer Rangordnung dem Auftraggeber einen kaum determinierbaren Ermessensspielraum ein. Dem ist entgegenzuhalten, daß angesichts des Ermessensspielraumes, der dem Auftraggeber zweifellos bei der Beurteilung der Erfüllung der Kriterien zusteht, und angesichts der obigen Ausführungen zu den Randbedingungen für die Nachvollziehbarkeit (vorgegebene Reihenfolge, Sachlichkeitsgebot) eine weitere Einengung grundsätzlich nicht notwendig, in manchen Fällen, wie unten gezeigt wird, jedoch sinnvoll ist.

(Der guten Ordnung halber wird zugegeben, daß die Planer in den Ausschreibungen tatsächlich viele Fehler machen [Vermischung Eignungs- und Zuschlagskriterien, unsinnige Reihen-

folge] und die Bestbieterermittlung tatsächlich oft alles andere als nachvollziehbar ist und daß der Spruchpraxis des BVA in Richtung einer stärkeren Reglementierung durchaus Verständnis entgegen gebracht werden kann.)
Zusammenfassend lassen sich also die beiden ersten Gründe für die zwingende Angabe einer Gewichtung aus bauwirtschaftlicher Sicht nicht rechtfertigen, während der 3. Grund durchaus beachtenswert ist. Das dahinter stehende Problem ist das Problem der Abgrenzung zwischen dem zulässigen Ermessensspielraum und der Inanspruchnahme einer unzulässigen Willkür des Auftraggebers.
Die Position des Autors wird nun hier aus bauwirtschaftlicher Sicht differenziert.
Vorausgeschickt wird, daß bei bekannter Spruchpraxis des BVA weder in der neuen A 2050, Ausgabe 1.3.2000, Pkt. 5.1.6, noch im Entwurf des BVergG 2000, § 55 Abs. (3), eine Gewichtung der Zuschlagskriterien ausdrücklich erwähnt wird.
Die Differenzierung erfolgt hinsichtlich der für die Bauwirtschaft relevanten, dem BVergG unterliegenden Leistungen in einer bauwirtschaftlichen Gliederung:
(1) Bauleistungen ausgeschrieben auf Basis einer konstruktiven Leistungsbeschreibung
(2) Bauleistungen ausgeschrieben auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung
(3) Geistig-schöpferische Dienstleistungen

Ad (1): Konstruktive Leistungsbeschreibung für Bauleistungen

In dem Zeitraum, in dem die derzeitigen Vergabekontrollorgane bei einer Vergabe nach dem Bestbieterprinzip die Anwendung von mindestens zwei Zuschlagskriterien, auch bei Verwendung einer konstruktiven Leistungsbeschreibung, zwingend vorschrieben, war es tatsächlich so, daß neben dem Preis ein vergabefremdes Kriterium als 2. Kriterium angegeben werden mußte und daß ohne Angabe einer Gewichtung der Auftraggeber durch eine im nachhinein festgelegte Gewichtung die Bestbieterermittlung beeinflussen hätte können. Das von ihm zu beachtende Gebot der Sachlichkeit und Verhältnismäßigkeit bei der Festlegung der Zuschlagskriterien reicht sicher nicht dazu aus, ihm z. B. zu verbieten, die Tatsache der Existenz einer Lehrlingsausbildung im Unternehmen eines Bieters mit 1 % oder 3 % zu gewichten und damit den preislich 1. oder 2. zum Bestbieter zu machen. Bei dieser Spruchpraxis machte die zwingende Gewichtung der Zuschlagskriterien Sinn.
Mit der authentischen Interpretation des FNA 018 zu A 2050, Ausgabe 1.3.2000, Pkt. 7.6 und mit dem Entwurf zu BVergG 2000, § 97 Abs. (2) ist obiges Erfordernis, welchem eine Verkennung des Wesens einer konstruktiven Leistungsbeschreibung zu Grunde lag, obsolet geworden.
Natürlich gibt es konstruktive Leistungsbeschreibungen in der Haustechnik und Gebäudeausrüstung, bei denen die Produktwahl der Bieter eine Auswirkung auf die Sicherheit, Folgekosten, Ersatzteilhaltung usw. haben kann. Hier ist selbstverständlich das Bestbieterprinzip sinnvoll. Bei derartigen Ausschreibungen liegt eine detaillierte Planung vor, der Auftraggeber weiß genau, was er will, und es besteht bei der vorauszusetzenden Problempenetration durch die Planung kein sachlicher Grund, die Festsetzung der Gewichtung als Ergebnis der Planung nicht schon vor der Ausschreibung durchzuführen. Dies gilt auch hinsichtlich etwaiger Alternativangebote, da diese dem Erfordernis der Gleichwertigkeit unterliegen. Die Angabe der Gewichtung der Kriterien bringt dem Bieter hinsichtlich der Ausarbeitung seines Angebotes wenig bis nichts, da er sein Angebot entsprechend den in seinem Unternehmen vorhandenen Kapazitäten und Know-how legt. Sie bringt ihm jedoch etwas hinsichtlich der Sicherheit, daß der Auftraggeber nicht durch Herumschrauben an den Gewichten das billigste Angebot oder das Angebot eines spezifischen Bieters zum Bestangebot macht. Zur Verhinderung derartiger Praktiken ist die Angabe der Gewichtung in der Ausschreibung geeignet. Für einen Auftraggeber, der die Gebote der Nachvollziehbarkeit und Transparenz beachtet, ist sie nicht erforderlich. Ob das Mißtrauen dem Auftraggeber gegenüber allein die zwingende Angabe der Gewichtung rechtfertigt, ist keine bauwirtschaftliche Frage, sondern eine Rechtsfrage.

