

Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung

gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010

Mag. Franz Pachner
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

Diese Unterlage bezieht sich auf das Bundesvergabegesetz 2006 inkl. der Novellen 2007 und 2010.

Die Nennung von Gesetzesstellen ohne Angabe des Gesetzeswerkes beziehen sich immer auf das BVergG 2006 i.d.g.F.

Die angegebene Vorgangsweise orientiert sich im Wesentlichen an den Erfordernissen bei der Vergabe von Bauleistungen durch öffentliche Auftraggeber; trotzdem wurde versucht, auch die Rahmenbedingungen von Dienst- und Lieferleistungen und – wo sinnvoll – von Sektorenauftraggebern zu berücksichtigen.

Umfangreichere Besprechungen von Judikaten bzw. Zitate daraus sind grau hinterlegt.

Im Text kursiv gesetzte Passagen stellen die persönliche Meinung des Verfassers dar.

Alle Bezeichnungen sind jeweils geschlechtsneutral zu verstehen.

Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung

Thema	Seite
1	Grundsatzbestimmungen 1
1.1	Allgemeines 1
1.1.1	Rechtzeitigkeit der Einleitung eines Vergabeverfahrens 1
1.1.2	Projektierung und Ausschreibung umweltgerechter Leistungen 1
1.1.3	Vergleichbarkeit der Angebote als Maßstab für die Ausschreibung 1
1.1.4	Weitgehende Übereinstimmung von Ausschreibungsunterlagen und Leistungsvertrag 1
1.1.5	Möglichkeit für (eindeutig festgelegte) Teilangebote 1
1.1.6	Variantenangebote 2
1.1.7	Eine (einzige) Stelle für die rechtsgültige Unterschrift im Angebot 2
1.1.8	Dokumentation der Mitwirkung Dritter an der Vorbereitung einer Ausschreibung 2
1.1.9	Fachliche Voraussetzungen für die Vorbereitung einer Ausschreibung 2
1.2	Ermittlung des geschätzten Auftragswertes 2
1.2.1	Sachkundige Ermittlung des geschätzten Auftragswertes 2
1.2.2	Ermittlung des geschätzten Auftragswertes nach objektiven Kriterien 3
1.2.3	Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ohne Umsatzsteuer 4
1.2.4	Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes 4
2	Wahl des Vergabeverfahrens 5
2.1	Arten der Vergabeverfahren 5
2.2	EU- Schwellenwerte 7
2.2.1	Öffentliche Auftraggeber 7
2.2.2	Sektorenauftraggeber 7
2.3	Subschwellenwerte 7
2.4	Sonderregelungen bis 31.12.2010 8
2.5	Losregelung für den Oberschwellenbereich 8
2.5.1	Lieferaufträge 8
2.5.2	Dienstleistungsaufträge 8
2.5.3	Baufträge 8
2.6	Losregelung für den Unterschwellenbereich 9
2.6.1	Lieferaufträge 9
2.6.2	Dienstleistungsaufträge 9
2.6.3	Baufträge 9
3	Vom Auftragsgegenstand im Wesentlichen unabhängige formale Erfordernisse 10
3.1	Angabe von Auftraggeber oder Auftraggeber und vergebender Stelle 10
3.2	Festlegung, ob es sich um eine Ausschreibung im Oberschwellen- oder im Unterschwellenbereich handelt 10
3.3	Nachprüfungsinstanz 10
3.4	Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren betreffend Befugnis 10
3.5	„Vergabefremde“ Kriterien 11
3.6	Möglichkeit, wesentliche Positionen zu kennzeichnen 11
3.7	Technische Spezifikationen 11

3.8	Behandlung rechnerisch fehlerhafter Angebote	12
3.9	Regelungen für Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote	12
3.9.1	Regelung für Alternativangebote	12
3.9.2	Regelung für Abänderungsangebote.....	13
3.9.3	Regelung für Variantenangebote.....	14
3.9.4	Definition - Variantenangebot und Wahlposition	15
3.9.5	Unterschied zu Alternativangeboten und Abänderungsangeboten	15
3.10	Vertragsbestimmungen	15
3.11	Verständigung von einem Feststellungsverfahren durch den Auftraggeber	15
3.12	Gliederung der Ausschreibung	16
3.13	Ist die Einreichung eines Datenträgers zulässig und wie ist in diesem Falle vorzugehen?	17
3.14	Sind Kalkulationsunterlagen vorzulegen?	17
3.15	Wo und wie ist das Angebot korrekt zu fertigen?	18
3.16	Gibt es ein standardisiertes Angebotsschreiben?	19
4	Eignungsvoraussetzungen für Unternehmer und allfällige Subunternehmer	20
4.1	Befugnis	20
4.2	Zuverlässigkeit	20
4.2.1	Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit	20
4.3	Leistungsfähigkeit	21
4.3.1	Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	21
4.3.2	Technische Leistungsfähigkeit.....	22
4.4	Verzeichnis eines Dritten und Eigenerklärung	22
4.5	Ausschluss von Unternehmern aus anderen Gründen als mangelnder Eignung	23
4.5.1	Wettbewerbsbeeinträchtigende Vorarbeiten	23
	Wettbewerbsbeeinträchtigende Vorarbeiten - VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082.....	23
	§ 21 Abs 3 BVergG 2002 - entspricht § 20 Abs. 5 BVergG 2006 bestimmt:Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für ein Vergabeverfahren beteiligt waren, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre.....	23
4.5.2	Kontrolle oder Evaluierung der Tätigkeit der Erbringer anderer Leistungen (z.B. der Ersteher anderer Lose)..	25
5	Leistungsbeschreibung - was ist wesentlich?	27
5.1	Konstruktive versus funktionale Ausschreibung	28
5.2	Grundsatz der eindeutigen, vollständigen und neutralen Beschreibung der Leistung	28
5.2.1	Der Grundsatz der eindeutigen Beschreibung der Leistung.....	30
5.2.2	Der Grundsatz der vollständigen Beschreibung der Leistung	33
5.2.3	Der Grundsatz der neutralen Beschreibung der Leistung	35
5.3	Sorgfaltspflichten des Auftraggebers bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung	36
5.4	Anführung besonderer Umstände, die für die Leistungserbringung maßgeblich sind	37
5.4.1	Besondere örtliche Verhältnisse	38
5.4.2	Besondere zeitliche Verhältnisse.....	40
5.4.3	Ausreichende Genauigkeit der Spezifikation des Leistungsgegenstandes	40

5.4.4	Besondere Umstände des Personaleinsatzes.....	41
5.5	Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis	41
5.5.1	Allfällige Besichtigungstermine am (an den) Erfüllungsort(en).....	41
5.5.2	Frist für Rückfragen bzw. deren Beantwortung	42
5.5.3	Welche Unterlagen sind mit dem Angebot zwingend einzureichen?.....	42
5.5.4	Allfällige Teilvergaben/Teilzuschläge	43
5.5.5	Allfällige Kombination mit Angeboten anderer Ausschreibungen.....	43
5.6	Rechtliche Vertragsbedingungen.....	44
5.6.1	Gelten die Vertragsnormen?.....	44
5.6.2	Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften.....	45
5.6.3	Welche sonstigen Rechtsvorschriften gelten?.....	45
5.6.4	Termine und Pönale	46
5.7	Wirtschaftliche Vertragsbedingungen	46
5.7.1	Sicherstellungen	46
5.7.2	Zahlungsbedingungen	47
5.7.3	Allfällige Vorleistungen durch den Unternehmer im Auftragsfall	47
5.8	Technische Vertragsbedingungen	48
5.8.1	Konstruktive oder funktionale Ausschreibung?	48
5.8.2	Standardisierte Leistungsbeschreibungen (StLB)	49
5.8.3	Technische Spezifikationen, die sich nicht aus allfällig anzuwendenden StLB ergeben.....	49
6	Hierarchie der Geltung der Vertragsbestimmungen.....	52
7	Bestbieterermittlung - Zuschlagskriterien und deren Relation	53
7.1	Bestbieterprinzip versus Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis.....	53
7.1.1	Oberschwellenbereich	53
7.1.2	Unterschwellenbereich - Gleichrangigkeit des Bestangebotsprinzips und des Niedrigstpreisprinzips.....	53
7.2	Zuschlagskriterien allgemein	54
	Bei Zuschlagskriterien ist neben deren Gewichtung immer zu beachten	54
7.3	Gewichtung im strengen Sinn	55
7.4	Gewichtung im weiteren Sinn oder im Rahmen der Festlegung von Margen	55
7.5	Reihung der Zuschlagskriterien	55
8	Das Leistungsverzeichnis im eigentlichen Sinn	57
8.1	Allgemeines	57
8.1.1	Europarechtlicher Bezug	58
8.1.2	Aufgliederung umfangreicher Leistungen	58
8.2	Für die Beschreibung oder Aufgliederung der Leistung geeignete Leitlinien	60
8.2.1	ÖNORMen.....	60
8.2.2	Standardisierte Leistungsbeschreibungen	61
8.2.3	Zusatzpositionen („Z-Positionen“).....	63
8.2.4	Möglichkeit automationsunterstützter Angebotserstellung	63
8.3	Elemente der Gliederung des Leistungsverzeichnisses	63
8.4	Zusammenfassende Beschreibung der Gesamtleistung.....	63
8.4.1	Beschreibung gruppenspezifischer Leistungen.....	64
8.5	Aufgliederung in Leistungsverzeichnispositionen	64

8.5.1	Leistungen gleicher Art und Preisbildung	64
8.6	Aufbau von Leistungsverzeichnispositionen	65
8.6.1	Positionsnummer	65
8.6.2	Besondere Kennzeichnung einer Ausführungsart, Wahl-, Eventual- oder Zusatzpositionen	65
8.6.3	Beschreibung der Leistungsposition	65
8.6.4	Bieterlücke (erforderlichenfalls)	65
8.6.5	Ausgeschriebene Mengen (Massen)	66
8.6.6	Einheitspreis	66
8.6.7	Positionspreis	66
8.7	Arten von LV-Positionen - Ausschreibungsvarianten und Wahlpositionen	66
8.7.1	Variantenangebote	66
8.7.2	Wahlpositionen	66
8.7.3	Eventualpositionen	67
8.7.4	Systematischer Zusammenhang der Leistungsverzeichnispositionen	67
8.7.5	Getrennte Positionen für Leistungen mit einmalige Kosten und Leistungen mit zeit- oder mengenabhängigen Kosten	68
8.7.6	Zusammenfassung zusammengehörender Leistungen verschiedener Art und Preisbildung	68
8.7.7	Nebenleistungen als Hauptleistungen	69
8.7.8	Aufgliederung von Preisen	70
8.7.9	Aufgliederung von Preisen bei Geltung veränderlicher Preise	70
8.8	Summenblatt	70
9	Angebotsöffnung	72
9.1	Angebotsöffnung: Was ist dabei zu beachten?	72
9.2	Ende der Einreichfrist und Zeitpunkt der Angebotsöffnung	72
9.3	Verspätet eingereichte Angebote	72
9.4	Eintragen von Angeboten in der Reihenfolge des Einlangens in eine Liste	73
9.5	Ablauf der Angebotsöffnung	74
9.5.1	Ist jede anwesende Person berechtigt, an der Angebotsöffnung teilzunehmen?	74
9.5.2	Vertreter der Bieters haben Mitwirkungspflichten an der Angebotsöffnung	74
9.5.3	Prüfung der Unversehrtheit der Angebote	74
9.5.4	Verlesung aus den Angeboten	74
9.6	Niederschrift über die Angebotsöffnung	75
9.7	Auskunft über das Ergebnis der Angebotsöffnung	76
10	Angebotsprüfung	77
10.1	Formale Voraussetzungen für die Angebotsprüfung	77
10.1.1	Fachkunde	77
10.1.2	Unbefangenheit	77
10.1.3	Verschwiegenheit	78
10.2	Systematische Einordnung der Angebotsprüfung	78
10.2.1	Klassische Auftraggeber	78
10.2.2	Sektorenauftraggeber	79
10.3	Phasen der Prüfung der Angebote	79
•	Ausschluss von Bietern:	79
•	Zwingendes Ausscheiden von Angeboten aus formalen Gründen	79

•	Prüfung jener Bieter auf ihre Eignung, die nicht a priori auszuschließen waren:	79
•	Prüfung der Angebote jener Bieter, die geeignet sind:	80
10.3.1	Ausschluss von Bietern	80
	Mögliche Gründe des Ausschlusses bestimmter Unternehmer, aus anderen Gründen als denen mangelnder Eignung..	80
10.3.2	Zwingendes Ausscheiden von Angeboten aus formalen Gründen.....	80
10.3.3	Prüfung der Eignung der Bieter	81
10.3.4	Ausscheiden von Angeboten aus inhaltlichen Gründen	83
	Das sind jedenfalls.....	83
10.4	Prüfung der Preisangemessenheit.....	84
10.4.1	Vertiefte Angebotsprüfung.....	85
10.5	Prüfung, welche fehlenden Unterlagen nachgereicht werden können	86
10.6	Inhaltliche Prüfung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien	88
10.7	Aufklärungsgespräche (während der Zuschlagsfrist)	91
10.7.1	Prüfvermerk des Auftraggebers auf Angeboten	91
11	Niederschrift über die Angebotsprüfung und den Vergabevorschlag	92
12	Berichts- und Verständigungspflichten	93
12.1	Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.....	93
12.2	Bekanntgabe der Zuschlagserteilung.....	93
12.3	Vergabevermerk	93
12.4	Statistikpflichten oberhalb der EU-Schwellenwerte.....	94
13	Widerruf der Ausschreibung	95
13.1	Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung.....	95
13.1.1	Widerruf vor Angebotsöffnung	95
13.1.2	Widerruf nach Angebotsöffnung	95
13.2	Stillhaltefrist	95
13.3	Verzicht auf die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung.....	95
13.4	Widerrufserklärung	95
13.5	Aussitzen (de-facto-Widerruf).....	96
14	Wichtige websites auf dem Gebiet des Vergabewesens.....	97

Abkürzungen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMWFJ	Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesvergabe-gesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
LB-H	Leistungsbeschreibung Hochbau
ON	ÖNORM
ONR	ÖNORM-Regel
RL	Richtlinie
Rn, RZ	Randnummer, -ziffer
Rs	Rechtssache
StLB	Standardisierte Leistungsbeschreibung
UGB	Unternehmensgesetzbuch
USt.	Umsatzsteuer
VK	Vergabekammer
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen

1 Grundsatzbestimmungen

1.1 Allgemeines

1.1.1 Rechtzeitigkeit der Einleitung eines Vergabeverfahrens

Sofern nicht ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchgeführt werden soll, ist die Ausschreibung so rechtzeitig bekannt zu machen, dass die Auftragsvergabe nach den Bestimmungen des BVergG ermöglicht wird.¹

1.1.2 Projektierung und Ausschreibung umweltgerechter Leistungen

Dabei ist auf geeignete technische Spezifikationen Bezug zu nehmen; weiters soll der Konzeption für alle Benutzer², insbesondere für Menschen mit Behinderung,³ und der Umweltgerechtigkeit und Nachhaltigkeit Rechnung getragen werden.⁴

1.1.3 Vergleichbarkeit der Angebote als Maßstab für die Ausschreibung

Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern es sich nicht um eine funktionale Leistungsbeschreibung handelt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.⁵

1.1.4 Weitgehende Übereinstimmung von Ausschreibungsunterlagen und Leistungsvertrag

Soweit es sich um eine ausschließlich konstruktive Leistungsbeschreibung handelt, sind die Leistungsbeschreibung und die sonstigen Vertragsbestimmungen so abzufassen, dass sie möglichst in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können.⁶ Das bedeutet, dass ein Vertragsentwurf bereits Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen sein kann.

