Vergaberechtliche Steuerungsmöglichkeiten bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb auf einem unvollkommenen Bau-Teilmark (Teil 1)

ZVB 2004/50

§ 21 Abs 1, § 91 Abs 2, § 93 Abs 2, § 105 Abs 1 BVergG 2002

Wettbewerbsindikatoren; Baupreisdatenbank; Wettbewerbsförderung

Wenn nach der Erfahrung eines Auftraggebers hohe Preise vorliegen und es Indizien gibt, dass dafür ein zu geringer Wettbewerb verantwortlich ist, fragt sich der Auftraggeber, was er tun kann, um mehr Wettbewerb sicherzustellen. Teil 1 dieses Beitrages befasst sich mit den volkswirtschaftlichen und bauwirtschaftlichen Grundlagen.

Von Michael Holoubek, Herwig Klinke, Wolfgang Oberndorfer, Heinrich Otruba und Martin Pfanner

Inhaltsübersicht:

A. Der Ausgangspunkt
1. Die Problematik hoher Preise
2. Studie Wettbewerbs-Controlling
B. Volkswirtschaftliche Analyse
1. Marktabgrenzung
2. Wettbewerbsanalyse
a) Struktur eines Straßenbaumarktes
b) Verhalten der Anbieter
c) Ergebnisanalyse
3. Grundsätzliche Überlegungen zur Kollusionsvermeidung bei Vergabeverfahren
C. Baupreisdatenbank – Stand und Adaptierungsmöglichkeiten
1. Die Straßenbau-Preisdatenbank der Stadt Wien
a) Die derzeitige Preisdatenbank
b) Schwachstellen der derzeitigen Preisdatenbank
2. Verbesserungsvorschläge
3. Ist der Straßenbau-Preisindex der Stadt Wien wettbewerbsfeindlich?

A. Der Ausgangspunkt

1. Die Problematik hoher Preise

Der Markt für Bauleistungen zerfällt in sehr viele mehr oder weniger kohärente Teilmärkte. Die Teilmärkte sind durch Schwankungen in der Nachfrage, Substitution in den Angeboten, neue Anbieter und Technologieänderungen permanent im Umbruch und in Entwicklung.

Eine Preisbeobachtung und deren Interpretation ist für einen institutionellen und professionellen Auftraggeber daher unerlässlich, wenn er über die Höhe der vergebenen Preise zur Rechenschaft gezogen werden kann. Ein Vergabegesetz, wie das BVergG 2002, bietet dann, wenn der Auftraggeber in den persönlichen Wirkungsbereich dieses Gesetzes fällt, Möglichkeit und Notwendigkeit einer sachlich korrekten Vergabe, solange sich der Auftraggeber nur an das Gesetz hält. In Hinblick auf hohe Preise ist das BVergG jedoch relativ wenig aussagefähig: iW kennt es nur den schwer fassbaren Begriff der „Angemessenheit der Preise" und den „nicht plausiblen Gesamtpreis". Dies hat aber auch seinen guten Grund, weil die Höhe eines Angebotspreises von sehr vielen Faktoren abhängig ist. Diese Faktoren werden vom Ausschreiber und Bieter, gewollt oder ungewollt, beeinflusst.

Eine Aufzählung, die unvollständig bleiben muss, bringt in Erinnerung:

- Generelle Nachfragesituation (viele oder wenige Ausschreibungen)
- Generelle Angebotssituation (viele oder wenige Bieter)
- Konkrete Sparte
- Konkrete Wettbewerbssituation (Anzahl der Bieter)
- Art der Leistungsbeschreibung und Ausschreibungsplanung (konstruktiv, funktional)
- funktionale und technische Reife und Optimierung der ausgeschriebenen Bauleistung
- Qualität der Leistungsbeschreibung (Vollständigkeit, Richtigkeit, Eindeutigkeit)
- Überwälzung von Auftraggeberrisken auf den Bieter in der Ausschreibung
- Konkrete besondere vorhersehbare Schwierigkeiten einer Bauleistung
- Konkrete besondere Kostenüberlegungen eines Bieters

Dies alles und vieles andere mehr ist zu berücksichtigen, wenn die Höhe eines Angebotspreises zu beurteilen ist. Auch wenn für einen konkreten Teilmarkt geografischer Raum, Sparte und Art der Leistungsbeschreibung definiert sind, bleiben noch genügend Einflussfaktoren, die zu einer lebhaften Oszillation von Preisen, die an sich vergleichbar sein sollten, führen.

Ein erfahrener Ausschreiber wird dennoch ein Gefühl entwickeln, wann aus seiner subjektiven Sicht Preise als hoch oder gar zu hoch zu bezeichnen sind. Wegen der inhaltlichen Unbestimmtheit von hohen oder zu hohen Preisen kann das BVergG keine Hilfestellung bieten, sondern der Ausschreiber muss sich seine eigenen Instrumente schaffen, die er dann bei einer gesetzeskonformen Vergabe einsetzen kann.

2. Studie Wettbewerbs-Controlling

Der Markt für Straßenbauleistungen im Raum Wien ist gegenüber anderen Baumärkten durch einige spezifische Besonderheiten geprägt:

- Die Stadt Wien hat weitgehend ein Nachfragemonopol.
- Das jährliche Ausschreibungsvolumen hängt einerseits von den verkehrstechnischen und baulichen Erfordernissen (Instandhaltung, Umbau und Erweiterung des Straßennetzes in Abstimmung mit der Stadtentwicklung), andererseits von den budgetären Möglichkeiten ab. Daraus ergibt sich eine größere Schwankungsbreite der jährlich vergebenen Straßenbauleistungen.
- Im Großraum Wien gibt es nur wenige Asphaltmischanlagen, die den Bedarf abdecken und im Eigentum weniger Unternehmer stehen. Aus technologischen Gründen ist eine Zufuhr von Asphaltmischgut über eine größere Entfernung und damit die Einhaltung der geforderten Qualitätsstandards mit steigender Transportweite immer schwieriger möglich; außerdem nehmen die Transportkosten zu. Damit existiert am Beschaffungsmarkt für Asphaltmischgut ein Bieteroligopol.
- Die Abwicklung innenstädtischer Straßenbauvorhaben mit ihren Produktionserschwernissen und logistischen Herausforderungen (Einbauten, Verkehr, Behörden) erfordert spezielles Know-how.

Dies führte dazu, dass sich in Wien ein relativ abgeschlossener und abgeschotteter Markt entwickelte, in den Bieter von außerhalb (insb vom umgebenden Niederösterreich) nur selten eindrangen und auch schwer eindringen konnten.