Ad (2): Funktionale Leistungsbeschreibung für Bauleistungen

Insoweit die Ausführungen im Gastkommentar auf diese Art von Vergaben angewandt werden, liegen ihnen zwei grundsätzliche Mißverständnisse zu Grunde, die zunächst aufgeklärt werden, um dann zu den Konsequenzen zu kommen.
Das 1. Mißverständnis liegt darin, daß auch bei noch so sorgfältiger Vorbereitung einer funktionalen Leistungsbeschreibung Vorgaben unnötig detailliert sein können oder umgekehrt fehlen können. Der Grund liegt darin, daß bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung der Auftraggeber wesentlich weniger planen läßt und planen lassen muß (i. d. R. nur Planungsgrundlagen und Raum- und Funktionsprogramm im Hochbau bzw. Linienführung im Tiefbau) und daher der Projektpenetrationsgrad der Planung vergleichsweise gering ist. Die Festlegung von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung muß nicht, aber kann – angesichts der Unmöglichkeit, die Kreativität der Bieter vorherzusehen – dazu führen, daß nicht das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot das Bestangebot wird.
Das 2. Mißverständnis ist die dem Bieter unterschobene Grundtendenz, sein Angebot bestmöglich entsprechend den Bedürfnissen des Auftraggebers auszurichten. Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung versucht ein Bieter, sein Know-how, seine Kreativität, seine geistigen, personellen und materiellen Kapazitäten in einer derartigen Art und Weise dem Ausschreiber anzubieten, daß für beide größtmöglicher Nutzen entsteht. Eine weitgehende Detaillierung der Präferenzen, die w. o. ausgeführt sachlich nicht optimal sein müssen, hindert den Bieter an der Entfaltung seiner Ideen und überträgt eigentlich nur einen Planungsvorgang auf den Bieter zu dessen Kostennachteil.
Bei funktionalen Leistungsbeschreibungen tut also der Ausschreiber gut daran, den Bietern und sich selbst Freiräume einzuräumen, um die Kreativität der Ingenieure nicht abzuwürgen. Dies kann durch die Angabe sehr weniger Globalkriterien erreicht werden, die dann durchaus gewichtet werden können (weil die Bewertung i. W. über zahlreiche Unterkriterien erfolgt), wird aber nur in Ausnahmefällen möglich sein. (Es wird daran erinnert, daß die ARGE Reichsbrücke mit ihrem Angebot gegen die Ausschreibungsbestimmungen verstoßen hatte und trotzdem aus technischen und wirtschaftlichen Gründen den Auftrag erhielt. Es wird weiters daran erinnert, daß der Talübergang Schottwien als Stahltragwerk ausgeschrieben war und das Tragwerk in Spannbeton,

entgegen der Ausschreibung, errichtet wurde. Die Leser mögen dem Autor ersparen, weitere Beispiele von funktionalen Leistungsbeschreibungen, mit denen sich der Ausschreiber selber fesselte, anzuführen.)
Warum hier, bei Angabe der Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung, die bloße Tatsache, daß sie nicht gewichtet sind – in Hinblick auf eine sachlich begründbare und nachvollziehbare Flexibilität der Bewertung – eine „klassische Umgehung des Verbotes nachträglicher Abänderungen der Vorgaben" (wörtliches Zitat aus dem Gastkommentar) sein soll, ist nicht nachvollziehbar.
Bei funktionalen Ausschreibungen wird gerne auch die Nutzwertanalyse als Methode zur Bestbieterermittlung angewandt. In einer sehr oft verwendeten Vorgangsweise wird dabei der sog. Kosten-Nutzen-Quotient (entspricht inhaltlich einem Preis-Leistungs-Quotient) zur Ermittlung des Bestbieters berechnet. Bei einer zwingend vorgeschriebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien wäre diese wissenschaftlich anerkannte Methode in Österreich bei dieser Art der Vergabe nicht mehr einsetzbar. Es ist wohl selbstverständlich, daß eine Gesetzesinterpretation, mit der ohne nachvollziehbare Argumente der Einsatz wissenschaftlicher Methoden verhindert wird, von der Wissenschaft und Lehre bedingungslos abgelehnt wird.