1.1.5 Möglichkeit für (eindeutig festgelegte) Teilangebote

Soll die Leistung ggf. in Teilen vergeben werden, ist die Ausschreibung so zu gestalten, dass der Bieter Teilangebotspreise bilden kann (der Auftraggeber legt in der Ausschreibung, soweit dies sinnvoll möglich ist, Teile der Gesamtleistung fest, die einzeln angeboten werden können).⁷

¹ § 78 Abs 1

² § 78 Abs.2

³ § 87

⁴ § 78 Abs 2

⁵ § 78 Abs 3

⁶ § 78 Abs 4.

⁷ § 22 Abs. 1, § 78 Abs 5.

1.1.6 Variantenangebote

Sieht die Ausschreibung Varianten vor, so ist sie so zu gestalten, dass der Bieter Variantenangebotspreise bilden kann.⁸

1.1.7 Eine (einzige) Stelle für die rechtsgültige Unterschrift im Angebot

In den Ausschreibungsunterlagen ist grundsätzlich **nur eine Stelle für die rechtsgültige Unterschrift** des Angebotes durch den Bieter vorzusehen.⁹

1.1.8 Dokumentation der Mitwirkung Dritter an der Vorbereitung einer Ausschreibung

Jegliche Mitwirkung Dritter an der Vorbereitung einer Ausschreibung ist zu dokumentieren.¹⁰

1.1.9 Fachliche Voraussetzungen für die Vorbereitung einer Ausschreibung

Die Vorbereitung einer Ausschreibung darf nur Personen übertragen werden, die über die fachlichen Voraussetzungen hierfür verfügen. Erforderlichenfalls sind unbefangene Sachverständige beizuziehen.¹¹

1.2 Ermittlung des geschätzten Auftragswertes

1.2.1 Sachkundige Ermittlung des geschätzten Auftragswertes

Der geschätzte Auftragswert ist vom Auftraggeber **sachkundig** zu ermitteln¹². Dazu stellte das BVA in einer Leitentscheidung fest, dass der primäre Maßstab für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes jener Wert sein muss, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sache veranschlagen würde.¹³ Ähnliche Anforderungen an die Sorgfalt stellte der (deutsche) BGH an die Sorgfalt bei der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes, die "eine Prognose ist, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbarer Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde"¹⁴.

Eine - reine - Schätzung auf der Basis von Käufen in den Vorjahren unter dem Analogieschluss, dass sich die Preise nicht verändert haben, wurde vom BVA in älteren Entscheidungen als nicht den Kriterien der Sachkunde und der Nachvollziehbarkeit entsprechend gewertet, unabhängig davon, dass die Angebotspreise der drei preislich niedrigsten Angebote unterhalb des Schwellenwertes lagen.¹⁵

⁸ § 78 Abs 6.

⁹ § 78 Abs 7.

¹⁰ § 78 Abs 8.

¹¹ § 78 Abs 9.

¹² § 13 Abs 3

¹³ BVA 4.12.1997 F-10/97-14.

¹⁴ BGH 8.9.1998 X ZR 99/96, zitiert nach *Heid/Hauck/K. Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002), .

¹⁵ BVA 4.5.2000 F-27/99-10.

In pragmatischeren Entscheidungen kam das BVA hingegen zum Schluss, dass trotz Zweifel an der Plausibilität der Berechnung des geschätzten Auftragswertes durch den Auftraggeber, die von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren als "vollkommen unrealistisch" bezeichnet worden war, die Zuordnung des Auftrags zum Unterschwellenbereich nicht dem BVergG widerspreche, da die drei¹⁶ bzw. vier¹⁷ preisgünstigsten Angebote im Unterschwellenbereich lägen. *Es spricht mE alles für diese Entscheidungen des BVA, da sie auch dem Faktum der Schätzungsgenauigkeit, die sich allerdings in einer angemessenen Bandbreite halten muss,¹⁸ Rechnung tragen.*

Das bedeutet, dass der Auftraggeber - jedenfalls bei Überschreiten des zulässigen Höchstwertes für die Wahl der Direktvergabe - bei fehlender Sachkunde sich einer im jeweiligen Fachgebiet sachverständigen Person zu bedienen hat¹⁹.

Bezüglich der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes von Bauleistungen gibt die ÖNORM B 1801-1 mit dem Kostenanschlag die maßgebliche Bezugseinheit vor, dieser wird auf der Basis der Entwurfs- oder Einreichplanung, der Objektbeschreibung und des generellen Terminablaufplanes erstellt²⁰.

1.2.2 Ermittlung des geschätzten Auftragswertes nach objektiven Kriterien

Der geschätzte Auftragswert ist nach **objektiven Kriterien** zu ermitteln. Für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes können weder die Schätzungen des Auftraggebers noch die Preise der tatsächlich eingelangten Angebote für sich alleine maßgeblich sein, da sonst die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes von den subjektiven Vorstellungen der jeweiligen Bieter bzw des Auftraggebers abhängig wäre²¹. Bei der Ermittlung sind jene Leistungen zu erfassen, die im konkreten Fall tatsächlich notwendig sind, einschließlich der zu erwartenden Erschwernisse und Risiken.²² Maßgeblich ist der Verkehrs- oder Marktwert, zu dem eine bestimmte Leistung zum maßgebenden Zeitpunkt am Markt erhältlich ist.²³

Unvorhergesehenes,²⁴ nach *Heid/Hauck/K. Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) zählen dazu auch **Eventualpositionen**,²⁵ und eine allfällige **Preisgleitung** während des Leistungszeitraums sind **nicht** zu berücksichtigen.

¹⁶ BVA 1.3.2000 N-52/99-22 u BVA 27.9.2001 N-96/01-8

¹⁷ BVA 24.2.2003 06N-5/03-13

¹⁸ *Boesen*, Vergaberecht. Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000) § 100 Rz 19 setzt 5 % als zulässiges Ausmaß an Schätzungsgenauigkeit an, was mE zu niedrig ist.

¹⁹ § 79 Abs. 9 BVergG 2006. IdS *Heid/Hauck/K. Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002)

²⁰ ÖNORM B 1801-1, 1.5.1995, P 2.3.4; in Konkretisierung dazu P 4.3.4: "Der Kostenanschlag dient als Kostenvorgabe für die Auftragsvergabe und als Kostenkontrolle (Soll-/Ist-Vergleich mit der Kostenberechnung). Er bildet die Grundlage für die Entscheidung über die Ausführungsplanung und die Vorbereitung der Vergabe."

²¹ BVA 4.12.1997 F-10/97-14

²² VK Rheinland-Pfalz 6.7.2000 1 Verg. 1/99 mit folgender Begründung: "Eine vertragliche Regelung, wonach solche Risiken und Erschwernisse in den angebotenen Einheitspreise einzubeziehen sind und später nicht gesondert abgerechnet werden können, führt entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht dazu, dass sich solche besonderen Risiken gewissermaßen 'in Nichts auflösen'."

²³ *Kemper* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar. Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A (2001) § 1a Rz 23.

²⁴ *Kemper* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar. Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A (2001) § 1a Rz 46.

²⁵ VK Nordbayern 26.3.2002 Az. 320.VK-3194-05/02

Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes nicht zusammenzurechnen sind die Beschaffungen rechtlich oder haushalts-/budgetmäßig getrennter Organisationseinheiten²⁶. Anderes gilt nur, sofern diese gleichzeitig und in gegenseitiger Abstimmung gleiche Leistungen zur Vergabe bringen²⁷.

1.2.3 Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ohne Umsatzsteuer

Sämtliche Schwellenwerte des Richtlinienrechts sind **ohne Umsatzsteuer** festgelegt,²⁸ daher hat diese bei der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes außer Betracht zu bleiben²⁹.

1.2.4 Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes

Der Zeitpunkt der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist die **Einleitung des Vergabeverfahrens**, dh. der erste nach außen tretende Schritt des Auftraggebers³⁰. Vergaberechtlich maßgeblich ist der Zeitpunkt der Absendung der Vergabebekanntmachung³¹ beim offenen Verfahren, beim nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung, beim Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung, bei der Rahmenvereinbarung und bei der elektronischen Auktion oder der Zeitpunkt der - direkten - Einladung von Unternehmern zu einem Vergabeverfahren³².

²⁶ Müller in Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A. Vergaberecht - Rechtsschutz (2000) § 1a Rz 82; Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002),

²⁷ IdS BVA 5.10.2001 N-73/01-36 (*Straßenumbau B 13a Liesingtalstraße*) zur Zusammenrechnungspflicht der organisatorisch von verschiedenen Organisationseinheiten veranlassten Leistungen für Straßenbau, Grünbau, öffentliche Beleuchtung und Verkehrsprovisorien, Verkehrsleiteinrichtungen sowie Verkehrslichtsignalanlagen

²⁸ LKR Art 5; BKR Art 6; DKR Art 7; SKR Art 14; VergabeRL 2004 Art 9; SektorenRL 2004 Art 17

²⁹ Sh. Kommentierung zu § 9.

³⁰ Art 14b Abs 2 BVG. EuGH 5.10.2000 Rs C-337/98 *Kommission/Frankreich (Stadtbahn Rennes)* Rz 40, bei einer Auftragsvergabe im Sektorenbereich, wobei das Vergabeverfahren zwar vor Inkrafttreten der SKR 1990 eingeleitet, aber erst am 22.11.1996 abgeschlossen wurde: "Zu dem Vorbringen der Kommission, wonach es für die Geltung der Richtlinie 93/38 auf das Datum der Auftragsvergabe ankomme, genügt die Feststellung, dass es gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen würde, das anwendbare Recht anhand des Datums der Auftragsvergabe zu bestimmen, da dieses Datum das Ende des Verfahrens bezeichnet, während die Entscheidung des öffentlichen Auftraggeber für oder gegen einen vorherigen Aufruf zum Wettbewerb in der Regel zu Beginn des Verfahrens getroffen wird."

Inhaltlich gleich VK Rheinland-Pfalz 6.7.2000 1 Verg. 1/99 noch mit dem weiteren Hinweis, dass zum Zeitpunkt der Schätzung des Auftragswertes kein Angebot vorliegen soll, um die für den Schwellenwert maßgebliche Schätzung des Auftragswertes unbeeinflusst von der Kalkulation der Angebote durch die Bieter nach objektiven Kriterien zu erstellen.

Inhaltlich gleich wie die zuvor zitierten Judikate Müller in Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A. Vergaberecht - Rechtsschutz (2000) § 1a Rz 86; Rusam in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB/Teile A und B (2000) § 1a Rz 14.

³¹ Für den Bereich der öffentlichen Auftraggeber: § 39 im Oberschwellenbereich bzw § 44 im Unterschwellenbereich u bei Dienstleistungskonzessionen; für den Sektorenbereich § 125 im Oberschwellenbereich.

³² BVA 10.9.2003 02F-18/02-35.

2 Wahl des Vergabeverfahrens

2.1 Arten der Vergabeverfahren³³

Unabhängig vom Auftragswert sind nach dem BVergG 2006 gleichwertig das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren mit Bekanntmachung als Regelverfahren anzusehen.³⁴ Das entspricht auch dem europäischen Vergaberecht.

- Das **offene Verfahren**³⁵ ist immer ein einstufiges Verfahren, bei dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Dabei wird- als einzigem Verfahren - die Eignung der Bieter erst dann geprüft, nachdem die Angebote eingereicht wurden. In den Ausschreibungsunterlagen müssen alle für die Bewertung der Bieter und der Angebote relevanten Anforderungen und Kriterien, die die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen, angeführt sein.
- Das **nicht offene Verfahren mit Bekanntmachung**³⁶ ist ein zweistufiges Verfahren, bei dem, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden. In der Bekanntmachung ist festzulegen, ob alle geeigneten Bewerber oder eine fixe Zahl bzw. eine Marge ausgewählter Bewerber zur Einreichung eines Angebotes aufgefordert werden können (die Eignung ist vor der Einladung zur Erstellung eines Angebotes zu prüfen). In den Ausschreibungsunterlagen (zweite Stufe) müssen alle für die Bewertung der Angebote und der Bieter maßgeblichen Anforderungen und Kriterien angeführt sein, Verhandlungen über den Auftragsgegenstand oder den Preis sind unzulässig, die Bieter haben im Regelfall Gelegenheit zu erhalten, an der Angebotsöffnung teilzunehmen.
- Das **Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung**³⁷ ist ein zweistufiges Verfahren, bei dem, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden. Dieses Verfahren, das oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte des BVergG als Ausnahmeverfahren - ausgenommen geistige Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen – anzusehen ist, gleicht im wesentlichen dem nicht offene Verfahren mit Bekanntmachung; allerdings sind Verhandlungen über den Auftragsgegenstand und den Preis vorgesehen und die Bieter dürfen an der (am besten: kommissionellen) Angebotsöffnung nicht teilnehmen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter ist aber auch beim Verhandlungsverfahren zu beachten.
- Das **nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung**³⁸ ist ein einstufiges Verfahren (nur im Unterschwellenbereich), bei dem der Auftraggeber die Eignung und die Angebotswilligkeit vor Einladung zur Einreichung eines Angebotes überprüfen muss. Die Bieter werden direkt zur Ange-

³³ § 25

³⁴ § 27

³⁵ § 25 Abs 2

³⁶ § 25 Abs 3

³⁷ § 25 Abs.5

³⁸ § 25 Abs 4

botseinreichung aufgefordert. Verhandlungen über den Auftragsgegenstand oder den Preis sind unzulässig, die Bieter haben i.d.R. Gelegenheit, an der Angebotsöffnung teilzunehmen.