Die Stadt Wien war sich dieser Besonderheit schon früh bewusst und entwickelte gezielt zwei Instrumente zur Preisbeobachtung im Straßenbau, und zwar:

- Eine Standardleistungsbeschreibung für den Straßenbau in Wien. Diese StLB war eine Weiterentwicklung der österreichischen Standardleistungsbeschreibung in dem Sinn, dass die in der RVS-StLB vorgesehenen Lücken für den Wiener Bedarf „auskonkretisiert" wurden. Damit waren die Standardpositionen inhaltlich präzise bestimmt und für einen Preisvergleich zwischen verschiedenen Bauvorhaben geeignet.
- Eine Baupreisdatenbank, mit der die angebotenen Preise gemittelt und gespeichert wurden, und die für die Beurteilung der Angemessenheit der angebotenen Preise und für Kostenschätzungen geplanter Bauvorhaben herangezogen wurde.

Die Baupreisdatenbank auf der Basis der StLB Wien wurde 1978 eingerichtet und wird seitdem mit eher geringen Änderungen geführt. Im Zuge der Führung der Baupreisdatenbank wurde eine sog „Normbaustelle" entwickelt, die de facto ein Straßenbau-Preisindex für Wien ist. Während der Preis der Normbaustelle bis Ende 1999 noch irgendwie im nachvollziehbaren Rahmen verlief, stieg er im 1. Quartal 2000 jedoch um 32 % an, fiel darauf um 25 % ab und stieg bis Mitte 2003 wieder um 30 % an.

Da die Schwankungen weder etwas mit den Ausschreibungsvolumen im Wiener Straßenbau noch mit Schwankungen der Produktionskosten zu tun haben konnten, wurde von der Abteilung Straßenbau und Straßenerhaltung des Magistrates der Stadt Wien in Abstimmung mit der Stadtbaudirektion und dem Kontrollamt der Stadt Wien beschlossen, eine Studie zur Verbesserung des Wettbewerbs-Controllings im Straßenbau der Stadt Wien in Auftrag zu geben.

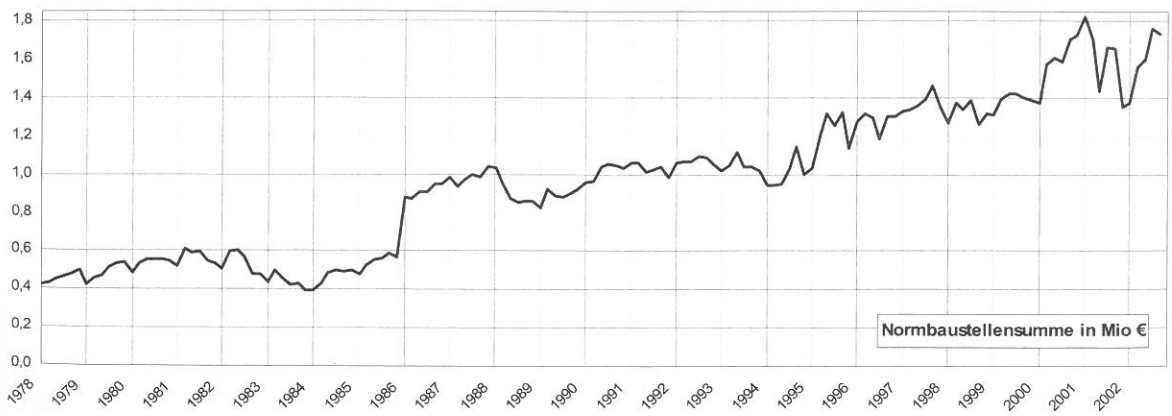
Ziel der Studie war es:

- Verbesserungen in den Instrumenten für die Preisbeobachtung zu überlegen, sodass Preise, die vermutlich keine echten Wettbewerbspreise mehr sind, eher als solche erkannt werden,
- die vergaberechtlichen Steuerungsmöglichkeiten aufzuzeigen und Alternativen zur bisherigen Ausschreibungsusance (offenes Verfahren) zu überlegen,
- eine in der Volkswirtschaftslehre wissenschaftlich abgesicherte Argumentation zu erarbeiten, dass der Einsatz einer Preisdatenbank, wie sie beim Magistrat der Stadt Wien betrieben wird, mit den Grundsätzen einer freien Marktwirtschaft kompatibel ist.

B. Volkswirtschaftliche Analyse

1. Marktabgrenzung

Zur Abgrenzung der relevanten Märkte besteht ein ausgefeiltes Instrumentarium, das in Wettbewerbsverfahren regelmäßig angewendet wird. Das Wettbewerbsrecht und die dahinter stehende Theorie stellt die Frage nach dem relevanten Markt in zweifacher Hinsicht. Was ist der relevante sachliche Markt und was ist der relevante geografische Markt? Der Markt ist daher in sachlicher und geografischer Hinsicht abzugrenzen. Als Me-



(Abbildung 1: der Sprung Ende 86 auf Beginn 87 ist auf eine Revision der Normbaustelle zurückzuführen)

thode für die korrekte Abgrenzung ist für beide Dimensionen der Marktabgrenzung der so genannte „Hypothetical Monopoly Test" oder SSNIP-Test (small, significant, non-transitory increase of price-test) ein anerkanntes und weithin angewendetes Verfahren. Bei diesem Test werden im Rahmen eines Gedankenexperiments die Auswirkungen einer kleinen, aber signifikanten, dauerhaften Preiserhöhung auf Angebot und Nachfrage untersucht. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Substitutionsmöglichkeiten der Nachfrager und die Eintrittsmöglichkeiten von neuen Anbietern sowohl in sachlicher als auch in geografischer Hinsicht gelegt. Auch das Verhalten der Nachfrager ist näher zu untersuchen.

Hier handelt es sich beim sachlich relevanten Markt eindeutig um den Straßenbaumarkt. Dies ergibt sich aus mehreren Überlegungen. Der Straßenbaumarkt unterscheidet sich von anderen Marktsegmenten sowohl in den zu errichtenden Bauwerken als auch in der verwendeten Technik. Es kommen teilweise hoch spezialisierte Maschinen zum Einsatz, die in anderen Marktsegmenten keine Verwendung finden. Ebenso ist spezielles Know-how erforderlich, das in anderen Segmenten des Baumarktes nicht vorhanden ist.