Ad (3): Geistig-schöpferische Dienstleistungen

Die Bedenken des Autors hinsichtlich einer möglicherweise vermehrt spekulativen Gestaltung des Angebotes bei Kenntnis der Gewichtung der Zuschlagskriterien bezog sich auf diese Art von Leistungen. Die Ausführungen im Gastkommentar hiezu sind wenig dienlich, weil sie an einem auch vom Autor übersehenen Problem vorbeigehen. Es geht um das Problem, daß bei Angeboten für geistig-schöpferische Dienstleistungen mangelnde Voraussetzungen für die Erfüllung qualitativer Zuschlagskriterien manchmal durch einen niedrigeren Preis versucht werden auszugleichen.
Erstens ist davon auszugehen, daß Bieter, die so agieren wollen, dies unabhängig davon, ob die Kriterien gewichtet sind oder nicht, tun werden. In eine derartige spekulative Preisgestaltung gehen viele Überlegungen ein, sodaß die Angabe von Gewichtungen darauf einen eher geringen Einfluß hat.
Zweitens ist bei einer geistig-schöpferischen Leistung, deren Wesen ja ist, daß sie nicht beschreibbar ist, Qualität und Preis in einem sehr engen Zusammenhang.
Mangelnde Qualität der Planung, die eben oft mit einem niedrigen Preis einhergeht, führt zu schlechter Funktionserfüllung und unnötig hohen Herstellungs- und Nutzungskosten. Der wahre Bestbieter für eine geistig-schöpferische Leistung zeichnet sich aus ganzheitlicher Sicht dadurch aus, daß seine Planung dem Auftraggeber optimale Funktionserfüllung und minimale Lebenszykluskosten beschert. Und das hat seinen Preis. Im Sinne einer möglichst kostengünstigen Beschaffungspolitik wird dieser Aspekt gerne übersehen (oder überhaupt nicht verstanden), und der Auftraggeber wählt eine Gewichtung der Zuschlagskriterien, die den Billigsten zum Bestbieter macht. Da hier eine dem Sachlichkeitsgebot entsprechende Gewichtung der Kriterien eine (aus bauwirtschaftlicher Sicht) nicht begehbare Gratwanderung zwischen Ermessen und Willkür darstellt, macht im Sinne der Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidung eine zwingende Angabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien Sinn.
Zusammenfassend wird also festgehalten, daß die Angabe von Gewichtungen bei Vergabe von konstruktiv beschriebenen Leistungen und geistig-schöpferischen Leistungen, insoweit das Bestbieterprinzip angewandt wird, aus bauwirtschaftlicher Sicht Sinn macht. Bei Vergabe von funktional ausgeschriebenen Leistungen kann sie dann, wenn die im Angebot steckende kreative Idee wegen Sprengung der Kriterien nicht entsprechend bewertet werden kann, dazu führen, daß dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nicht der Zuschlag erteilt werden darf, was generell bewirkt, daß a) der Auftraggeber seine Beschaffungsbedürfnisse nicht mehr sachadäquat befriedigen kann und b) in der Privatwirtschaftsverwaltung der Gebietskörperschaften der Grundsatz der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verletzt werden könnte.
Die im eingangs zitierten TCA Gastkommentar vorgetragene teleologische Begründung ist ein Beispiel dafür, wie auf Grund einer Interpretation einer gesetzlichen Bestimmung eine Tatsachengrundlage (bauwirtschaftlicher Sachverhalt) postuliert wird, die gar nicht gegeben ist. ◆

BVergG 2000

Welche Änderungen bringt das im Entwurf vorliegende Gesetz für das Vergaberecht?

EIN BEITRAG VON DIPL.-ING. REINHOLD LINDNER, ABTEILUNG FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATION/DONAU-UNIVERSITÄT KREMS

Das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften in der Rechtssache C-81/98, Alcatel (im sogenannten Ökopunkteurteil hat der EuGH ausgesprochen, daß die dem Vertragsschluß vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich gemacht werden muß, in dem der Antragsteller unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsabschluß Schadenersatz zu erlangen, die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind), sowie die Neufassung der ÖNORM A 2050 aus 1993, die am 1. 3. 2000 in Kraft getreten ist und die Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 30. September 1999, daß der § 6 Abs. 1 Z 1 des BVergG 1993, BGBl. Nr. 462/1993 verfassungswidrig war, und daß der gleichlautende § 11 Abs. 1 Z 1 des BVergG 1997, BGBl. Nr. I 56/1997 mit Ablauf des 31. 12. 2000 als verfassungswidrig aufgehoben wird (im genannten Erkenntnis wurde im wesentlichen angeführt, daß das Bundesvergabeamt in der derzeit bestehenden Form als kollegiale Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag verfassungsrechtlich nicht zulässig ist), haben den Gesetzgeber zu einer Neufassung des BVergG 1997 veranlaßt.
Welche wesentlichen Änderungen sieht der Entwurf der Neufassung des Gesetzes, das nunmehr der Verpflichtung zur vollständigen Umsetzung der EU-Richtlinien zum Vergaberecht nachkommen soll, vor?

Trennung der Zuschlagsentscheidung von der Zuschlagserteilung

Im BVergG 2000 wird erstmals gesetzlich auf Bundesebene die organi-