- Das **Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung**³⁹ ist ein einstufiges Verfahren (in taxativ aufgezählten Fällen). Es läuft im Wesentlichen wie das nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung ab, allerdings sind Verhandlungen über den Auftragsgegenstand und den Preis vorgesehen und die Bieter dürfen an der (kommissionell durch den Auftraggeber erfolgenden) Angebotsöffnung nicht teilnehmen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter ist aber auch beim Verhandlungsverfahren zu beachten.
- Die **Direktvergabe**⁴⁰ ist einstufiges Verfahren: Sinn ist es, bei derartigen Leistungen die Kosten des Beschaffungsvorganges möglichst gering zu halten. Zu beachten ist sicher das Teilungsverbot (nicht nur aus vergaberechtlichen sondern auch aus haushaltsrechtlichen Gründen).⁴¹
- Die **elektronische Auktion**⁴² ist eine (zweite) Verfahrensstufe, bei der als erste Verfahrensstufe eines der anderen Vergabeverfahren vorausgegangen sein muss.
- Die **Rahmenvereinbarung**⁴³ ist eine Vergabe im Anschluß an ein offenes Verfahren oder ein Verfahren mit Bekanntmachung und vom Rahmenauftrag⁴⁴ zu unterscheiden. Sie ist „eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge“. Hier besteht eine einseitige Bindung des Auftragnehmers, die aber im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesehen werden muss (d.h. der Bieter wird nicht immer alle Kapazitäten zum niedrigstmöglichen Preis vorhalten können).
- Ein **Dynamisches Beschaffungssystem**⁴⁵ ist ein vollelektronisches Verfahren für Beschaffungen von marktüblichen Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genügen; dieses Verfahren ist zeitlich befristet und steht während der gesamten Verfahrensdauer jedem Bewerber und Bieter offen, der die Eignungskriterien erfüllt und eine unverbindliche Erklärung zur Leistungserbringung im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen unterbreitet hat.
- Ein **Wettbewerblicher Dialog**⁴⁶ ist ein Verfahren, bei dem sich alle Unternehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu

³⁹ § 25 Abs. 6

⁴⁰ § 25 Abs. 10

⁴¹ M.E. ist vor dem Einholen von „Vergleichsangeboten“ zu warnen, da dadurch der Tatbestand des Verhandlungsverfahrens erfüllt sein könnte; es sollten, falls dies sinnvoll erscheint, „unverbindliche Kostenvoranschläge“ eingeholt werden, die auch die betroffenen Unternehmer vor keinen großen Aufwand stellen sollten.

⁴² §§ 146-149 BVergG

⁴³ § 25 Abs. 7, §§ 150-152

⁴⁴ Der **Rahmenauftrag** (der oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte immer zulässig war und dies auch weiterhin ist) bedeutet, dass geschätzte 100 % einer Leistung als Rahmen ausgeschrieben werden, derjenige, dem der Auftrag zugeschlagen wird, erbringt die Leistung in der tatsächlich anfallenden Menge, die mit 100 % des ausgeschriebenen Umfangs begrenzt werden kann.

⁴⁵ § 25 Abs. 8, §§ 156-158

⁴⁶ § 25 Abs. 9, §§ 159-162

diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage bzw. Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

2.2 EU- Schwellenwerte

Die Schwellenwerte (ohne USt) betragen für den Zeitraum **1.1.2010 - 31.12.2012**⁴⁷

2.2.1 Öffentliche Auftraggeber

- 125.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Wettbewerbe zentraler öffentlicher Auftraggeber ;
- 193.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Wettbewerbe aller übrigen öffentlichen Auftraggeber;
- 4,845.000 € für Bauaufträge

2.2.2 Sektorenauftraggeber

- 387.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Wettbewerbe;
- 4,845.000 € für Bauaufträge

2.3 Subschwellenwerte

Bei Aufträgen öffentlicher Auftraggeber mit nachfolgend angeführtem geschätztem Auftragswert ohne USt gilt:

- < 40.000,-- €: Die Wahl der Direktvergabe ist bei allen Auftragsarten zulässig⁴⁸.
- < 60.000,-- € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen: Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit (i.d.R.) mindestens drei Unternehmern ist zulässig⁴⁹.
- < 80.000,-- € bei Bauaufträgen: Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit (i.d.R.) mindestens 3 Unternehmern ist zulässig⁵⁰.
- < 80.000,-- € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen: Die Wahl des nicht offenen Verfahrens mit (i.d.R.) mindestens 5 Unternehmern ist zulässig⁵¹.
- ≤ 62.500,-- € bei zentralen Beschaffungsstellen bzw. ≤ 96.500,-- € bei allen übrigen Auftraggebern: Geistige Leistungen können im Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer vergeben werden, wenn die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbs im Hinblick auf den geschätzten Auftragswert wirtschaftlich nicht vertretbar wäre⁵².

⁴⁷ Verordnung der Kommission Nr. 1177/2009, ABI. EU Nr. L 314/64 vom 1.12. 2009

⁴⁸ § 41 Abs. 2

⁴⁹ § 38 Abs 2 Z 2

⁵⁰ § 38 Abs 2 Z 1

⁵¹ § 37 Z 2

⁵² § 38 Abs 3

- < 120.000,-- € bei Bauaufträgen: Die Wahl des nicht offenen Verfahrens mit (i.d.R.) mindestens 5 Unternehmern ist zulässig⁵³.
- < 1,000.000,-- € bei Bauaufträgen: Die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung ist zulässig⁵⁴.

2.4 Sonderregelungen bis 31.12.2010⁵⁵

- ≤ 100.000 € Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe, der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, der Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne Bekanntmachung bei Liefer- und DL-Aufträgen und der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung bei Bauaufträgen.

2.5 Losregelung für den Oberschwellenbereich

2.5.1 Lieferaufträge

Wird der Schwellenwert bei Zusammenzählen aller Lose erreicht oder überschritten, so sind alle Lose eines Lieferauftrags ≥ 80.000 € europaweit nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich auszuschreiben; Lose < 80.000 € müssen dann nicht europaweit ausgeschrieben werden, wenn der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt⁵⁶.

2.5.2 Dienstleistungsaufträge

Wird der Schwellenwert bei Zusammenzählen aller Lose erreicht oder überschritten, so sind alle Lose eines Dienstleistungsauftrags ≥ 80.000 € europaweit nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich auszuschreiben; Lose < 80.000 € müssen dann nicht europaweit ausgeschrieben werden, wenn der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt⁵⁷.

2.5.3 Bauaufträge

Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert aller Lose gemäß Kostenschätzung des Auftraggebers den Schwellenwert, so sind alle Lose ≥ 1,000.000 € europaweit nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich auszuschreiben; Lose < 1,000.000 € müssen dann nicht europaweit ausgeschrieben werden, wenn der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt⁵⁸.

⁵³ § 37 Z 1

⁵⁴ § 38 Abs. 1

⁵⁵ 125. Verordnung des Bundeskanzlers vom 29.4.2009, Schwellenwertverordnung 2009

⁵⁶ § 15 Abs. 4

⁵⁷ § 16 Abs. 5

⁵⁸ § 14 Abs. 3

2.6 Losregelung für den Unterschwellenbereich

2.6.1 Lieferaufträge

Das BVergG sieht für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich vor, dass Lose, deren Wert 40.000,-- € ohne USt nicht erreicht, im Wege der Direktvergabe vergeben werden dürfen, sofern der kumulierte Wert dieser Lose 40 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt⁵⁹.

2.6.2 Dienstleistungsaufträge

Das BVergG sieht für Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich vor, dass Lose, deren Wert 40.000,-- € ohne USt nicht erreicht, im Wege der Direktvergabe vergeben werden dürfen, sofern der kumulierte Wert dieser Lose 40 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt⁶⁰(und sofern es sich nicht um einen Auftrag an einen Generaldienstleistungsauftrag handelt - z.B. Generalplaner oder Facility Manager).

2.6.3 Bauaufträge

Es gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes für alle Lose⁶¹. Grundregel ist, wie im Oberschwellenbereich, dass der Auftragswert je Gewerk (gemäß Anhang I zum BVergG) für die Bestimmung der weiteren Vorgangsweise heranzuziehen ist (sofern es sich nicht um einen Generalunternehmerauftrag handelt).

⁵⁹ § 15 Abs. 5

⁶⁰ § 16 Abs. 6

⁶¹ § 14 Abs. 4

3 Vom Auftragsgegenstand im Wesentlichen unabhängige formale Erfordernisse

Als allgemeine Regel kann gelten, dass, in Entsprechung zur ÖNORM A 2050 den Bieter bei der Erstellung des Angebotes verstärkte Sorgfaltspflichten treffen; die Judikatur des Bundesvergabeamtes hatte dies in den letzten Jahren bereits durchblicken lassen. Die Ausnahme dazu ist, dass der Auftraggeber verpflichtet wird, für den Leistungsvertrag erforderlichenfalls bestimmte Regelungen zu treffen⁶².

3.1 Angabe von Auftraggeber oder Auftraggeber und vergebender Stelle

In der Ausschreibung ist der Auftraggeber oder der Auftraggeber und die vergebende Stelle genau zu bezeichnen⁶³.

3.2 Festlegung, ob es sich um eine Ausschreibung im Oberschwellen- oder im Unterschwellenbereich handelt⁶⁴

In der jeweiligen Ausschreibung ist festzulegen, ob sie auf der Grundlage der Bestimmungen für den Oberschwellenbereich oder den Unterschwellenbereich erfolgt. Das betrifft insbesondere die Beurteilung, inwieweit Lose von Gesamtaufträgen, deren kumulierte Auftragswerte den jeweils heranzuziehenden Schwellenwert erreichen oder überschreiten, europaweit ausgeschrieben werden müssen⁶⁵. Kleinlose, können unter den dort angeführten Bedingungen nach den Bestimmungen des Unterschwellenbereichs vergeben werden.

3.3 Nachprüfungsinstanz

In der Ausschreibung ist die für die Nachprüfung des jeweiligen Vergabeverfahrens zuständige Vergabekontrollbehörde anzugeben⁶⁶.

3.4 Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren betreffend Befugnis

- Es gelten die Regelung des § 20 Abs 1
- Keine Anzeigepflicht besteht bei Ziviltechnikern und Angehörigen freier Berufe.
- Anzeigepflicht besteht bei reglementierten Gewerben
- Die Gewerbebehörde (BMWFJ) prüft bei gesundheits-/sicherheitsrelevanten Befugnissen (Baumeister; Elektrotechniker; Sanitärinstallateure; Gasinstallateure; Ingenieurbüros/Technische Büros).

⁶² Sh. Abschnitt 5.6 und 5.7

⁶³ § 79 Abs 1.

⁶⁴ ebda

⁶⁵ Sh . Abschnitt 2.5.

⁶⁶ § 79 Abs 1.

Zu den Listen der Gewerbe siehe auf der Homepage des BMWFJ⁶⁷. Vergaberechtlich heikel ist praktisch nur die letzte der drei angeführten Kategorien; hier ist maßgeblich, ob das Verfahren zeitgerecht eingeleitet wurde.

3.5 „Vergabefremde“ Kriterien⁶⁸

Das BVergG regelt auch, dass im Vergabeverfahren auf die **Beschäftigung von Frauen**, von **Personen im Ausbildungsverhältnis**, von **Langzeitarbeitslosen**, von **Menschen mit Behinderungen** und **älteren Arbeitnehmern** sowie auf Maßnahmen zur **Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange** Bedacht genommen werden kann. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

Heftig umstritten waren (und sind z.T. immer noch) die so genannten „vergabefremden Kriterien“ als Zuschlagskriterien, die seit dem BVergG 2002 ausdrücklich zugelassen sind. Der sachlich anzulegende Maßstab aus europarechtlicher Sicht dürften die Kriterien darstellen, die der Europäische Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache „Finnische Busse“⁶⁹ im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium „Umweltschutz“ aufgestellt hat: Derartige Kriterien

- müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
- dürfen dem Auftraggeber keine unbeschränkte Handlungsfreiheit einräumen,
- müssen in der Ausschreibungsbekanntmachung oder im Leistungsverzeichnis ausdrücklich angeführt worden sein,
- dürfen nur so angewandt werden, dass die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden.

3.6 Möglichkeit, wesentliche Positionen zu kennzeichnen

Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung die als wesentlich geltenden Positionen kennzeichnen⁷⁰. Diese können dann für die vertiefte Angebotsprüfung nach § 125 herangezogen werden.

3.7 Technische Spezifikationen

Die Ausschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten⁷¹.

Anmerkung: Diese Aussage ist zu vergrößert, da beispielsweise bei der Ausschreibung geistiger Leistungen technische Spezifikationen häufig überhaupt nicht vorkommen werden.

⁶⁷ <http://www.bmwfj.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/ListederUnternehmenstätigkeiten.aspx>

⁶⁸ § 19 Abs 6

⁶⁹ EuGH, Rs. C-513/99, „Concordia Bus Finland Oy Ab gegen Gemeinde Helsinki und HKL Bussiliiikenne“, Urteil vom 17.9.2002.

⁷⁰ § 79 Abs 4

⁷¹ § 79 Abs 5

3.8 Behandlung rechnerisch fehlerhafter Angebote

In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob Angebote mit Rechenfehlern $\geq 2\%$ **ausgeschlossen** werden und ob eine **Vorreihung** infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers [*Anm.: des betroffenen Bieters*] zulässig ist⁷².

Grundregel: Enthält die Ausschreibung keine Festlegung, so sind Rechenfehler $\geq 2\%$ zulässig, eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers [*im Angebot des betroffenen Bieters*] ist hingegen unzulässig⁷³.

3.9 Regelungen für Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote

3.9.1 Regelung für Alternativangebote⁷⁴

3.9.1.1 Formale Bestimmungen über die Zulässigkeit von Alternativangeboten

Alternativangebote sind, wie bereits angeführt, nur bei Ausschreibungen nach dem **Bestangebotsprinzip** zulässig⁷⁵.

Der Auftraggeber kann Alternativangebote zulassen, er kann sie aber auch ohne nähere Begründung für unzulässig erklären. Enthält die Ausschreibung keine Festlegungen zu Alternativangeboten, so sind sie in jedem Fall unzulässig⁷⁶.

Der Auftraggeber kann - frei - entscheiden, ob er technische, wirtschaftliche oder rechtliche Alternativangebote zulässt; der Auftraggeber muss aber in den Ausschreibungsunterlagen erklären, welche Art von Alternativangeboten er zulässt⁷⁷.

Sind Alternativangebote gemäß Ausschreibungsunterlagen zulässig, dann sind sie, sofern in der Ausschreibung nicht Anderes vorgesehen ist, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Hauptangebot zulässig⁷⁸.

Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen anzugeben, die Alternativangebote erfüllen müssen; Alternativangebote, die diese Mindestanforderungen nicht erfüllen, sind zwingend auszuschließen⁷⁹.

3.9.1.2 Das konkrete Spannungsfeld, in dem sich Alternativangebote befinden

Die Theorie - und diese beherrscht gerade beim Thema Alternativangebote die Vergaberechtsprechung - verlangt, dass für Alternativangebote gesonderte Kriterien anzuführen sind, wobei sich diese Forderung häufig nicht nur auf Mindestanforderungen (s.o.), sondern auch auf Zuschlags-

⁷² § 79 Abs 6

⁷³ § 126 Abs. 4

⁷⁴ § 81

⁷⁵ § 81 Abs. 1 erster Satz. Umsetzung des Urteils EuGH in der Rs. C-421/01 vom 16.10.2003 – „Traunfellner gegen ASFINAG“.

⁷⁶ Das in diesem Absatz dargestellte Regelungsregime entspricht genau jenem der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG.

⁷⁷ § 81 Abs. 1 zweiter Satz.

⁷⁸ § 81 Abs. 1 dritter Satz.

⁷⁹ § 81 Abs. 2.

kriterien bezieht - so vermeint es der EuGH in seinem, *m.E. zumindest teilweise missglückten*, Urteil in der Rs. "Traunfellner gegen ASFINAG"⁸⁰.

Die Vergabekammern und Oberlandesgerichte in der Bundesrepublik Deutschland sehen das pragmatisch - sind keine gesonderten Mindestanforderungen für Alternativangebote in der Ausschreibung, dann gelten sinngemäß die selben Kriterien wie für Hauptangebote; *m.E. ist das eine goldene Regel*.