Aus diesen Gründen ist eine Angebotssubstitution, dh ein Eindringen neuer branchenfremder Unternehmungen bei einer Erhöhung der Preise im Sinne des SSNIP-Tests, nicht zu erwarten. Die geografische Ausdehnung des Straßenbaumarktes ist aus der Sicht des gegebenen Problems klarerweise auf das Gebiet der Stadt/des Bundeslandes Wien beschränkt, da der Magistrat der Stadt Wien nur im Stadtgebiet von Wien als öffentlicher Auftraggeber tätig ist. Gleichzeitig gibt es außer der Stadt Wien keinen quantitativ ins Gewicht fallenden Auftraggeber. Da von der Stadt Wien die Nachfrage nur in Wien ausgeübt werden darf, ist auch das Gebiet von Wien als geografisch relevanter Markt anzusehen. Im Gegensatz zu einem beliebigen Bauträger im Hochbau gibt es auf der Nachfrageseite hier keine Flexibilität. Der Bauträger Stadt Wien, und nur dieser Bauträger, hat die Aufgabe, das Straßennetz in Wien zu errichten, auszubauen und zu erhalten. Im Gegensatz dazu könnte ein privater Bauträger im Hochbau den Ort seiner Bautätigkeit in Abhängigkeit von der Nachfrage, von Grundstückspreisen, von Baukosten etc frei wählen.

Anders stellt sich die Situation auf der Angebotsseite des Straßenbaumarktes dar. Hier wäre es grundsätzlich möglich, dass neue Anbieter als Folge einer kleinen, signifikanten, dauerhaften Preiserhöhung in den Markt eintreten, dh als Bieter in einer Ausschreibung der Stadt Wien auftreten. Es bestehen jedoch zwei wesentliche spezifische Eintrittsbarrieren, die einen Markteintritt zumindest erschweren. Die erste Barriere ist in der Notwendigkeit von großem lokalen Know-how begründet. Innerstädtische Straßenbauvorhaben zeichnen sich durch beträchtliche Produktionserschwernisse und lokal bezogene Logistikprobleme aus, die ohne bereits vorhandene Lokalkenntnisse nicht oder nur schwer bewältigt werden können.

Dazu kommt als zweite, sehr straßenbauspezifische Eintrittsbarriere die Verfügbarkeit von Asphaltmischgut als wesentlichem Produktionsinput. Asphaltmischgut ist nur mit besonderen Maßnahmen über 50 km transportfähig. Es wird vornehmlich lokal bereitgestellt, auch in Hinblick auf die höheren Kosten bei höheren Transportweiten und -zeiten. Dies wäre kein Eintrittshindernis, würde das Asphaltmischgut auf einem Markt unter Wettbewerbsbedingungen bereitgestellt werden. Da es aber im Raum Wien nur einige wenige Asphaltmischanlagen gibt, die sich darüber hinaus im Eigentum der stark vertikal integrierten, großen Tiefbauunternehmen befinden, ist der Wettbewerb auf diesem Markt sehr eingeschränkt. Daraus ergibt sich, dass neue Anbieter, die nicht über den Zutritt zu einer solchen Anlage verfügen, einem maßgeblichen Wettbewerbshindernis gegenüberstehen, das nur schwer zu überwinden ist.

Die Analyse zeigt also einen Markt mit einem einzigen signifikanten Nachfrager und einem eingeschränkten Kreis von Anbietern, die selbst nur geringem Wettbewerb von außen ausgesetzt sind. (Je flächenmäßig größer ein Straßenbaumarkt ist, desto weniger ausgeprägt werden wegen der Zunahme der Entfernunge[illegible] diese charakteristischen Eigenschaften.) Es handelt sich also um unvollkommene Märkte mit Marktmacht auf beiden Marktseiten. Auf der Nachfrageseite gibt es jeweils ein Nachfragemonopol (Monopson) und auf der Angebotsseite ein Oligopol. Da auf beiden Marktseiten zumindest theoretisch Marktmacht ausgeübt werden kann, sollten beide Marktseiten an korrekt durchgeführten Vergabeverfahren interessiert sein.

2. Wettbewerbsanalyse

Die Wettbewerbsanalyse untersucht den Zustand und die Entwicklung des Wettbewerbs auf einem, im Sinne der im vorhergehenden Abschnitt erläuterten Methode, korrekt abgegrenzten Markt. Für die Wettbewerbsanalyse verwendet man in der Regel den sog Struktur-Verhalten-Ergebnis-Ansatz. Das Ergebnis einer Wettbewerbsanalyse sind Feststellungen über die Struktur des Marktes (Angebots- und Nachfrageseite), das Verhalten der Marktteilnehmer, Existenz marktmächtiger Marktteilnehmer sowie das wirtschaftliche Ergebnis de[illegible] Marktprozesses.

a) Struktur eines Straßenbaumarktes

Sie lässt sich durch zwei Kennwerte beschreiben: durch die Marktanteile der wichtigsten Bieter und durch den sog Hirschmann-Herfindahl-Index (HHI). Letzterer misst die Marktkonzentration an der Summe der quadrierten Martkanteile der einzelnen Bieter in einer bestimmten Periode.

b) Verhalten der Anbieter

Das Verhalten der Angebotsseite im Wiener Straßenbaumarkt ist am einfachsten und besten über die von den einzelnen Anbietern gelegten Anbote zu beobachten. Auch hier lassen sich durch standardisierte Kenngrößen die wichtigsten Anhaltspunkte des Verhaltens ermitteln. Es werden derzeit folgende Zeitreihen (Kennzahlen) geführt:

- → Anzahl der Ausschreibungen pro Jahr
- → Ausschreibungsvolumen pro Jahr [€]
  Normbaustellenpreis als arithmetischer Mittelwert der Normbaustellensummen aller Ausschreibungen

einer 2-Monats-Periode [€]. Abbildung 1 zeigt die Entwicklung des Normbaustellenpreises bezogen auf den Normbaustellenpreis von 1978 als Index.

Für die Verwendbarkeit solcher Kennzahlen in der Praxis ist ihre Konstruktion von großer Bedeutung. Sie sollen genau den gewünschten Sachverhalt in geeigneter Weise abbilden. Zu den Kriterien für die Eignung zählen Stabilität und Immunität gegenüber irrelevanten Einflüssen. Die Normbaustelle eignet sich prinzipiell hervorragend für die Beobachtung der Preisentwicklung, leidet aber unter gewissen Einschränkungen. So erscheint aus der Sicht der Wettbewerbsanalyse vor allem der Abdeckungsgrad der Normbaustelle (derzeit bei 70 %) als zu gering, dieser ist daher der laufenden Entwicklung anzupassen. Da die Normbaustelle den Warenkorb für den Baupreisindex Wien liefert, muss dieser Warenkorb möglichst nahe am tatsächlichen Mengengerüst positioniert sein, um verlässliche Aussagen über die Preisentwicklung zuzulassen.

Mit einer Anpassung der Normbaustelle rückt man auch dem Problem der Immunisierung einer Kennzahl gegenüber irrelevanten oder zufälligen Einflüssen zu Leibe. Je höher der Prozentsatz der erfassten Bauleistungen ist, umso geringer ist das (statistische) Gewicht von Einflussgrößen, die als nicht typisch oder standardisierbar angesehen werden. Einen besonderer Diskussionspunkt stellt die Periodenlänge des Normbaustellenindex Wien dar. Zurzeit wird er sechsmal pro Jahr ermittelt, dh mit einer Periodenlänge von zwei Monaten.

Auch bei der Konstruktion von statistischen Kennzahlen ist das Gesetz der großen Zahl zu beachten. Je größer die Grundgesamtheit, umso weniger stark wirken sich Zufälligkeiten und Sondereinflüsse aus. Die relativ starken, schwer erklärbaren Schwankungen des Wiener Normbaustellenindex in der jüngsten Vergangenheit haben möglicherweise auch ihre Ursache in einer zur geringen statistischen Basis.

Es ist angezeigt, die Periodenlänge zu vergrößern, um die Grundgesamtheit für jeden einzelnen Indexwert zu erhöhen.

c) Ergebnisanalyse

Unter Ergebnissen im Sinne einer Wettbewerbsanalyse versteht man in der Regel die Auswirkungen des Wettbewerbs auf dem betrachteten Markt auf die wirtschaftliche Situation der beteiligten Unternehmen und ihre Entwicklung. Für den Baumarkt gilt, dass die Ergebnisse des Marktprozesses nur äußerst schwer feststellbar sind. Am ehesten besteht die Möglichkeit, Kosten und Preise miteinander zu vergleichen. Dazu könnten ein Baupreisindex und ein Baukostenindex, die im Wesentlichen auf demselben Mengengerüst aufbauen, herangezogen werden. Aber auch hier ist Vorsicht angezeigt. Ein kurzfristiges Auseinanderdriften dieser beiden Indizes kann, aber muss nicht notwendigerweise einen Hinweis auf einen Wettbewerbsmangel darstellen, sondern kann durchaus andere Ursachen haben, wie Änderung der Finanzierungsstruktur, erhöhtes Risiko und andere Faktoren.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass in der speziellen Situation des Wiener Straßenbaumarktes der laufenden Marktanalyse durch die zuständige Vergabestelle der Stadt Wien eine besondere Bedeutung zukommt. Mit einem gut strukturierten System von Kennzahlen lassen sich die strukturelle Entwicklung und die Wettbewerbsintensität (Marktanteile, Konzentrationsindex), die Preisentwicklung sowie die Entwicklung des Marktergebnisses (Vergleich Baupreis- und Baukostenindex) systematisch verfolgen. Strukturelle Veränderungen auf der Angebotsseite sind so gut wie immer ein Symptom, wenn nicht die Ursache für Anomalien im Verhalten der Marktteilnehmer auf der Angebotsseite. Dazu kommt, dass den Ergebnissen der Wettbewerbsanalyse im Vergabeverfahren unter Umständen eine Schlüsselrolle zukommt.

3. Grundsätzliche Überlegungen zur Kollusionsvermeidung bei Vergabeverfahren

Formalisierte Marktprozesse, wie Auktionen und formale, stark strukturierte Vergabeverfahren, kommen häufig dann zur Anwendung, wenn entweder auf der Angebotsseite oder auf der Nachfrageseite oder auf beiden Seiten eines bestimmten Marktes Marktmacht ausgeübt werden kann, oder anders ausgedrückt: ein unregulierter Marktprozess zu suboptimalen Ergebnissen führen könnte. Die starke Verrechtlichung und Formalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge ist ein wesentliches Indiz dafür, dass gerade in diesem Bereich mit Marktversagen zu rechnen ist und daher die Interessen der Anbieter, aber auch der öffentlichen Hand durch entsprechende Verfahrensvorschriften und durch eine bestimmte Verteilung von Rechten und Pflichten zu schützen sind. Ein gut strukturiertes Vergabeverfahren trägt wesentlich zu einer effizienten Vergabe, zur Hintanhaltung eines Missbrauchs der Marktmacht der öffentlichen Hand als Nachfragemonopolist und zur Vermeidung von wettbewerbseinschränkenden Strategien der Anbieter bei und hilft einen Rahmen zu schaffen, in dem unter Bedingungen der Rechtssicherheit derartige Vergaben durchgeführt werden können.

In der Theorie der formalisierten Vergabeverfahren wird zwischen „common value"-Situationen und „private value"-Situationen (bzw -Verfahren) unterschieden. Eine „common value"-Situation liegt vor, wenn die Bieter mit unzureichender Information und/oder hohem Risiko konfrontiert sind. Eine „private value"-Situation liegt dann vor, wenn in der Ausschreibung die gewünschte Leistung umfassend, präzise, detailliert und verlässlich beschrieben ist. Die unmittelbare Konsequenz davon ist, dass sich theoretisch die Anbote – in Abwesenheit von Absprachen – nur auf Grund der verwendeten Technologie, der Effizienz der beteiligten Bieter und anderer im Bereich der Bieter liegenden Parameter (Risikobereitschaft etc) unterscheiden sollten. Für derartige Vergabeverfahren gilt ein weit reichendes Effizienztheorem. Solche Verfahren führen auch bei einem Einrundenverfahren (sealed bid), wie es bei öffentlichen Vergaben Standard ist, zu einem effizienten Ergebnis. Jeder Bieter bietet nach seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit an und das Verfahren ermittelt den leistungsfähigsten Bieter. Die Ausschreibungen der Stadt Wien stellen zweifellos eine „private value"-Situation dar.

Allerdings bestehen auch bei „private value"-Situationen gewisse Risken für die Effizienz des Vergabeverfahrens, die in der Folge diskutiert werden. Die Hauptrisken sind Bieterabsprachen (Kollusion) und Ausübung von Marktmacht durch die Vergabestelle.