Formalistisch, etwa im Sinne des "Traunfellner"-Urteils des EuGH und der Linie des Bundesvergabeamtes folgend, kann der Auftraggeber in dieser Fallkonstellation in Probleme geraten. Die Aspekte der Logik und der Zweckmäßigkeit seien in diesem Zusammenhang ausgeklammert.

Während hier von einer gewissen "Ähnlichkeit" ausgegangen werden kann, ist der gegenteilige Fall das "aliud", dass also eine völlig andere als die ausgeschriebene Lösung angeboten wird.

M.E. kann dies bei einer funktionalen Ausschreibung⁸¹ möglich sein; zu fragen ist, ob es Alternativangebote bei einer funktionalen Ausschreibung geben kann.

Bei einer konstruktiven Ausschreibung wird ein "aliud",⁸² folgt man der großen Linie der Rechtsprechung, ein unzulässiges Alternativangebot sein.

3.9.2 Regelung für Abänderungsangebote⁸³

3.9.2.1 Konkreter Regelungsbedarf auf Grund der Forderungen aus der Praxis

Durch das bereits angesprochene Urteil des EuGH in der Rs. "Traunfellner gegen ASFINAG" musste die Zulässigkeit von Alternativangeboten auf Ausschreibungen auf der Grundlage des Bestangebotsprinzips eingeschränkt werden.

Vor allem seitens der Vergabespezialisten der Landesbaudirektionen wurde die Notwendigkeit, geringfügige technische Änderungen auch bei Ausschreibungen nach dem Niedrigstpreisprinzip zuzulassen, in die Diskussion um die Neugestaltung des Vergaberechts eingebracht. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die unter Vorsitz und Federführung des Bundeskanzleramtes Vorarbeiten für das BVergG 2006 leistete, verschloss sich dieser Forderung nicht und so wurde eine diesbezügliche Regelung unter dem Begriff "**Nebenangebot**" in den Begutachtungsentwurf für das BVergG 2006 aufgenommen. Da dieser Begriff - offenbar im Zusammenhang mit einer unerwartet guten Kenntnis des bundesdeutschen Vergaberechts⁸⁴ - zu Verwirrung geführt hat, fand dieser Regelungstatbestand unter dem Begriff "**Abänderungsangebot**" in das BVergG 2006 Eingang.

⁸⁰ Das Bundesvergabeamt hatte die Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau (RVS) in den Vorlagefragen als "Rechtsvorschrift" bezeichnet und der EuGH hat das in dieser Form aufgegriffen (v.a. Rz. 28). Nun sind die RVS zweifellos eine Rechtsvorschrift iW.S., soweit es um Vertragsbedingungen rechtlicher Art geht. Hier ging es konkret um die Herstellung einer zweischichtigen Betondecke für einen Autobahnabschnitt und die diesbezüglichen - technischen - Anforderungen. *Was daran eine "Rechtsvorschrift" sein soll, ist mir persönlich nicht klar. Auf Grund der eigentümlichen Vorlagefragen ist auch das Urteil des EuGH etwas eigentümlich ausgefallen.*

⁸¹ §§ 95 Abs 3 und 96 Abs 2.

⁸² Ein "aliud" ist eine Lösung, die vollständig (oder zumindest weitgehend) von der ausgeschriebenen Leistung abweicht.

⁸³ § 82

⁸⁴ "Nebenangebote sind Vorschläge eines Bieters, die eine völlig andere Leistung anbieten als diejenige, die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen verlangt oder vorgegeben worden ist. (...) Änderungsvorschläge beziehen sich auf die von der Vergabestelle vorgegebene [Anm.: hier:] Bauleistung, sie ändern diese lediglich in Teilen ab." *Brinker/Ohler* zu § 25 VOB/A, Rz. 132 f., in: Beck'scher VOB-Kommentar, München 2001 (C.H. Beck).

3.9.2.2 Regelung im BVergG 2006

Das "**Abänderungsangebot**" ist ein Angebot, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht⁸⁵.

Werden in der Ausschreibung Abänderungsangebote nicht ausdrücklich ausgeschlossen, so sind sie zulässig⁸⁶. Der Auftraggeber kann die Zulässigkeit auf bestimmte Positionen einschränken und kann Mindestanforderungen vorschreiben⁸⁷.

Sind Abänderungsangebote zulässig, dann sind sie, sofern in der Ausschreibung nicht Anderes vorgesehen ist, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig⁸⁸.

Der Auftraggeber "hat in den Ausschreibungsunterlagen zu bezeichnen", in welcher Art und Weise Abänderungsangebote einzureichen sind⁸⁹.

Anmerkung: Diese Vorgabe ist sinnvoll, kann aber im Hinblick auf die - im Gegensatz zu Deutschland - volle Justiziabilität im Vergaberecht dem Auftraggeber Probleme bereiten, sofern er bei Zulässigkeit von Abänderungsangeboten (mangels deren Ausschlusses) in der Ausschreibung (durch Vergessen) nicht bezeichnet, wie Abänderungsangebote einzureichen sind.

3.9.2.3 Problemzone

Die Abgrenzung zwischen (womöglich nicht zulässigen) Alternativangeboten und (zulässigen, weil womöglich nicht ausgeschlossenen) Abänderungsangeboten wird mit größter Wahrscheinlichkeit zu einer intensiven Beschäftigung der Vergabenachprüfungsbehörden führen, da der Übergang zwischen einem "**alternativen Leistungsvorschlag des Bieters**"⁹⁰ auf technischem Gebiet und einer "**geringfügigen technischen Änderung**" natürlich fließend ist.

Anmerkung: Vorrangig soll in Vergabevorschriften den Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen werden und nicht den Überlegungen, was im Rechtsschutz möglicher Weise Probleme bereiten kann.

3.9.3 Regelung für Variantenangebote⁹¹

Sieht die Ausschreibung für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vor, so ist die Ausschreibung so zu gestalten, dass der Bieter Variantenangebotspreise bilden kann.

⁸⁵ § 2 Z.1

⁸⁶ § 82 Abs. 1 erster Satz.

⁸⁷ § 82 Abs. 1 zweiter Satz.

⁸⁸ § 82 Abs. 1 dritter Satz.

⁸⁹ § 82 Abs. 2.

⁹⁰ § 2 Z.2.

⁹¹ § 78 Abs. 6

3.9.4 Definition - Variantenangebot und Wahlposition

Ein Variantenangebot ist ein "Angebot auf Grund einer **Ausschreibungsvariante des Auftraggebers**"⁹² (d.h. eines von der ausschreibungsgemäßen Leistung abweichenden Vorschlages des Auftraggebers).

Damit korrespondiert der Begriff der Wahlposition, die "vom Auftraggeber als Teil einer **Variante zur Normalausführung** vorgesehen ist"⁹³.

3.9.5 Unterschied zu Alternativangeboten und Abänderungsangeboten

Sind Alternativangebote und Abänderungsangebote vom Bieter - auf eigenen Ausarbeitungen und unter Bildung je eines Gesamtpreises je Alternativangebot und je Abänderungsangebot - so sind für ein Variantenangebot Bestimmungen in jenem Teil der Ausschreibungsunterlagen vorzusehen, den der Bieter als – ausschreibungsgemäßes - Angebot einzureichen hat.

Das bedeutet, dass der Auftraggeber je Variantenangebot (eine oder mehrere) Position(en) vorzugeben und einen vom Bieter zu bildenden Variantenangebotspreis vorzusehen hat⁹⁴. Formal ist es somit unzulässig, vom Bieter einzelne Wahlpositionen anbieten zu lassen und diese nicht der Bildung eines (Varianten-)Angebotspreises zu unterwerfen [*Anmerkung: Dies entspricht auch dem Gebot der Fairness*].

3.10 Vertragsbestimmungen

Das BVergG enthält eine „Checklist“, für welche Angaben erforderlichenfalls Vertragsbedingungen festzulegen sind - u.a. Sicherstellungen, Regeln für Preisgleitung bei Geltung veränderlicher Preise, anzuwendendes Recht und Gerichtsstand, Gewährleistung und Haftung⁹⁵. Diese Bedingungen sind durch den Auftraggeber nicht nur im nach Zuschlagserteilung abzuschließenden Leistungsvertrag festzulegen, sondern haben bereits Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen zu sein.

Der Auftraggeber hat sich bei der Festlegung der Vertragsbedingungen weit(est)gehend an die (Vertrags-)Normen⁹⁶ und Standardisierten Leistungsbeschreibungen⁹⁷ zu halten. Einzelne Ausnahmen sind zulässig, sind aber zu dokumentieren und dem Bieter auf Anfrage unverzüglich bekanntzugeben⁹⁸.

3.11 Verständigung von einem Feststellungsverfahren durch den Auftraggeber

Diese früher dem Auftraggeber obliegende Pflicht ist entfallen; die Vergabenachprüfungsbehörde verständigt den Auftraggeber und ggf. den für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieter.

⁹² § 2 Z 39

⁹³ § 2 Z 43

⁹⁴ § 78 Abs 6

⁹⁵ § 99 Abs 1

⁹⁶ Z.B. ÖNORM A 2050, ÖNORM B 2110, ÖNORM B 2118.

⁹⁷ Im Sinne der ONR 12010

⁹⁸ § 99 Abs.2

3.12 Gliederung der Ausschreibung

Jede Ausschreibung sollte ein Verzeichnis

- der **Bestandteile der Ausschreibungsunterlagen**,
- jener Teile davon, die **zwingend** mit dem Angebot einzureichen sind und
- vom Bieter (bei zweistufigen Verfahren: Bewerber) gesondert anzuschließender Dokumente enthalten.

Das betrifft

- das **Leistungsverzeichnis** (LV) im eigentlichen Sinn des Wortes und das „im Vorspann“ normalerweise rechtliche, wirtschaftliche und technische Vorbemerkungen enthält (ist jedenfalls als Kern des Angebotes einzureichen),
- ein allenfalls vom Auftraggeber vorgegebenes **Angebotsschreiben** (wie z.B. im Bundeshochbau und im geförderten Siedlungswasserbau), egal, ob dieses
 - Bestandteil des LV (dann siehe Punkt zuvor)
 - oder
 - selbständig und daher ergänzend zum LV zwingend einzureichen ist,
- allfällige **Bescheide**, die für die Leistung oder deren Erbringung relevant sind (die im Regelfall nicht mit dem Angebot einzureichen sind),
- allfällige **Pläne, Gutachten oder technische Unterlagen** (die im Regelfall ebenfalls nicht mit dem Angebot einzureichen sind),
- weitere, vom Bieter (bei zweistufigen Verfahren: häufig vom Bewerber) beizubringende Unterlagen; hier ist zu unterscheiden zwischen
 - solchen, die, wenn sie nicht mit dem Angebot eingereicht werden, zum Ausscheiden des Angebotes führen - das sind all jene, die mit Preis sowie Art und Umfang der Leistungserbringung zu tun haben und dem Bieter Möglichkeiten offen lassen würden, sein Angebot nachträglich zu ändern; insbesondere sind dies
 - Nachweis des Erlags eines Vadiums, wenn ein solches gefordert wurde;
 - Verzeichnis der Subunternehmer für wesentliche Teilleistungen;
 - allenfalls Hauptparameter einer Kalkulation (wie Bruttomittellohn und Zuschlagssätze)
 - und
 - solchen, die nichts an den Preisen sowie Art und Umfang der Leistungserbringung ändern und daher nach überwiegender Meinung nicht zwingend bereits mit dem Angebot eingereicht werden müssen, sondern binnen angemessener Frist nachgereicht werden können, vorausgesetzt, dass der nachzuweisende Tatbestand zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung erfüllt war - z.B. Nachweis der Befugnis, Nachweis einer ISO-Zertifizierung, Referenzlisten, Detailkalkulation im Sinne von Kalkulationsblättern.

VwGH: Waren für die Erbringung wesentlicher Teile der Leistung Subunternehmer mit dem Angebot bekannt zu geben, so ist deren nachträgliche Namhaftmachung unzulässig⁹⁹

In der Ausschreibung war ein Kästchen vorgegeben, das durch die Bieter anzukreuzen war, falls die Beschäftigung von Subunternehmern vorgesehen war. Die Fa. N OEG hatte in ihrem Angebot dieses Kästchen nicht angekreuzt, sondern in ihrem Begleitschreiben darauf hingewiesen, dass im Bedarfsfall Subunternehmer beschäftigt und diese im Auftragsfall rechtzeitig genannt werden. Der Auftraggeber schied das Angebot aus, da die Fa. N OEG auch auf Aufforderung nach Angebotsöffnung zunächst keinen Subunternehmer namhaft gemacht

⁹⁹ VwGH, 2002/04/0023 vom 29.5. 2002, „Trockenausbauarbeiten A.Ö. Krankenhaus St. Pölten“.

hatte und die Kapazitäten der Fa. N OEG infolge zu geringen Personalstands für die Ausführung des Auftrags (in Höhe von ca. 1,5 Mio. Euro) nicht ausreichend waren. Der UVS Niederösterreich als Nachprüfungsbehörde bestätigte die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Fa. N OEG, wogegen diese den VwGH anrief (u.a. mit dem Argument, dass sie zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebotes noch nicht gewusst habe, ob sie zur Ausführung des Auftrags externe Kapazitäten benötige und die ÖNORM B 2110 die nachträgliche Namhaftmachung von Subunternehmern regle); das NÖ Vergabegesetz hatte bezüglich der hier anzuwendenden Vorschriften die Bestimmungen des BVergG 1997 übernommen. Dazu der VwGH, v.a. unter Bezug auf BVergG und ÖNORM A 2050, Ausgabe 1.1. 1993:

„Würde sich die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Subunternehmer auf einen Zeitpunkt nach Zuschlagserteilung beziehen, so könnte, wie dies die belangte Behörde [UVS Niederösterreich] in ihrer Gegenschrift zutreffend bemerkt, das Angebot im Falle eines Verstoßes gegen die unter Pkt. 6 erwähnte Verpflichtung bei der Angebotsprüfung gar nicht mehr ausgeschieden werden.

War nach dem oben Gesagten die beschwerdeführende Partei (als Bieterin) verpflichtet, (bereits) im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden (wobei nach Pkt. 3.2.5 Abs. 3 letzter Satz ÖNORM A 2050 Personalüberlassungsfirmen Subunternehmern gleichzusetzen sind) und ist die beschwerdeführende Partei dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden im Grunde des § 52 Abs. 1 Z. 8 Bundesvergabegesetz 1997 zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich - anders als die beschwerdeführende Partei meint - auch nicht um einen behebbaren. Ist - wie bereits ausgeführt wurde - der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (aus diesem Grund vertreten auch Heid/Hauck/K. Preslmayr, a.a.O., die Auffassung, dass ein "Nachschieben" eines Subunternehmers nach Angebotseröffnung "grundsätzlich unzulässig" sei).

Gerade der Beschwerdefall zeigt, dass dann, wenn es dem Bieter erlaubt wäre, Subunternehmer auch nach Angebotseröffnung namhaft zu machen, es dem Auftraggeber verwehrt wäre, die Eignung des Bieters (zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - vgl. § 16 Abs. 1 BVergG) - in Ansehung einer Substitution der Leistungsfähigkeit des Bieters durch diejenige eines Subunternehmers - entsprechend zu beurteilen.“

3.13 Ist die Einreichung eines Datenträgers zulässig und wie ist in diesem Falle vorzugehen?

Falls die **elektronische Einreichung** von Angeboten rechtlich nicht zulässig ist, kommt der **Einreichung von Datenträgern** bei Angeboten mit zahlreichen Einzelpositionen große Bedeutung zu.

Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen diesbezügliche Festlegungen zu treffen und entweder einen Angebotsdatenträger mit den Ausschreibungsunterlagen auszugeben oder vorzugeben, wie ein Angebotsdatenträger zu erstellen ist. Hier gibt es Vorgaben der ÖNORM A 2063 für Angebotsdatenträger.

3.14 Sind Kalkulationsunterlagen vorzulegen?

Sehr häufig wird bei Bauaufträgen die Vorlage einer **Detailkalkulation** gefordert, mitunter bereits mit der Einreichung des Angebotes;¹⁰⁰ ob im Falle der Forderung der Abgabe mit dem Angebot deren Nachreichung zulässig ist, ist in der Fachwelt strittig - die Mehrheitsmeinung ist, dass die Detailkalkulation auch in solchen Fällen nachgereicht werden kann.

Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen wird selten die Vorlage einer umfangreichen Detailkalkulation verlangt; häufig werden aber Regiesätze für zusätzliche Material- bzw. Personalleistungen verlangt. Vor allem bei Dienstleistungsaufträgen werden gelegentlich Tagsätze je Qualifikationsstufe des zum Einsatz vorgesehenen Personals verlangt.

¹⁰⁰ Gestützt auf § 79 Abs 2.

3.15 Wo und wie ist das Angebot korrekt zu fertigen?

Das BVergG legt fest, dass in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nur eine Stelle für die **rechtsgültige** Unterfertigung des Angebotes durch den Bieter vorzusehen ist¹⁰¹.

Das bedeutet zweierlei:

- Zum einen verlangt das BVergG jedenfalls keine firmenmäßige Fertigung; verlangt sie der Auftraggeber und sie wird mit dem Angebot nicht beigebracht, so stellt dies bei Vorliegen einer rechtsgültigen Fertigung nach der Rechtsprechung des VwGH einen behebbaren Mangel dar.¹⁰²
Wird hingegen „nur“ die rechtsgültige Unterfertigung verlangt, so gelten die Bestimmungen des Handelsrechts bezüglich **Prokura**¹⁰³, **Handlungsvollmacht**¹⁰⁴ und **Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht**¹⁰⁵ (letzteres bedeutet, dass unter Umständen trotz Fehlens jedweder Vollmacht eine solche von Gesetzes wegen vermutet wird und dass auf Grund des Verhaltens des Betreffenden ein Dritter annehmen darf, dass zumindest eine Wissens- erklärung über die Vollmacht vorläge).
- Zum zweiten bedeutet das, dass nicht zwei bis vier Unterschriften des Bieters, sondern möglichst nur eine einzige verlangt werden soll, um das zwingende Ausscheiden von Angeboten, nur weil eine einzige von mehreren geforderten Unterschriften fehlt, tunlichst zu vermeiden.

BVA: Die rechtsgültigen Fertigung des Angebotes erfasst sämtliche Teile eines (Angebots-)Textes, die durch die Unterfertigung räumlich abgeschlossen werden.¹⁰⁶

„Gemäß § 43 BVergG sind hinsichtlich der Form, des Inhaltes und der Einreichung der Angebote durch Verordnung der Bundesregierung die entsprechenden Bestimmungen der ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen – Ausschreibung, Angebot und Zuschlag – Verfahrensnorm“ vom 1.1.1993 verbindend zu erklären. Gemäß § 8 Abs. 1 der „Verordnung der Bundesregierung, mit der bestimmte Teile der ÖNORM A 2050 im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes für bindend erklärt werden (allgemeine Bundesvergabeverordnung – ABVV)“, BGBl Nr. 17/1994, gilt hinsichtlich der Form und des Inhalts der Angebote Punkt 3.2. der ÖNORM A 2050. Gemäß 3.2.5 (9) der ÖNORM A 2050 muss jedes Angebot insbesondere das Datum und die rechtsgültige Unterfertigung des Bieters enthalten.“

Sämtliche Teile eines Textes, die durch die Unterfertigung räumlich abgeschlossen werden, werden durch diese Unterfertigung erfasst (...).

Da das Angebot der beteiligten Partei auf der letzten Seite rechtsgültig gefertigt ist, ist es nicht mangels rechtsgültiger Fertigung auszuschneiden sondern im Rahmen der Bestbieterermittlung zu berücksichtigen. Die Unterlassung der (weiteren) Unterfertigung auf Seite 4 des Angebotschreiben stellt dann aber einen, die Vergabe nicht behindernden, jederzeit behebbaren Formalfehler dar. Die Anträge waren daher spruchgemäß abzuweisen.“

¹⁰¹ § 78 Abs 7

¹⁰² VwGH 9.10.2002, 2002/04/0058. Insbesondere aber VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037: „Es trifft nun wohl zu, dass, wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 19. Mai 1998, Zl. 7 Ob 159/97a, hervorgehoben hat, durch die Forderung nach firmenmäßiger Fertigung von vornherein Klarheit über die volle Rechtswirksamkeit des Angebotes bestehen soll. Bei Beantwortung der Frage der Behebbarkeit oder Unbehebbarkeit der in der Ausschreibung geforderten (und hier unzureichenden) firmenmäßigen Fertigung des Angebotes unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsgleichheit ist aber nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber nur eine ‚rechtsgültige Unterfertigung‘ im Sinne von zivilrechtlicher Bindung des Bieters an sein Angebot (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. Oktober 2002, Zl. 2002/04/0058) fordert und es bei Rechtsgültigkeit des Angebotes nicht in der Hand des Bieters liegt, seine Rechtsstellung durch Behebung oder Nichtbehebung des Mangels zu verändern (vgl. auch BVKK vom 26. März 1999, Zl. S-37/99-16 = CONNEX 1999/5, 55). Bei Auslegung der hier in Frage stehenden Regelung über behebbare und unbehebbara Mängel steht somit nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes der Gesichtspunkt der Wettbewerbsgleichheit nicht entgegen, in einem zwar nicht firmenmäßig gefertigten, aber rechtsverbindlichen Angebot, einen verbesserungsfähigen Mangel zu sehen.“

¹⁰³ § 48 UGB

¹⁰⁴ § 54 UGB

¹⁰⁵ §1029 Abs 1 S 2 ABGB

¹⁰⁶ BVA, Bescheid N-33/02-21 vom 31.7. 2002, „Kunsthistorisches Museum, Fenstersanierung Quadranten I und IV“.

3.16 Gibt es ein standardisiertes Angebotsschreiben?

Unabhängig von der Auftragsart gibt es **standardisierte Begleitschreiben** sehr häufig bei Auftraggebern, für die mehrere vergebende Stellen tätig werden und die somit nach vollständig oder weitgehend einheitlichen Bestimmungen für die Angebotserstellung vorgehen.

Mit „weitgehend einheitlich“ ist gemeint, dass innerhalb eines bestimmten Rahmens auftragsbezogen spezifische Teile des Angebotsschreibens ergänzt oder weggelassen werden können.

Der wesentliche Sinn des standardisierten Angebotsschreibens liegt darin, dass

- die „technischen Daten“ des Auftraggebers bereits vorgegeben sind,
 - der Bieter seine „technischen Daten“ in vorgegebener Weise einträgt,
 - die Art des Vergabeverfahrens,
 - Zeitpunkt der Angebotseinreichung und Angebotsöffnung,
 - die grundlegendsten Vertragsbedingungen,
 - allenfalls auch Standards für die Angebotserstellung (z.B. Regelungen über die Zulässigkeit von Alternativangeboten oder Subunternehmerleistungen; allenfalls auch Bestimmungen über Arbeitsgemeinschaften)
- und nicht zuletzt
- die Summenaufstellung (Teilsummen ohne USt, Gesamtsumme ohne USt und ohne allfällige Nachlässe/Aufschläge, Nachlässe/Aufschläge, USt, Angebotssumme mit USt) sowie
 - jene - möglichst einzige - Stelle der Ausschreibungsunterlagen ist, an der der Bieter das Angebot rechtsgültig fertigt,

vorgegeben sind und nicht bei jeder Ausschreibung neu erstellt werden müssen.

4 Eignungsvoraussetzungen für Unternehmer und allfällige Subunternehmer

Gerade hier steht die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit besonders im Vordergrund - konkretisiert durch das Sachlichkeitsgebot. Das bedeutet, dass Nachweise, die den geforderten gleichwertig sind, immer zugelassen werden müssen.

Die **Eignung** ist zwar **unternehmerbezogen** zu sehen, sie kann aber nicht losgelöst von Art, Umfang und Spezifika des jeweiligen Auftrags gesehen werden.

Anmerkung: Das gilt in besonderem Maße für den Umfang von Referenzen bzw. der dadurch nachgewiesenen Erfahrung in Relation zur konkret ausgeschriebenen Leistung.

Die Befugnis, die technische, finanzielle oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit haben beim offenen Verfahren **zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung**, sonst **bei Einladung zur Angebotslegung** vorzuliegen.

4.1 Befugnis¹⁰⁷

Die „Befugnis“ wird belegt durch die Eintragung in ein Berufs- oder Handelsregister, aber nicht zwingend die Eintragung in das Firmenbuch.¹⁰⁸

Die Befugnis muss dem **Auftragsgegenstand entsprechen**, d.h. es kann sich nicht um „irgendeine“ Befugnis handeln; der sachkundige Auftraggeber sollte daher die für die Ausführung des Auftrags notwendige(n) Befugnis(se) vorgeben, ergänzt um den Zusatz „oder vergleichbare Befugnis“.

Spezialbereich Vereine: Der Vereinszweck in der Satzung ersetzt nicht die gewerberechtliche Befugnis, d.h. Vereine sind im Regelfall gewerberechtlich nicht befugt und sollten daher, ausgenommen bei nicht-prioritären Dienstleistungen, nicht zur Angebotseinreichung zugelassen und schon gar nicht beauftragt werden¹⁰⁹; es sei denn, gesetzliche Bestimmungen enthalten eine derartige Ermächtigung. Derartige Fälle gibt es in der Praxis, beispielsweise das WIFI gemäß Handelskammergesetz oder aber die Rettungsdienste nach den Rettungsgesetzen der Länder.

4.2 Zuverlässigkeit

„Zuverlässigkeit“ ist ein gewerberechtlicher Begriff, zu dem auch die Rechtsprechung der Höchstgerichte Aussagen trifft.

4.2.1 Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit¹¹⁰

Zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit muss vom Bieter der Beleg verlangt werden, dass **kein Ausschließungsgrund nach § 68** vorliegt. Als Nachweise kommen in Frage:

- Auszug aus Berufs- oder Handelsregister gem. Anhang VII des BVergG

¹⁰⁷ § 71.

¹⁰⁸ Für Bieter aus dem EWR-Ausland oder der Schweiz gilt Abschnitt 3.4

¹⁰⁹ Siehe diesbezüglich den richtungsweisenden Bescheid des Wiener Vergabekontrollsenates G 272/00 vom 2.10. 2000.

¹¹⁰ § 72.

- Strafregisterauszug
- Letztgültige Kontoauszüge der zuständigen Sozialversicherungsanstalt und der zuständigen Finanzbehörde

Ist dies in den nationalen Rechtsvorschriften nicht vorgesehen, so kann der Auftraggeber eine eidesstattliche Erklärung des Unternehmers, abgegeben vor einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde oder vor der für den Bieter zuständigen Berufsorganisation verlangen.¹¹¹

4.3 Leistungsfähigkeit

4.3.1 Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit¹¹²

Bieter, bei denen ein Ausgleichs- oder Konkursverfahren noch nicht abgeschlossen ist („abgeschlossen“ bedeutet gerichtlich kundgemacht), verfügen nach der österreichischen Rechtslage nicht über die erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (auch beim Ausgleichsverfahren ist dies nach der österreichischen Rechtslage zwingend, nicht so nach der deutschen Rechtslage!). Dies gilt auch dann, wenn in den Ausschreibungsunterlagen nicht darauf aufmerksam gemacht wurde.

Der Bieter ist darauf aufmerksam zu machen, dass er mit dem Angebot anzugeben hat, ob Steuerschulden oder Beitragsrückstände bei der Sozialversicherung zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung vorliegen bzw. das zulässige Ausmaß übersteigen (derartige Belege können, nach Mehrheitsmeinung, aber auch nachträglich vorgelegt werden, falls sie nicht mit dem Angebot eingereicht worden waren).

Der Bieter muss über ausreichende wirtschaftliche Mittel für eine termingemäße, ordnungsgemäße und einwandfreie Vertragserfüllung verfügen.¹¹³

Zum Nachweis kann verlangt werden

- eine Bankerklärung,
- der Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung,
- die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsstaat des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist,
- eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt,
- eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die Auftragsvergabe fällt, maximal für die letzten drei Jahre.

BVA: Vorlage und Prüfung von Bilanzen.¹¹⁴

Bezüglich der Forderung nach Vorlage von Bilanzen stellte das Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren N-8/98 der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im konkreten Anlassfall fest, dass dann eine Prüfung durch eine entsprechend sachkundige Person erfolgen hätte müssen und dass grundlegend gegen das BVergG verstoßen worden sei, weil dies nicht erfolgt sei:

„Erfolgt die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit primär anhand von Bilanzen, wie sie der Auftraggeber vorgenommen hat, wäre in diesem Fall zur Feststellung der maßgeblichen Tatsachen und noch mehr zur nachvollziehbaren Ableitung der daraus auf die Bonitätssituation und Liquiditätslage eines Unternehmens zu zie-

¹¹¹ § 72 Abs 3

¹¹² § 74

¹¹³ HEIERMANN – RIEDL – RUSAM, Rn. 31 zu § 25 VOB/A.