Das Thema der Kollusionsvermeidung steht immer wieder im Mittelpunkt der Diskussion um die konkrete Ausgestaltung von Bieterwettbewerben. Insbesondere in Märkten mit signifikanten Eintrittsbarrieren und häufig oder periodisch wiederkehrenden Vergaben ist das Risiko von wettbewerbsbeschränkenden Bieter absprachen gegeben. Die Oligopoltheorie geht in solchen Fällen davon aus, dass ein Kartell die langfristig stabile Gleichgewichtslösung darstellt. Die Ausgestaltung des Bieterwettbewerbs kann Absprachen grundsätzlich nicht verhindern. Es ist jedoch möglich, durch entsprechende Vorgangsweisen die Wahrscheinlichkeit von Absprachen zu verringern bzw Absprachen generell zu erschweren. Dabei stehen zwei Aspekte im Vordergrund, und zwar die Zahl und Art der Anbieter (Vermeidung von strategischer Angebotsreduktion) und die Folgen von vermuteten Absprachen.

Die Anzahl und die Art der Anbieter lässt sich von der Ausschreibungsstelle nur in bescheidenem Rahmen beeinflussen. Von besonderer Bedeutung ist die Informationspolitik der Vergabestelle, die geeignet sein muss, potenzielle Anbieter auf die Ausschreibung aufmerksam zu machen. Darüber hinaus sollte das Vergabeverfahren bei zu geringer erwarteter Beteiligung die Möglichkeit einräumen, geeignete Anbieter ihrer Wahl zur Vorlage eines Angebotes einzuladen. Gleichzeitig muss die Möglichkeit bestehen, strategischer Angebotsreduzierung entgegenzuwirken. Unter strategischer Angebotsreduzierung versteht man Verhaltensweisen der Bieter, die zu einer Reduktion bzw einer Beschränkung der Zahl der gelegten Angebote führen. Ein wichtiges Beispiel sind temporäre, horizontale Verschränkungen wichtiger Anbieter, die zu einer Reduktion der Zahl der Wettbewerber führen. Hier sollte die Vergabestelle das Recht haben, derartige Bieterkonstellationen gegebenenfalls vom Bieterwettbewerb auszuschließen. Als Schwellenwert für einen solchen Ausschluss bietet sich die dominante Stellung im Sinne des Kartellrechts an. Zusammengefasst sind zur Förderung der Anzahl der Bieter eine aktive Informationspolitik, die Möglichkeit, bestimmte Bieter zur Legung eines Angebotes einzuladen, und das Ausscheiden von dominanten Bieterzusammenschlüssen von besonderer Bedeutung.

Die Rechtsfolgen einer vermuteten Absprache stellen ebenso einen wichtigen Parameter für das Design eines Vergabeverfahrens dar. Die wichtigsten Instrumente sind hier der Ausschluss einzelner Bieter und der Widerruf der Ausschreibung. Beide Maßnahmen sind so schwer wiegend, dass die rechtliche Umsetzung selbstverständlich an das Vorliegen von hinreichender Evidenz über diese Absprachen gebunden ist. Insbesondere der Widerruf der Ausschreibung als ultima ratio bei Vorliegen von allgemein überhöhten Anbotspreisen bedarf einer ausreichenden Begründung und gesonderter Verfahrensschritte. Es stellt sich die Frage, woher diese Evidenz kommen soll. Es wäre von Vorteil, zur Beobachtung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem konkreten Teilmarkt eine Reihe von Indikatoren zu erstellen. Genau diese Indikatoren liefern die entsprechenden Informationen, mit denen sich ergebende Verdachtsmomente näher überprüfbar sind. Im Zentrum steht der Baupreisindex und der Baukostenindex, welche direkt erlauben, die Frage der überhöhten Preise zu untersuchen. Gerade hier zeigt sich die Notwendigkeit einer korrekten Konstruktion und einer genauen Erhebung der genannten Basisdaten. Ohne entsprechende Erhebungen und Beobachtung derartiger Indizes ist das Mittel der Aufhebung eine äußerst stumpfe Waffe, weil bei der Vergabebehörde kaum gelingen würde, die generelle Überhöhung der Preise zu dokumentieren. Das Konzentrationsmaß gem 2.a und der Vergleich von Baupreis- und Baukostenindex mit den äquivalenten überregionalen Indizes können zur weiteren Absicherung eines bestehenden Verdachtes herangezogen werden.

C. Baupreisdatenbank – Stand und Adaptierungsmöglichkeiten

1. Die Straßenbau-Preisdatenbank der Stadt Wien

Die Baupreisdatenbank für die Straßenbaupreise in Wien ist wahrscheinlich die qualitativ beste Preisdatenbank in Österreich. Unter Rücksichtnahme auf den Leserkreis wird in diesem Beitrag aber nicht die Theorie wissenschaftlich korrekter Preisdatenbanken hergeleitet, sondern die bestehende Preisdatenbank und ihre vorgeschlagenen Verbesserungen beschrieben.

a) Die derzeitige Preisdatenbank

Sie hat einen zweifachen Zweck: Zum einen soll sie eine Dokumentation des Preisniveaus anhand des Preises der Normbaustelle darstellen, zum Zweiten soll sie mit Hilfe von Mittelpreisen eine realitätsnahe Kostenbe-

→ In Kürze

Liegen einem Auftraggeber bei einem hohen, sonst nicht begründbaren Preisniveau Indizien für einen zu geringen Wettbewerb vor, dann kann er einerseits bauwirtschaftliche Hilfsmittel ergreifen und andererseits vergaberechtliche Maßnahmen setzen. Im Teil 1 des Beitrages werden behandelt: Aufbau und Betrieb einer Baupreisdatenbank und Schaffung eines Bündels von Indizes, die statistisch korrekt strukturiert sein müssen, um sich nicht den Vorwurf der Wettbewerbsfeindlichkeit gefallen lassen zu müssen.

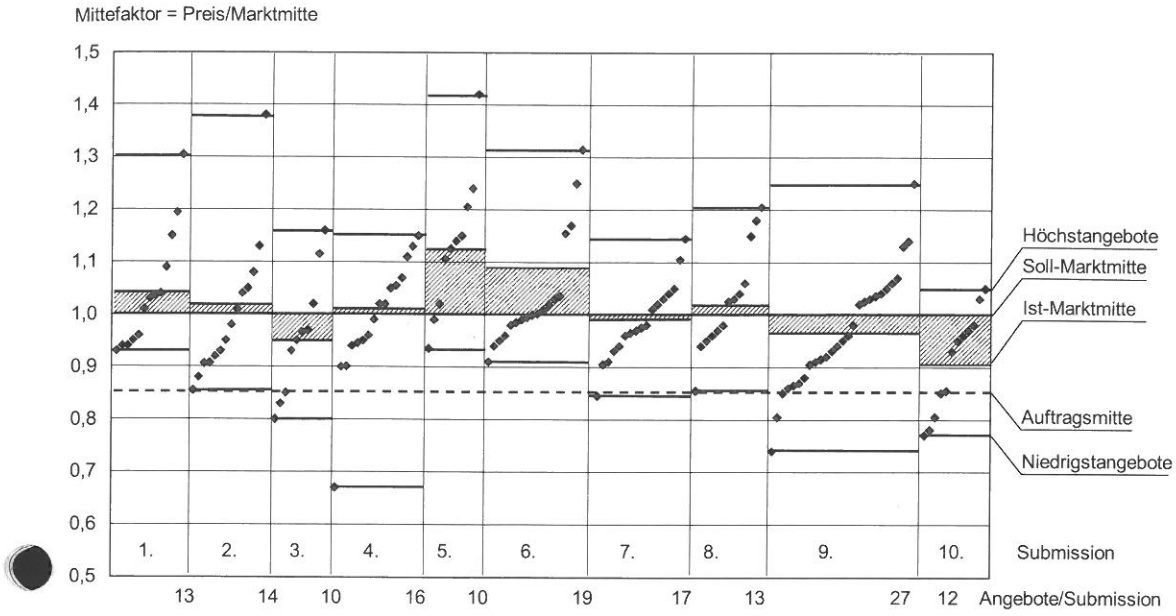
→ Zum Thema

Über die Autoren:
Dr. Michael Holoubek ist Universitätsprofessor für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien. Kontaktadresse: Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Althanstraße 39–45, A-1090 Wien; Tel: 01/31336/4660; E-Mail: michael.holoubek@wu-wien.ac.at
Dipl.-Ing. Dr. Herwig Klinke ist Leiter der Magistratsabteilung 28 der Gemeinde Wien. Kontaktadresse: Magistratsabteilung 28 – Straßenverwaltung und Straßenbau, Lienfeldergasse 96, A-1170 Wien; Tel: 01/488 34/49611; Fax: 488 34/99/49610; E-Mail: kli@m28.magwien.gv.at
Dipl.-Ing. Dr. Wolfgang Oberndorfer ist Universitätsprofessor für Bauwirtschaft und Planungstechnik an der Technischen Universität Wien. Kontaktadresse: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, Karlsplatz 13, A-1040 Wien; Tel: 01/58801/23411; Fax: 01/58801/23499; E-Mail: obi-zt@eunet.at
Dr. Heinrich Otruba ist Universitätsprofessor für Volkswirtschaftstheorie und -politik an der Wirtschaftsuniversität Wien, Augasse 2–6, A-1090 Wien; Tel: 01/31336/4491; E-Mail: heinrich.otruba@cec.eu.int
Dipl.-Ing. Martin Pfanner ist Universitätsassistent am Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft an der Technischen Universität Wien. Kontaktadresse: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, Karlsplatz 13, A-1040 Wien; Tel: 01/58801/23412; Fax: 01/58801/23499; E-Mail: martin.pfanner@hl-ag.com

→ Literatur-Tipp

Auer/Urlesberger, Kartellrecht

MANZ Bestellservice: Tel.: (01) 531 61-100, Fax: (01) 531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at



(Abbildung 2: Verteilung von Angebotspreisen um die Marktmitte)

rechnung zum Zwecke der Finanzmittelplanung und eine Prüfung auf Angemessenheit der Preise iS § 93 Abs 2 BVergG 2002 ermöglichen. Dies wird mit folgendem Algorithmus ermöglicht:

1. Schritt: Erfassung der Einheitspreise aller Bieter einer Ausschreibung.

2. Schritt: Reduktion der Einheitspreise eines Bieters im Verhältnis von Gesamtpreis des Billigstbieters zum Gesamtpreis des Bieters. Das arithmetische Mittel der so reduzierten Einheitspreise ergibt für jede Position der Ausschreibung den sog Ausschreibungsmittelpreis (AMP). Sinn dieses Vorganges: Ausgleich der Einheitspreisspreizungen (infolge unvermeidbarer Kalkulationsunterschiede) auf dem Gesamtpreisniveau des Billigstbieters.

3. Schritt: Arithmetische Mittelung aller Ausschreibungsmittelpreise in einer 2-Monats-Periode, ergibt den Periodenmittelpreis (PMP) für eine Position.

4. Schritt: Ermittlung des Preises der Normbaustelle (Standard-Leistungspaket, bestehend aus 129 Positionen und zugehörigen Mengen) für diese Periode (s Abbildung 1).

5. Schritt: Berechnung des sog Preisspeicherpreises (PSP) einer Position zum Zwecke der Kostenberechnung. Dabei werden die letzten 6 Periodenmittelpreise gewichtet gemittelt (Gewicht 4 für PMP bis 1 Jahr alt, Gewicht 2 für PMP bis 2 Jahre alt, Gewicht 1 für PMP älter als 2 Jahre).

Zum Zwecke der Kostenberechnung wird ein Ausschreibungs-LV mit den Preisspeicherpreisen ausgepreist.

b) Schwachstellen der derzeitigen Preisdatenbank

→ Preisspeicherung auf Preisniveau des Billigstbieters und nicht auf Preisniveau der Submissionsmitte.

Zur Verständlichmachung muss etwas weiter ausgeholt werden: Untersuchungen zeigten, dass die sog Submissionsmitte, das sind die arithmetischen Mittel sämtlicher Einheitspreise und damit auch das arithmetische Mittel der Gesamtpreise aller Bieter einer Ausschreibung, ein wesentlich verlässlicherer, weil gleichmäßigerer Indikator für die Preisentwicklung auf einem Markt ist. Wie weit der Billigstbieter unter der Submissionsmitte liegt, ist von vielen Umständen und auch vom Zufall abhängig: von der Anzahl der Bieter, von evtl Kalkulationsfehlern, von besonders günstigen Gestehungskosten eines Bieters, vom Umfang des Risikos und dessen Einschätzung durch die Bieter, von evtl kolludentem Verhalten der Bieter. Deshalb ist es zweckmäßiger, die Einheitspreise auf dem Niveau der Submissionsmitte zu speichern, für jede Ausschreibung den Abstand des Gesamtpreises des Billigstbieters in Prozent von der Submissionsmitte zu ermitteln und für diese Abstände aller Ausschreibungen die statistische Standardabweichung und den statistischen Variationskoeffizient als Maß für die Streuung zu berechnen. Abbildung 2[1] soll dies verdeutlichen: In horizontaler Richtung sind Ergebnisse von 10 Submissionen und die zugehörige Anzahl der Angebote aufgetragen. In vertikaler Richtung sind für jede Submission das Höchstangebot, die Soll-Marktmitte (Ergebnis der Kostenberechnung), die Ist-Marktmitte und das Niedrigstangebot aufgetragen. Die horizontale Linie Auftragsmitte stellt die durchschnittliche mit dem Gesamtpreis gewichtete Abweichung des Billigstbieters von der Soll-Marktmitte dar. Sie liegt nach *Schulz* für Baumeisterarbeiten im Hochbau bei 15 %.[2] In anderen Worten ausgedrückt: Mit der Reduktion aller Bieterpreise auf das Niveau des Billigstbieters ging die statistische Mannigfaltigkeit aller Angebote einer Ausschreibung verloren.