¹¹⁴ Bundesvergabeamt, Bescheid N-8/98-16 vom 25.5.1998.

henden Schlüsse besondere Sachkunde erforderlich gewesen. Dies ist bereits aus den umfangreichen diesbezüglich im Prüfbericht getroffenen Feststellungen erkennbar. Gemäß §§ 27, 47 Abs. 1 BVergG bzw Pkte 1.12, 4.3.1 ÖNORM A 2050 waren daher für diesen Teil der Angebotsprüfung Sachverständige beizuziehen. Gemäß § 27 BVergG bzw Abschnitt 1.12 ÖNORM A 2050 sind zur Erstattung von Gutachten befugte Personen, akkreditierte Prüfanstalten oder allgemein beeedete gerichtliche Sachverständige beizuziehen. Ausweislich der Materialien zur Stammfassung des BVergG sollten solche externen Sachverständigen dann nicht erforderlich sein, wenn die vergebende Stelle selbst über sachkundige Personen verfügt. Bei der Feststellung, ob die durch die vergebende Stelle verwendeten Bediensteten über ausreichende Sachkunde verfügten, ist aber im Hinblick auf die in diesen Vorschriften getroffene Anordnung ein strenger Maßstab anzulegen. Die von der vergebenden Stelle eingesetzten Bediensteten müssen daher nachweislich über eine mit gerichtlich beeedeten Sachverständigen gleichwertige Qualifikation verfügen. Im vorliegenden Fall wäre die Beiziehung betriebswirtschaftlicher Sachverständiger, wie sie dem Land zur Prüfung der wirtschaftlichen Gestion der Gemeinden zur Verfügung stehen, erforderlich gewesen. Die von der vergebenden Stelle verwendeten Bediensteten wiesen aber keinerlei mit obigen Sachverständigen nur annähernd gleichwertige nachweisbare betriebswirtschaftliche Sachkunde auf. Sie hatten weder irgendeine Art von betriebswirtschaftlicher Ausbildung noch irgendwelchen nachweisbaren praktischen Erfahrungen oder Kenntnisse in der Prüfung von Bilanzen. Der Auftraggeber hat daher bereits dadurch, dass er die Prüfung der Bilanzen nicht durch betriebswirtschaftlich sachverständige Personen vornehmen ließ, wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt.“

4.3.2 Technische Leistungsfähigkeit

Hier geht es um die **Ausstattung an Personal und Geräten**, über die ein Unternehmer im Auftragsfall verfügen muss, d.h. diese Ressourcen müssen nicht im Personal- bzw. Gerätebestand eines Unternehmens sein. Der Bieter ist aber darauf hinzuweisen, dass er bereits mit dem Angebot **glaubhaft** machen muss, im Auftragsfall über die erforderlichen Ressourcen tatsächlich verfügen zu können.

Bei allen Auftragsarten (Liefer-, Dienstleistungs-, Bauaufträge) betrifft diese Bestimmung die Prüfung des Aufsichtspersonals bei der Leistungserbringung, v.a. der für die Überwachung der Qualität zuständigen firmeninternen oder –externen Stellen.

Nachdem der Ausschluss bzw. die Einschränkung von Subunternehmerleistungen „unzulässig“ ist,¹¹⁵ sofern der Auftraggeber die Eignung der Subunternehmer prüfen konnte, ist bereits mit dem Angebot eine Liste der Referenzen der Subunternehmer sowie – soweit dies sinnvoll ist – die Angabe des für den Auftragsfall zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals zu verlangen.

Der Auftraggeber hat sich dabei zu überlegen, ob er das für alle Leistungen, die an Subunternehmer weitergegeben werden können, verlangt oder nur für von ihm (AG) zu bestimmende wesentliche Leistungsteile.¹¹⁶

4.4 Verzeichnis eines Dritten¹¹⁷ und Eigenerklärung¹¹⁸

Der Bewerber / Bieter kann den Nachweis seiner Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen. In Österreich wird dieser Dienst zurzeit vom „**Auftragnehmerkataster Österreich – ANKÖ**“ angeboten. Zu beachten ist dabei, dass die Vorlage einer ANKÖ-Bestätigung keinen Nachweis per se darstellt sondern nur auf die digitale Verfügbarkeit von Nachweisen hinweist. Die Nachweise selbst sind durch Abfrage überprüfbar.

¹¹⁵ EuGH 18.3.2004, Rs C-315/01 „Sozialversicherungs-Chipcard“.

¹¹⁶ § 83 Abs.2

¹¹⁷ § 70 Abs. 5

¹¹⁸ § 70 Abs. 2

Mit der Novelle 2010 führt der Gesetzgeber für die Bieter die Möglichkeit ein, ihre Eignung durch die Vorlage einer **Eigenerklärung** zu belegen. Diese hat die **konkreten Befugnisse** des Unternehmers und die Feststellung zu enthalten, dass er die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllt und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen kann.

Die Befugnisse müssen dem Auftragsgegenstand entsprechen, d.h. es kann sich nicht um „irgendwelche“ Befugnisse handeln; der sachkundige Auftraggeber sollte daher die für die Ausführung des Auftrags notwendige(n) Befugnis(se) vorgeben, ergänzt um den Zusatz „oder vergleichbare Befugnis“. Im Zweifelsfall ist die Kontaktaufnahme mit der entsprechenden Berufsvertretung (WKÖ, BAIK) zu empfehlen.

4.5 Ausschluss von Unternehmern aus anderen Gründen als mangelnder Eignung

4.5.1 Wettbewerbsbeeinträchtigende Vorarbeiten

Wettbewerbsbeeinträchtigende Vorarbeiten - VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082¹¹⁹

§ 21 Abs 3 BVergG 2002 - entspricht § 20 Abs. 5 BVergG 2006 bestimmt: Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für ein Vergabeverfahren beteiligt waren, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre.

Der Auftraggeber hat alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, damit ein an Vorarbeiten beteiligter Unternehmer keinen uneinholbaren Wettbewerbsvorteil besitzt.

Lässt der AG eine Projektstudie erstellen und schließt er diese nicht von sich aus den Ausschreibungsunterlagen an, so besitzt der Ersteller der Projektstudie einen den Wettbewerb beeinträchtigenden Vorteil gegenüber den Mitbewerbern.

Sachverhalt:

Wien Energie Gasnetz GmbH (AG) hatte im Mai 2003 vom Architekten DI *F.P.*, der nachmaligen Klägerin im Feststellungsverfahren vor dem VKS Wien, eine Projektstudie für die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes erstellen lassen.

Diese Projektstudie, die Zeichnungen und Pläne des zu errichtenden Verwaltungsgebäudes enthielt, bildete die Grundlage für ein geotechnisches Gutachten, das einen Teil der Unterlagen der vom AG im November 2003 durchgeführten Ausschreibung der Generalplanerleistungen für die Errichtung des Verwaltungsgebäudes im OSB bildete. Das geotechnische GA war wegen der schlechten Bodenverhältnisse, die bei der Gründung des Gebäudes zu berücksichtigen waren, in Auftrag gegeben worden.

Die Projektstudie selbst wurde in diesem GA angeführt, jedoch weder zur Gänze noch in ausreichendem Umfang, um den Wettbewerbsvorteil der Erstellerin der Projektstudie zu minimieren, den Ausschreibungsunterlagen angeschlossen.

Die KI im Nachprüfungsverfahren vor dem VKS W qualifizierte sich für die zweite Stufe des wettbewerbsähnlichen Verhandlungsverfahrens. Die Zuschlagsentscheidung lautete auf das Angebot eines Mitbewerbers auf der Grundlage einer der Projektstudie der KI zumindest sehr ähnlichen Arbeit¹²⁰ und einer Gesamtpunkteanzahl von 58,71, die KI wurde mit 47,75 Gesamtpunkten den fünften Platz gereiht.

[Ausgangsverfahren vor dem VKS Wien]

Die KI beantragte noch vor Ablauf der Stillhaltefrist die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung mit der Begründung, dass ihre Projektstudie dem präsumtiven Zuschlagsempfänger offensichtlich zugespielt worden sei und dieser daher wettbewerbswidrig gehandelt habe. Nachdem der AG den Zuschlag trotzdem erteilt hatte, beantragte die KI die Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Der Zuschlagsempfänger habe Urheberrechte der KI verletzt und damit auch eine unlautere Wettbewerbshandlung gesetzt.

Der AG bestreitet, dass von einer Identität des Projektes der KI und jenes des Zuschlagsempfängers gesprochen werden könnte und brachte weiters dagegen vor, dass die Projektstudie der KI als Vorarbeit für die Ausschreibung angesehen werden müsse, weshalb die KI gem § 98 Z 2 BVergG auszuschließen gewesen wäre und ihr daher keine Antragslegitimation für ein Nachprüfungsverfahren zukäme.

¹¹⁹ Artikel aus Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis, 2009/03, Seite 94.

¹²⁰ Der VKS W zählt in seiner E eine Mehrzahl von baulich relevanten Gestaltungselementen auf, die in den Angeboten der KI und des Zuschlagsempfängers praktisch gleich waren, sich von den Angeboten der drei anderen Bieter aber deutlich unterschieden.

Der VKS W stellte in seinem Bescheid¹²¹ fest, dass die Projektstudie nur Grundlage für das geotechnische GA und nicht unmittelbar eine Vorarbeit für die Ausschreibung gebildet habe. Der VKS bezog sich dabei auf die Argumentation des VfGH im Erkenntnis „Projektmanagement Fischer-Deponie“¹²², wonach ein Ausscheiden eines Bieters nur dann zulässig sei, wenn dieser durch seine Vorarbeiten spezifische Vorkenntnisse des Sachverhalts erworben habe, die ihm einen Wettbewerbsvorteil brächten. Von einem Wettbewerbsvorteil sei nach der Literatur auszugehen, wenn nicht alle durch den Vorarbeiten leistenden Unternehmer erworbenen Informationen den Mitbewerbern vollständig und unverfälscht zur Verfügung gestellt werden. Ein solcher Fall liege aber nicht vor, weil „die Projektstudie (...) im Rahmen des geotechnischen Gutachtens, Beilage 15.3.2, bekannt gegeben wurde und damit den Mitbewerbern grundsätzlich zur Verfügung stand.“ Im Übrigen hätten sich die Bieter um den Erhalt der Projektstudie bemühen können. Daher sei aber auch die Antragslegitimation der KI gegeben.

[Verfahren vor dem VwGH]

Der vom AG gegen den Bescheid des VKS W angerufene VwGH gab der Beschwerde statt; die KI im Verfahren vor dem VKS W hatte sich dem Verfahren vor dem VfGH als mitbeteiligte Partei angeschlossen.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Zum Wettbewerbsvorteil der KI im Verfahren vor dem VKS W]

„Durch die Projektstudie konnte sich die mitbeteiligte Partei daher schon Monate vor der Ausschreibung inhaltlich mit dem Vorhaben näher auseinandersetzen, sodass sie Monate vor den anderen Bietern Pläne über das Vorhaben vorbereiten und eine Kostenschätzung über das Projekt fertigen konnte. Zweifellos stellt diese Projektstudie somit eine mittelbare Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren im Sinne des § 21 Abs. 3 BVergG 2002 dar, die geeignet war, einen fairen Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Entscheidend ist daher, ob im Sinne des zitierten Urteiles des EuGH, Fabricom,¹²³ der genannten Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes und der damit im Einklang stehenden wiedergegebenen Gesetzesmaterialien geeignete Maßnahmen getroffen wurden, um diesen Wettbewerbsvorteil der mitbeteiligten Partei auszugleichen. Dies setzte im gegenständlichen Fall - zumindest - voraus, dass allen Bietern rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist die in Rede stehende Projektstudie zur Verfügung gestellt wurde, um die aus dieser Studie hervorgehenden Informationen in ihren Angeboten verwerten zu können. Dabei genügte es nicht, dass sich einer der Bieter, der an der Projektstudie nicht beteiligt war, Kenntnis vom Inhalt der Projektstudie verschaffen konnte. Vielmehr ist es nach der zitierten Judikatur und den wiedergegebenen Gesetzesmaterialien Aufgabe (primär) des Auftraggebers, gegenüber - sämtlichen - Bietern des konkreten Vergabeverfahrens den Informationsvorsprung, den ein einzelner Bieter aus der Erarbeitung von Unterlagen für das Vergabeverfahren erlangt, auszugleichen, um im Sinne des § 21 Abs. 3 BVergG 2002 einen fairen und lautereren Wettbewerb zu ermöglichen (vgl. zur Neutralisierung des Wettbewerbsvorsprungs durch unaufgeforderten Informationsausgleich gegenüber allen Bietern auch *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 65 zu § 21).“

[Zur Rechtsmeinung des VKS W betr Ausgleich des Wettbewerbsvorteils]

„Wenn die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid (S. 19) die Auffassung vertritt, im gegenständlichen Fall habe ein solcher Ausgleich des Informationsvorsprungs der mitbeteiligten Partei stattgefunden, weil die ‚Projektstudie ... im Rahmen des geotechnischen Gutachtens ... bekannt gegeben wurde und damit den Mitbewerbern grundsätzlich zur Verfügung stand‘, so vermag der Verwaltungsgerichtshof diese Auffassung nicht zu teilen. Die belangte Behörde hat nämlich festgestellt, dass das geotechnische Gutachten, das den Bietern mit den sonstigen Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung stand, lediglich einen Hinweis auf den Titel, den Verfasser bzw. ‚das schriftliche Substrat‘ der besagten Projektstudie enthielt. Hingegen fehlten in den Ausschreibungsunterlagen die Zeichnungen und Pläne dieser Projektstudie, die einen wesentlichen Teil derselben bildeten (siehe dazu die Feststellungen auf S. 15 und 18 des angefochtenen Bescheides). Schon von daher kann (ohne dass es darauf ankäme, in welchem Ausmaß und auf welche Weise sich speziell der Zuschlagsempfänger Kenntnis von der Projektstudie verschaffen konnte) nicht gesagt werden, dass der Informationsvorsprung, den die mitbeteiligte Partei hatte, gegenüber allen anderen vier Bietern ausgeglichen wurde. Damit lag, wie die beschwerdeführende Partei zutreffend eingewendet hat, hinsichtlich des Angebotes der mitbeteiligten Partei der Ausscheidensgrund des § 21 Abs. 3 iVm § 98 Z. 2 BVergG 2002 vor.“

[Zur Rechtsmeinung des VKS W betr Antragslegitimation der KI im Feststellungsverfahren vor dem VKS W]

„Wäre aber das Angebot der mitbeteiligten Partei auszuschneiden gewesen und konnte ihr daher durch die bekämpfte Zuschlagsentscheidung ein Schaden im Sinne des § 13 Abs. 2 WVRG nicht entstehen, so fehlte ihr die Legitimation zur Einbringung des gegenständlichen Feststellungsantrages (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, ZI. 2005/04/0200).

Da die belangte Behörde somit auf Grund eines unzulässigen Antrages festgestellt hat, dass der Zuschlag von der beschwerdeführenden Partei nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, ist der angefochtene Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet und war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.“

¹²¹ VKS Wien 10.12.2004, ZI VKS-6055/04.

¹²² VfGH 20.6.2001, B1560/00. Mit dieser Entscheidung hat der VfGH die – letzten Endes auf die ÖNORM A 2050, 30.3.1957, zurückgehende – starre Rechtslage aufgehoben, wonach jegliche Beteiligung an Vorarbeiten an einer Ausschreibung den Ausschluss von einer Beteiligung am Leistungswettbewerb bedingte.

¹²³ EuGH 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03, Fabricom gegen Belgischer Staat. Inhaltlich decken sich die Feststellungen in dieser Entscheidung des EuGH mit den Feststellungen des VfGH in B1560/00.

Anmerkung: Im ggst Fall erscheinen mehrere Punkte bemerkenswert:

- Der AG hatte, allerdings noch vor Einlagen der Angebote, das Beurteilungs- und Zuschlagskriterium „Qualität“ von 80 % auf 60 % herabgesetzt und im Gegenzug das Zuschlagskriterium „Preis und Generalplanerleistung“ von 20 % auf 40 % hinaufgesetzt, wie der E des VKS W zu entnehmen ist. Beim Kriterium „Preis und Generalplanerleistung“ wurde eine Schwankungsbreite von ± 30 % bei von den von den Bietern anzusetzenden Baukosten für das Verwaltungsgebäude angesetzt (der AG schätzte Baukosten von 10,7 Mio. €). Der VKS W stellte fest, dass die von den fünf Bietern anzugebenden Baukosten von unterschiedlichen Ausbaustandards ausgingen und, so der VKS, vom AG nicht auf Plausibilität überprüft wurden. Originalzitat: „Es wurden offenbar lediglich die Baukosten bei einzelnen Bietern unreflektiert der Bewertung zugrunde gelegt ...“. Die Vergleichbarkeit der Angebote hatte dadurch zumindest gelitten.
- Weiters überrascht, dass die KI im Verfahren vor dem VKS W weder unmittelbar nach der am 14.10.2004 erfolgten Bekanntgabe der Zuschlagserteilung noch nach der – relativ zeitnahen – E des VKS W vom 10.12.2004 ein Verfahren nach § 1 UWG aus dem Titel der rechtswidrigen Verwendung ihrer Projektstudie gegen den Zuschlagsempfänger einleitete. Dies umso mehr, als sich die KI argumentativ auch auf die Ausführungen in der E des VKS W stützen hätte können, wonach „... vorliegend, sich ein Mitbewerber in sittenwidriger Weise der Leistung eines Anderen bedient, was zweifellos einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellt.“
- Etwas überraschend ist aber auch das Vorgehen des AG, der die KI im Ausgangsverfahren sogar in der Auswahl für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens qualifizierte, aber sowohl im Verfahren vor dem VKS W als auch vor dem VwGH massiv vorbrachte, dass die KI wegen Vorarbeiten und des damit verbundenen Wettbewerbsvorteils nicht zu berücksichtigen gewesen wäre.
- An der „Hauptfront“ rückt die Frage, ob sich der Zuschlagsempfänger wettbewerbswidrig der Projektstudie der KI im Nachprüfungsverfahren vor dem VKS W bedient hat oder haben könnte völlig in die zweite Reihe, im Vordergrund steht der – dem VwGH im Gegensatz zum VKS W völlig klar scheinende – Wettbewerbsvorteil der KI im Verfahren vor dem VKS W. Auch wenn es nur eine „Nebenfront“ darstellt: Der VwGH macht zutreffend darauf aufmerksam, dass es Sache des AG gewesen wäre, von sich aus und unaufgefordert den Wettbewerbsvorteil der KI im Ausgangsverfahren durch Anschluss der Projektstudie zu den Ausschreibungsunterlagen so weit wie möglich auszugleichen.

Das bedeutet, dass **nicht jede Vorarbeit kategorisch mit dem Ausschluss des Bieters** (Bewerbers) bedroht werden darf, sondern dass der Auftraggeber hier für einen weitest gehenden Ausgleich des aus diesen Vorarbeiten resultierenden Wissensvorsprunges dieses Bieters zu sorgen hat. Das sind insbesondere

- ausreichende und für die Mitbewerber tatsächlich zugängliche Informationen aus diesen Vorarbeiten,
- eine ausreichend lange Angebotsfrist, die über die Mindestfrist hinausgeht,
- ein ausreichend qualifizierter Dritter als neutrale Auskunftsperson,
- möglichst auch eine Frage-/Antwortrunde bis etwa zur halben Angebotsfrist,
- bei Software- oder vergleichbaren Aufträgen eine Teststellung beim Auftraggeber.

4.5.2 Kontrolle oder Evaluierung der Tätigkeit der Erbringer anderer Leistungen (z.B. der Ersteher anderer Lose)

Hier geht es darum, dass der Ersteher des ersten Auftrags mit keinem weiteren Leistungen mehr beauftragt werden darf, wenn er die Tätigkeit der Auftragnehmer der weiteren Aufträge zu kontrollieren hat (z.B. bei der Räumung von Altlasten) oder deren Tätigkeit zu evaluieren hat (z.B. bei den Projekten des Europäischen Sozialfonds). Dies ist bereits zwingend in den Ausschreibungsunterlagen der ersten in Betracht kommenden Ausschreibung festzulegen und kann vom Bieter (Bewerber) im Wege der Nachprüfung bekämpft werden. In den folgenden Ausschreibungen ist, sofern dies zeitlich möglich ist, der Ersteher dieses ersten Auftrags als Kontroll- oder Evaluierungsorgan anzugeben.

Sinn ist

- Transparenz: bereits bei der ersten Ausschreibung soll die Beurteilung möglich sein, ob die Teilnahme an diesem Vergabeverfahren für den Bieter (Bewerber) interessanter oder weniger interessant ist als die Beteiligung an einem oder mehreren der folgenden Verfahren,
- der faire Wettbewerb, da der Ersteher des ersten Auftrags durch die „Kontrolle über sich selbst“ Vorteile gegenüber Konkurrenten hätte,
- eine sachliche Vertretung des Auftraggebers gegenüber den Erstherrn der anderen Aufträge.

5 Leistungsbeschreibung - was ist wesentlich?

Wesentlich ist, dass folgende **Vorgaben aus dem EG-Vertrag** gelten:

- Vor allem der Grundsatz der **Transparenz**:¹²⁴ Alle fachkundigen Bewerber und Bieter müssen die Bestimmungen der Leistungsbeschreibung in gleicher Weise verstehen können. Bei der Festlegung von Zuschlagskriterien nach dem Bestbieterprinzip darf der Auftraggeber keine uneingeschränkte Beurteilungsfreiheit haben¹²⁵.
- Der Grundsatz der **Nicht-Diskriminierung**: Das betrifft in erster Linie Gründe der Staatsangehörigkeit¹²⁶ oder Gründe der geographischen Nähe,¹²⁷ kann aber auch berufsrechtliche Vorgaben betreffen¹²⁸.
- Weiters sind die **Grundfreiheiten** zu beachten, insbesondere die Freiheit des **Warenverkehrs**¹²⁹ und des **Dienstleistungsverkehrs**¹³⁰.

Bezüglich des **EG-Vergaberechts** sind aus den Richtlinien zu beachten:

- Der Zwang zur klaren Vorgabe der **Mindestanforderungen**, die für ausschreibungsgemäße Angebote und, im Falle deren Zulässigkeit,¹³¹ für Alternativangebote gelten¹³². Diese Mindestanforderungen stellen den Maßstab des Auftraggebers für die Prüfung der Angebote dar, von dem er in weiterer Folge, jedenfalls beim offenen und beim nicht offenen Verfahren, nicht mehr abweichen darf.
- Der Zwang zu **technischen Spezifikationen** (jedenfalls bei der Ausschreibung materieller Leistungen)¹³³.
- Jene Bestimmungen, die die **Standardformulare** für die Bekanntmachung von Aufträgen enthalten und die sich auf die wesentlichen Auftragsmerkmale beziehen.

¹²⁴ Diesbezüglich richtungsweisend EuGH, C-87/94 "Wallonische Busse", Urteil vom 25.4. 1996, insbes. RZ. 91.

¹²⁵ EuGH, Rs. C-513/99, „Finnische Busse“, Urteil vom 17.9. 2002 (Vorabentscheidungsersuchen, vorgelegt vom finnischen Korkein hallinto-oikeus), Rn. 61: „Außerdem geht ebenfalls aus der Rechtsprechung hervor, dass ein Zuschlagskriterium, das einem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde, unvereinbar mit Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 wäre (siehe in diesem Sinne Urteile Beentjes, Randnr. 26, und SIAC Construction, Randnr. 37).“

¹²⁶ EuGH, C-243/89, „Storebaelt“, Urteil vom 17.11. 1992 (Vertragsverletzungsverfahren), Rn. 45: „Aus alledem ergibt sich, dass das Königreich Dänemark seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verletzt und insbesondere gegen die Artikel 30, 48 und 49 EWG-Vertrag sowie gegen die Richtlinie 71/305/EWG verstoßen hat, weil die Aktieselskabet Storebaelt-forbindelsen zur Abgabe von Angeboten auf der Grundlage einer Bedingung aufgefordert hat, die eine möglichst weitgehende Verwendung von dänischen Baustoffen, Verbrauchsgütern, Arbeitskräften und Geräten vorsah, und weil die Verhandlungen mit dem ausgewählten Konsortium auf der Grundlage eines nicht den Verdingungsunterlagen entsprechenden Angebots geführt worden sind.“

¹²⁷ Etwa die Vorschreibung, dass Referenzen in einem bestimmten Umkreis zu besichtigen sein müssen: Rs. C-315/01, „GAT gegen ÖSAG“ (Vorabentscheidungsersuchen, vorgelegt vom Bundesvergabeamt), worin Gen.-Anw. ALBER in den Schlussanträgen folgte, dass es sich dabei um eine diskriminierende Vorschreibung handelte, da Referenzen nicht im gesamten Alpenraum und vergleichbaren Gebieten zugelassen waren. Der EuGH geht im Urteil vom 19.6. 2003 nicht näher darauf ein, da es sich, so das Urteil, um ein Eignungs- und nicht um ein Zuschlagskriterium handelt.

¹²⁸ Vor allem dann, wenn der Auftraggeber die Ausführung bestimmter (Teil-)Leistungen an bestimmte berufsrechtliche Vorgaben bindet, deren Zulässigkeit europarechtlich nicht geklärt ist.

¹²⁹ Art 28 EGV, manifestiert sich vor allem bei der Festlegung technischer Spezifikationen (s. § 98).

¹³⁰ Art 49 EGV. Das kann bei Vorgaben der zeitlichen Verfügbarkeit von Personal am Ort der Leistungserbringung oder am Ort des Auftraggebers eine Rolle spielen, die, sofern sie nicht aus dem Auftragsgegenstand heraus begründbar sind, versteckte Diskriminierungen darstellen können.

¹³¹ § 81

¹³² § 81 Abs 2

¹³³ §§ 96 und 98

Innerstaatlich gelten der Grundsatz der **Gleichbehandlung** der Bewerber und Bieter¹³⁴ sowie das **Sachlichkeitsgebot**¹³⁵. Das Sachlichkeitsgebot manifestiert sich vor allem in den Grundsätzen der Leistungsbeschreibung¹³⁶.

5.1 Konstruktive versus funktionale Ausschreibung

Das Gesetz lässt - seinem Wortlaut nach - die freie Wahl zwischen konstruktiver und funktionaler Ausschreibung (korrekt: Leistungsbeschreibung) zu¹³⁷.

Anders sehen das die Herren Univ.-Prof. Dr. Aicher und Dr. Holoubek (v.a. Dr. Aicher), nämlich dass die funktionale Ausschreibung nur dann zulässig wäre, wenn eine konstruktive Ausschreibung nicht möglich ist.

M.E. ist das differenzierter zu sehen, insbesondere in jenen Bereichen (z.B. Haustechnik), in denen hinsichtlich Produkt- oder Verfahrensneutralität eine funktionale oder teilfunktionale Ausschreibung dem Wettbewerbsprinzip besser gerecht wird als eine konstruktive Ausschreibung. Was zweifellos für den Standpunkt der Herren Professoren Aicher und Holoubek spricht, ist, dass der Auftraggeber nicht unentgeltlich den Planungsaufwand gänzlich oder größtenteils auf die Bieter überwälzen darf.

5.2 Grundsatz der eindeutigen, vollständigen und neutralen Beschreibung der Leistung

Bei Ausschreibung mit konstruktiver Leistungsbeschreibung ist i.d.R. ein Leistungsverzeichnis zu erstellen.¹³⁸

Abgesehen von der Sonderstellung, die das Verhandlungsverfahren i.A. einnimmt, ist der Auftragsgegenstand unter Beachtung dieser Wettbewerbsgrundsätze¹³⁹ in der Leistungsbeschreibung so genau zu spezifizieren, dass

- auf der Grundlage der Ausschreibung vergleichbare Angebote eingereicht werden,¹⁴⁰
 - der Maßstab für die Prüfung der Angebote und, im Falle deren Zulässigkeit, der Alternativangebote klar und eindeutig festgelegt ist¹⁴¹
- und
- ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann¹⁴².

Dabei ist zivilrechtlich, nach der herrschenden Vertrauenstheorie,¹⁴³ bei der Beurteilung der Ausschreibung - und als deren inhaltlichem Kernstück der Leistungsbeschreibung - als an die Bieter

¹³⁴ § 19 Abs 1.

¹³⁵ Aus Art 7 B-VG ableitbar, so u.a. RASCHAUER, in: RASCHAUER, Bernhard (Hrsg.): Grundzüge des österreichischen Wirtschaftsrechts, Wien: 1998 Manz, Rz. 155.

¹³⁶ § 96

¹³⁷ § 95 Abs. 1

¹³⁸ § 97 Abs 1

¹³⁹ Die drei angeführten Wettbewerbsgrundsätze sind als Konkretisierung der Gebote des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber gemäß § 19 Abs 1 BVergG anzusehen.

¹⁴⁰ §§ 78 Abs 3 und 96 Abs 1

¹⁴¹ § 123 Abs 1

¹⁴² § 99 Abs 1

¹⁴³ Im Wesentlichen §§ 914 f. ABGB. Der Empfänger einer Erklärung ist in seinem Vertrauen "nur dann schutzwürdig, wenn er die Erklärung so verstanden hat, wie sie ein redlicher, verständiger Erklärungsempfänger verstehen durfte" (KOZIOL - WELSER, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Wien: 1995 Manz¹⁰, S. 90).

gerichteter "Erklärung" des Auftraggebers davon auszugehen, "welche Schlüsse der Adressat als redlicher Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände abzuleiten berechtigt war"¹⁴⁴; es kommt "auf den objektiven Erklärungswert an, also darauf, wie ein redlicher Empfänger einer Erklärung diese unter Berücksichtigung aller Umstände verstehen musste".¹⁴⁵ Maßstab ist, so die Judikatur, der "durchschnittlich fachkundige Bieter"¹⁴⁶ - auf der Basis der Ausschreibungsbedingungen bei der Erstellung eines Angebotes ausgehen darf.

Dabei darf von einem verständigen Erklärungsempfänger erwartet werden - wenngleich nicht in jenem Ausmaß wie bei den technischen Spezifikationen als speziellen Anforderungen - auch hinsichtlich des Verständnisses der Leistungsbeschreibung im Sinne von § 922 ABGB von den "bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften" einer Leistung auszugehen.

Dass im Falle eines verfehlten Verständnisses der Leistungsbeschreibung eine Umdeutung in ein Alternativangebot (wenn dieses nicht als solches bezeichnet ist) unzulässig ist, belegen zwei Beispiele aus der Vergabejudikatur:

Das erste Beispiel entstammt der österreichischen Vergabejudikatur. Die Klägerin war erfolgreicher Bieter und hatte den Auftrag erstanden, wobei sie bei der Angebotserstellung übersehen hatte, dass eine Leistungsposition für Laden und Verführen von Aushubmaterial innerhalb des Bauloses plus Abladen nur auf schriftliche Anordnung durch den Auftraggeber zur Anwendung zu gelangen hatte:¹⁴⁷

"Die Position LV 02.28 wurde von der beklagten Partei [*Auftraggeber*] für allenfalls anfallendes Frostschutzmaterial aus der alten Trasse mit 500 m³ aufgenommen, weil geplant war, das Frostschutzmaterial bei Nebenwegen wieder einzubauen. Wegen Unbrauchbarkeit des Materials kam es aber letztlich nicht zu dieser Lagerung. Aus der Ausschreibung ging aber nicht hervor, daß diese Position für das Frostschutzmaterial vorgesehen war. Einen Hinweis darauf hielt die beklagte Partei deshalb nicht für erforderlich, weil diese Position laut Punkt 7.244 der Leistungsbeschreibung für Straßenbauten (LB) nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Auftraggeber eine Zwischenlagerung des Materials angeordnet hat; dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu.