1) Nach *Schulz*, Artikelserie Kalkulation und Zufall 8. Die Marktmitte, Baumarkt 6/87, 272.
2) *Schulz*, aaO 272.

- ➜ Periodenlänge zwei Monate für die Ermittlung des Normbaustellenpreises. Auch bei der Konstruktion von statistischen Kennzahlen ist das Gesetz der großen Zahl zu beachten. Je größer die Grundgesamtheit, umso weniger stark wirken sich Zufälligkeiten und Sondereinflüsse aus. Die relativ starken, schwer erklärbaren Schwankungen des Wiener Normbaustellenindex in der jüngsten Vergangenheit haben möglicherweise auch ihre Ursache in einer zur geringen statistischen Basis.[3)]
- ➜ Keine Vergleichbarkeit mit den einschlägigen Indizes von STATISTIK AUSTRIA.
- ➜ Fehlinterpretationsmöglichkeit bei Verwendung des Preisspeicherpreises für Kostenberechnung und Beurteilung des Preisniveaus: Eine Analyse der spezifischen Eigenheiten der PSP ergibt, dass in folgenden Ausschreibungssituationen die Verarbeitung der Bieterpreise nach dem geschilderten Algorithmus zu Fehlinterpretationen bei der Anwendung der PSP führen kann:
  - wenn der Billigstbieter den Auftrag zu einem unangemessen niedrigen oder hohen Preis erhält,
  - wenn außergewöhnliche baustellenspezifische Erschwernisse oder Erleichterungen bei der Leistungserbringung vorhersehbar sind,
  - wenn bei Positionen mit außergewöhnlich hohen Mengen spezielle Technologien mit relativ geringem Kostenverzehr je Mengeneinheit eingesetzt werden,
  - wenn durch besondere Vertragsbestimmungen von den StLB-Vorbemerkungen abgewichen wird, insb dem Bieter spezielle Risken überwälzt werden und dieser einen entsprechend hohen Risikozuschlag in den Angebotspreis einbaut.

2. Verbesserungsvorschläge

Diese waren naturgemäß auf die Beseitigung der Schwachstellen ausgerichtet.

- ➜ Preisspeicherung auf dem Preisniveau der Submissionsmitte und statistische Auswertung des Abstandes des Billigstbieters von der Submissionsmitte.
- ➜ Kostenberechnung mit Hilfe der Preisspeicher auf dem Preisniveau der Submissionsmitte und Abschlag auf den wahrscheinlichen Billigstbieterpreis mit Hilfe der statistischen Auswertung dieses Abstandes in der Vergangenheit.
- ➜ Vergrößerung der Periodenlänge auf drei Monate (ein Quartal), mit Seitenblick auf die einschlägigen Indizes von STATISTIK AUSTRIA, die quartalsweise verlautbart werden.
- ➜ Einführung eines Tandems von Baupreisindex und Baukostenindex auf der Basis der Normbaustelle. Umfangreiche Untersuchungen[4)] zeigten, dass die Normbaustelle ein sehr wertvolles Hilfsmittel für die Baupreisbeurteilung ist. Durch Indexierung des Normbaustellenpreises lässt sich problemlos ein Baupreisindex für den Straßenbau Wien erzeugen. Mittels einer Musterkalkulation für die Positionen der Normbaustelle lässt sich ein Baukostenindex für den Straßenbau Wien generieren. Die Fortschreibung der Produktionsfaktorenpreise lässt sich problemlos mit Subindizes von STATISTIK AUSTRIA bewerkstelligen.
- ➜ Weitere kleinere Verbesserungen wie: Anhebung des Repräsentationsgrades der Normbaustelle durch Aufnahme häufiger sog „Z-Positionen" in die Standardleistungsbeschreibung; Dokumentation der händischen Eingriffe in die Baupreisspeicherung (zB Fehlpreise, Einheitspreise von Positionen mit atypischen Mengen); Einführung eines Index für das Ausschreibungsvolumen; rigide Kontrolle der Besonderen technischen Vertragsbestimmungen und Besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen auf unerwünschte Effekte auf die Preisbildung (zB Risikoverlagerungen zum Unternehmer; Abweichungen in der Standardqualität); Auswertung der Marktanteile der Bieter.
- ➜ Veröffentlichung der Preis- und Kostenindizes durch die Stadt Wien im Sinne einer aktiven Informationspolitik.

3. Ist der Straßenbau-Preisindex der Stadt Wien wettbewerbsfeindlich?

An dieser Stelle wird auch über die immer wieder gemachten Äußerungen von Unternehmerseite über die Baupreisdatenbank und die Normbaustelle Stellung genommen. Seitens der Unternehmer wurde vorgebracht, dass diese Instrumente der Stadt Wien lediglich Instrumente zur Beschränkung der Unternehmerfreiheit wären und nur zur Ausübung von Marktmacht genützt würden. Dies verstärke die Stellung des Nachfragemonopols der Stadt Wien und sei in höchstem Maße wettbewerbsfeindlich und nicht mit einer liberalen Wettbewerbsordnung kompatibel.

Dazu ist zunächst zu sagen, dass es jedem und damit auch der Stadt Wien völlig freisteht, zur Unterstützung seiner Tätigkeit diejenigen Datensammlungen und Statistiken anzufertigen, die für seine Zwecke geeignet erscheinen. Es ist nicht die systematische Erhebung von Statistiken, hier eines Baupreis- und Baukostenindex, sondern der Gebrauch dieser Statistik, welcher näher zu untersuchen ist.

Die zuständige Vergabestelle der Stadt Wien hat für eine effiziente Vergabe von Straßenbauaufträgen zu sorgen. Damit ist sie verpflichtet, für eine den Gesetzen, in diesem Fall dem BVergG und dem Kartellgesetz, genügende Vergabepraxis zu sorgen. In beiden Gesetzen ist Bieterverhalten, das zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führt, ausdrücklich untersagt und im Rahmen der Verfahrensvorschriften sind entsprechende Möglichkeiten für eine angemessene Reaktion der Vergabestelle vorgesehen. Es wäre nicht sinnvoll, würde die Vergabestelle die vom Gesetzgeber gebotenen Möglichkeiten zum Ausschluss von Bietern und zum Widerruf von Ausschreibungen nicht effektiv nützen. Mit der Er-

3) Natürlich lässt die 2-Monats-Periode manches auch besser erkennen: Betrachtet man Abb 1 und denkt sich den Sprung bei der Revision 1987 weg, erkennt man klar charakteristische 5-Jahres-Tiefpunkte (1984, 1989, 1994, 1999), die wahrscheinlich mit einem systembedingten Einfluss von Vergabebeschränkungen in gewissen Zeitabständen zu tun haben.

4) *Pfanner*, Numerische Untersuchungen ausgewählter Prognosemethoden für Kostenschätzungen, Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Wien, unveröffentlicht.

hebung und laufenden Analyse der genannten Kennzahlen wird ihr erst das Instrumentarium für die sinnvolle Anwendung der einschlägigen Vorschriften in die Hand gegeben.

Zweifelhaft wäre ein Missbrauch des Baupreis- und Baukostenindex gegeben, würde die Vergabestelle in – ausdrücklich verbotenen – Verhandlungen diese Indizes als Argument einsetzen. Dies entspräche nicht dem BVergG und würde ebenso zu einer Aufhebung des Verfahrens durch die Berufungsinstanz führen, wie ein nicht sachgerechter Einsatz bei einem Widerruf einer Ausschreibung.

Ganz im Gegensatz zu der oben zitierten Äußerung der Unternehmer stellen die Erhebung geeigneter Daten und deren Anwendung zur Überprüfung von möglicherweise „generell überhöhten Preisen" – eine bloße Überschreitung der ortsüblichen Preise reicht als Verdachtsmoment sicherlich nicht aus – einen systemimmanenten Bestandteil der Wettbewerbsordnung dar und keinesfalls ein Mittel zur Ausübung von Marktmacht.

Zu Antragserfordernissen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung

Ein Beitrag zu notwendigen Antragsinhalten und zur Frage, ob das Bundesvergabeamt in jedem Fall vor einer Prüfung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 174 BVergG zu untersuchen hat, ob der Antragsteller objektiv auszuscheiden ist.[1]

Von Reinhard Grasböck

ZVB 2004/51

§§ 163 und 165 ff BVergG 2002

BVA 5. 11. 2003, 08N-94/03-192

Zuschlagsentscheidung;
Nachprüfungsantrag;
Teilnahmeantrag;
Antragserfordernisse

Inhaltsübersicht:

A. Zum Teilnahmeantrag des beabsichtigten Zuschlagsempfängers und der teleologischen Reduktion des § 167 BVergG
B. Die materiellen Erfordernisse für einen auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerichteten Teilnahmeantrag
C. Die „Nachprüfungsantragslegitimation" in vergleichender Betrachtung
Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Zum Teilnahmeantrag des beabsichtigten Zuschlagsempfängers und der teleologischen Reduktion des § 167 BVergG

Die Parteistellung in einem Verwaltungsverfahren wie dem Nachprüfungsverfahren über die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich nach den im jeweiligen Verwaltungsverfahren individuell konkret vollzogenen Rechtsnormen, da aus diesen der „Rechtsanspruch" bzw das „rechtliche Interesse" (jeweils im Sinne des § 8 AVG) abzuleiten ist.[2] Beim Bundesvergabeamt ist das das BVergG,[3] und zwar beim Nachprüfungsverfahren über die beantragte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der § 165 Abs 1 und 2. Die Inhaltserfordernisse eines Nachprüfungsantrags werden primär durch § 166 Abs 1 festgeschrieben, die des Teilnahmeantrags durch den § 167 Abs 1. Gründe für eine jeweilige Unzulässigkeit und daher Zurückweisung (zusätzlich zu den §§ 6 und 13 Abs 3 AVG) finden sich jeweils in den §§ 166 Abs 2 und 167 Abs 2.

Der Gesetzgeber hat im BVergG ein an das Bescheidbeschwerdeverfahren des VwGG angelehntes Rechtsschutzverfahren geschaffen und dabei die Inhaltserfordernisse des Nachprüfungsantrags teilweise sogar wortgleich aus dem § 28 VwGG entnommen. Insoweit werden der Hoheitsakt „Bescheid" und der Privatrechtsakt „(Auftraggeber-)Entscheidung" bei der Strukturierung ihrer jeweiligen Überprüfung ähnlich bis gleich behandelt.[4]

Parallel zu § 28 Abs 1 Z 4 und 5 VwGG sind daher das im Nachprüfungs- und Teilnahmeantrag bestimmt zu bezeichnende, angeblich durch die (Auftraggeber-) Entscheidung verletzte subjektive Recht des Antragstellers sowie die Gründe der Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung (gemäß § 166 Abs 1 Z 5 und 6 bzw § 167 Abs 1 Z 3 und 4) als Inhaltserfordernisse des jeweiligen Rechtsschutzantrags normiert.

Wie im in FN 1 genannten Bescheid explizit ausgesprochen, muss derjenige Bieter, dessen Angebot in der Zuschlagsentscheidung gemäß § 20 Z 42 als für den Zu-

1) Mit diesem Kurzbeitrag sollen gleichzeitig die in diesem Heft abgedruckten Passagen des Bescheids des BVA 5. 11. 2003, 08N-94/03-192 = ZVB 2004/53 näher besprochen werden.

2) Siehe dazu in der Literatur zB *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht², 89 ff; als Beispiele für eine ausdrückliche Zuweisung bei anderen Materiengesetzen den § 102 WRG oder die § 75 Abs 2 iVm § 356 GewO.

3) Paragrafenangaben ohne Gesetzesnennung beziehen sich auf das Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG) BGBl I 2002/99.

4) ZB *G. Gruber*, Kognitionsbefugnis, Antragsbindung sowie Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis des Bundesvergabeamtes, in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 431 (440 ff).