Die klagende Partei [*erfolgreicher Bieter und nachmaliger Auftragnehmer*] hat im erstinstanzlichen Verfahren stets behauptet, ihr Klagebegehren gründe sich auf den mit der beklagten Partei über die Position LV 02.28 zustande gekommenen Vertrag. Dieses Vorbringen wurde jedoch im Verfahren vor den Tatsacheninstanzen nicht bewiesen, vielmehr steht fest, daß eine Vereinbarung zwischen den Streitparteien, auf Grund welcher die klagende Partei nach der Position LV 02.28 Laden und Verführen von 'Zwischenlagerungen' zu S 64/m³ verrechnen könne, mangels schriftlicher Anordnung oder schriftlicher nachträglicher Genehmigung der klagenden Partei nicht zustande gekommen ist. Selbst in der Revision geht die klagende Partei noch davon aus, es sei ihr kein (Kalkulations-)Irrtum widerfahren, möglicherweise sei aber der klagenden Partei ein Erklärungsirrtum darüber unterlaufen, daß Leistungen gemäß Position LV 02.28 im Rahmen von Leistungen gemäß Positionen LV 02.22 und 02.26 zu erbringen seien. Zutreffend haben die Vorinstanzen erkannt, daß der Klägerin bei ihrer Anbotserstellung insofern ein rechtlich unbeachtlicher Kalkulationsfehler unterlaufen ist, als sie trotz Erkennbarkeit der durch den Ablauf der Werksarbeiten notwendigerweise bedingten Zwischenlagerung des Aushubmaterials und dessen in der Ausschreibung (Position 02.28) zu gering angegebenen Volumens (siehe die Feststellungen im Ersturteil, Seiten 14-15) das Ausmaß der von ihr zu erbringenden Leistungen und den ihr dabei erwachsenden Aufwand falsch eingeschätzt hat und damit einem unerheblichen Motivirrtum unterlegen ist (vgl. Koziol-Welser, Grundriß I 8 119 mwN in FN 25). In einem solchen Fall kann die Korrektur der Fehlkalkulation auch nicht im Wege des Bereicherungsrechtes vorgenommen werden, wie dies die Klägerin hier hilfsweise versucht, denn die ihr nachteilige Vermögensverschiebung ist nicht rechtsgrundlos erfolgt.

Der klagenden Partei ist der Nachweis der für den Anspruch vorgebrachten rechtsbegründenden Tatsachen (nämlich der angeblichen Vereinbarung mit der beklagten Partei über die Erbringung und Bezahlung von Leistungen nach der Position LV 02.28) nicht gelungen, so daß sie mit ihrem Klagebegehren nicht durchdringen konnte."

¹⁴⁴ OGH, 7Ob110/99y vom 12.7. 2000, "Bauträgervertrag Sanierung Belvedere".

¹⁴⁵ OGH, 5Ob277/01y vom 29.1. 2002, "Erwerb von Miteigentumsanteilen".

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-19/00 "SIAC Construction gegen County Council of Mayo" Urteil vom 18.10. 2001, Rn. 42, unter Bezug auf die Festlegung von Zuschlagskriterien, was aber auf alle Festlegungen in einer Ausschreibung verallgemeinert werden kann: "Dies bedeutet konkret, dass die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so gefasst werden müssen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können." In diesem (verallgemeinertem) Sinne auch OGH, 10b239/02g vom 1.8. 2003, "Spachteln, Putz für Dispersion".

¹⁴⁷ OGH, 8Ob674/88 vom 29.6. 1989, "B 166 Pass-Gschütt-Bundesstraße, Sauruck".

Das zweite Beispiel entstammt der Vergabekammer der Bundesrepublik Deutschland.¹⁴⁸ Die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren hatte in das Leistungsverzeichnis ihr Verständnis einzelner Positionen schriftlich eingetragen:

„Im Leistungsverzeichnis ist konkret festgelegt, welche Leistungen unter welchen Bedingungen zu erbringen ist. Die Beschreibung der Leistung erfüllt die nach § 9 Nr. 1 VOB/A¹⁴⁹ geforderte Klarheit, so dass die Bieter ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Damit besteht für die von der Antragstellerin vorgenommene Auslegung der streitgegenständlichen Positionen bei objektiver Betrachtung eines verständigen Empfängers kein Raum. Aber selbst wenn man unterstellt, dass für die Antragstellerin die Leistungspositionen subjektiv unklar waren, würde dies die von ihr vorgenommene Auslegung nicht rechtfertigen. Bewerber haben auf nach ihrer Auffassung enthaltene Unklarheiten in den Verdingungsunterlagen unverzüglich vor Angebotsabgabe schriftlich hinzuweisen (Ziffer 1 der Bewerbungsbedingungen). § 17 Nr. 7 VOB/A verlangt von der Auftraggeberseite, Unklarheiten über die geforderte Leistung oder die Grundlage der Preisermittlung mit sachdienlichen Hinweisen unverzüglich aufzuklären. Unzulässig ist es, wenn der Bieter nicht eine Auskunft einholt, sondern in einem Vermerk in den Verdingungsunterlagen feststellt, dass er eine bestimmte, ihm unklare Angabe in einem bestimmten Sinne verstehe. Dies ist eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen.¹⁵⁰ Der Bieter kann nur dann zulässigerweise die Verdingungsunterlagen mit vertretbarem Ergebnis auslegen, wenn Unklarheiten trotz Nachfrage beim Auftraggeber nicht aufgeklärt wurden.¹⁵¹ Die Antragstellerin hat auf nach ihrer Auffassung enthaltene Unklarheiten in den Verdingungsunterlagen nicht hingewiesen. Selbst bei der Ortseinsicht, die die Antragstellerin zur Angebotserstellung im Beisein der VSt durchgeführt hat, wurde ein derartiger Aufklärungsbedarf nicht vorgebracht. Das Angebot der Antragstellerin kann auch als Nebenangebot¹⁵² nicht gewertet werden. Es kann dahinstehen, ob eine Wertung als Nebenangebot schon aus formalen Gründen ausscheidet, weil es weder auf einer besonderen Anlage gemacht, noch als solches deutlich gekennzeichnet war (§ 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A).¹⁵³ Solche Angebote können nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A¹⁵⁴ ausgeschlossen werden. Die Entscheidung hierüber ist von der ausschreibenden Stelle im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes zu treffen. Nach Ansicht der Vergabekammer würde es eine Umgehung der eindeutigen Vorschriften der § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A¹⁵⁵ und § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b¹⁵⁶ VOB/A bedeuten, wenn ein Angebot, das unzulässigerweise die Verdingungsunterlagen ändert und deshalb zwingend auszuschließen ist, in ein wertungsfähiges Nebenangebot umgedeutet werden könnte. Eine Qualifizierung als Nebenangebot, das formal gegen § 21 Nr. 3 VOB/A¹⁵⁷ verstößt, kommt nur in Betracht, wenn aus einer Erklärung des Bieters oder aus der äußeren Gestaltung des Angebotes erkennbar ist, dass der Bieter ein Nebenangebot abgeben wollte. Hier hat die Antragstellerin das fragliche Angebot jedoch zweifelsfrei ausschließlich als Hauptangebot abgegeben.“

5.2.1 Der Grundsatz der eindeutigen Beschreibung der Leistung

Die Leistung muss klar beschrieben werden; das bedeutet aber nicht, dass sie bis in das letzte Detail so beschrieben werden muss, dass sie für sprichwörtlich jedermann verständlich zu sein hat.

VwGH:

Wurde der Leistungsgegenstand in der europaweiten Ausschreibungsbekanntmachung mit "Thermische Behandlung und Entsorgung von 130.000 - 190.000 t Restmüll" festgelegt, so ist die von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Niederösterreich und vorgebrachte und von diesem geteilte Auffassung: "Die in der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 gewählte Form der Leistungsbeschreibung werde den vergaberechtlichen Anforderungen (Vergleichbarkeit, Risikoverteilung, Angebotsbewertung) im Hinblick auf die notwendige Genauigkeit der Leistungsbeschreibung nicht im erforderlichen

¹⁴⁸ Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelbayern, AZ. 320.VK-3194-10/03 vom 9.4. 2003 „Baumeisterarbeiten für den Neubau und die Sanierung am ...“

¹⁴⁹ Entspricht § 96 Abs 1 BVergG.

¹⁵⁰ Verweis auf Heiermann Riedl Rusam, Handkommentar zur VOB, 9. Auflage, A § 17 Rdn. 37.

¹⁵¹ Verweis auf Kammergericht Berlin, Beschluss vom 22.08.2001 Az: KartVerg 3/01; Vergaberecht 2001 S. 392.

¹⁵² Entspricht in der österreichischen Vergabeterminologie einem Alternativangebot.

¹⁵³ Entspricht § 106 Abs 4 BVergG.

¹⁵⁴ Bestimmungen, wonach Alternativangebote ausgeschieden werden können, wenn sie nicht formgerecht eingereicht wurden, gibt es im strengen Sinn im österreichischen Vergaberecht nicht, am ehesten entsprechen dem die Regelungen des § 106 Abs 4, wonach Alternativangebote als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen sind, sowie des § 94 Abs 3, wonach dem Auftraggeber unzumutbare Angebote ausgeschieden werden können (das könnte z.B. sein, dass der Auftraggeber aus dutzenden Positionen heraussuchen muss, was dem Hauptangebot und was einem oder mehreren Alternativangebot(en) zuzuordnen ist).

¹⁵⁵ Entspricht § 107 Abs 1 BVergG, erster Satz.

¹⁵⁶ Entspricht § 107 Abs 1 BVergG.

¹⁵⁷ Entspricht § 107 Abs 4 BVergG.

Umfang gerecht. Es fehle eine Festlegung, in welche Komponenten die Komplettendienstleistung 'Müllentsorgung' und zu welchem Anteil diese gegliedert sei." nicht haltbar, so der VwGH:¹⁵⁸

„Der Verwaltungsgerichtshof vermag sich zunächst nicht der Rechtsansicht der belangten Behörde [UVS Niederösterreich] anzuschließen, die Umschreibung des Leistungsgegenstandes in der Bekanntmachung vom 25. Mai 1999 könne - von einem Fachkundigen - auch dahin verstanden werden, dass der betroffene Restmüll wahlweise thermisch zu behandeln oder (unmittelbar) zu entsorgen sei. Gegen ein derartiges Verständnis spricht schon rein grammatikalisch die Verbindung der Worte 'Behandlung' und 'Entsorgung' durch das Wort 'und'. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend hervorhebt, drückt dieses Wort - im Gegensatz zu den Worten 'oder' oder 'bzw.' die Alternativen anzeigen - eine Kumulierung aus. Schon nach dem reinen Wortlaut der in der Bekanntmachung enthaltenen Leistungsbeschreibung ist daher der betroffene Restmüll sowohl thermisch zu behandeln als auch zu entsorgen, was sinnvollerweise nur dahin verstanden werden kann, dass zunächst die thermische Behandlung vorzunehmen und die sodann verbleibenden Rückstände anderweitig zu entsorgen sind. Im Gegensatz zur Meinung der belangten Behörde führt zum gleichen Ergebnis auch eine an der für die Abfallwirtschaft geltenden Rechtslage orientierte Auslegung. Denn sowohl nach § 1 AWG als auch nach § 1 NÖ AWG 1992 gilt für die Abfallwirtschaft der Grundsatz, dass die trotz Abfallvermeidung anfallenden Abfälle primär zu verwerten sind.(...)

Geht man davon aus (was wohl zu unterstellen ist), dass die Beschwerdeführerin die Absicht hatte, im Wege des Vergabeverfahrens eine Dienstleistung zur gesetzeskonformen Beseitigung des Abfalls zu vergeben, muss daher auch unter diesem Gesichtspunkt die in der Bekanntmachung enthaltene Leistungsbeschreibung im Sinn einer thermischen Behandlung des gesamten betroffenen Restmülls mit anschließender Entsorgung der Rückstände verstanden werden.“

Zum einen sind die "**verkehrsüblichen Bezeichnungen**"¹⁵⁹ in der Sprache des Auftraggebers zu beachten (sofern dieser nicht aus besonderen Gründen das Leistungsverzeichnis in einer anderen Sprache abfasst).¹⁶⁰

Zum anderen ist die Einbettung in die Rechtsordnung, die für das Auftraggeberland oder aber die für den Ausführungsort relevant ist, maßgeblich¹⁶¹. Das hat der Auftraggeber bei der Festlegung des anzuwendenden Rechts und des Gerichtsstandes zu beachten¹⁶².

Zu beachten ist hier weiters der "**Handelsbrauch**" als faktische Gepflogenheit ohne normative Qualität¹⁶³. Handelsbräuche sind nichts anderes als **Verkehrssitten**¹⁶⁴ im Bereich des kaufmännischen Geschäftsverkehrs, die Beteiligten müssen also Kaufleute sein. Dazu CREIFELDS Rechts-wörterbuch:¹⁶⁵ "Ein Handelsbrauch entsteht dadurch, dass er unter Zustimmung der beteiligten Handelskreise über einen gewissen Zeitraum tatsächlich ausgeübt wird. Meistens entstehen Handelsbräuche nur in bestimmten Geschäftszweigen (Branchen). Sie wandeln unter Kaufleuten - nur ausnahmsweise auch gegenüber einem Nichtkaufmann - die allgemeine Verkehrssitte, die nach den §§ 133, 157 BGB¹⁶⁶ zu berücksichtigen ist, für den Handelsverkehr vielfach ab. Die ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Geschäfts- und Vertragspartner gehen den

¹⁵⁸ VwGH, 2000/04/0014 vom 31.5. 2000, "Thermische Behandlung und Entsorgung von Restmüll in Niederösterreich."

¹⁵⁹ So u.a. DAUB - EBERSTEIN, Kommentar zur VOL/A (Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen, Teil A - Allg. Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen), Düsseldorf: Werner Verlag 1998, Rn. 63 zu § 8 VOL/A; MOTZKE/PIETZCKER/PRIEB, VOB Teil A (Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A), München: C.H. Beck 2001, Rn. 4 zu § 9 VOB/A.

¹⁶⁰ Siehe § 106 Abs 2. So kommt es etwa bei der Ausschreibung von IT-Leistungen vor, dass die Ausschreibungsbekanntmachung und das Leistungsverzeichnis in englischer Sprache abgefasst werden.

¹⁶¹ Diese Diskrepanz wird sich in erster Linie bei der Ausschreibung von Leistungen im Ausland ergeben (z.B. für Vertretungsbehörden). Ein markantes Beispiel für die Probleme der Anwendung österreichischen Vergaberechts vor dem Hintergrund eines völlig anderen Rechtssystems stellt der Verlauf der Errichtung des österreichischen Kulturinstituts in New York dar.

¹⁶² § 99 Abs 1 Z 8, der Auftraggeber hat diesbezüglich Festlegungen zu treffen.

¹⁶³ KREJCI, Heinz: Grundriss des Handelsrechts, Wien: Manz, 1995, Seite 24 (mwN).

¹⁶⁴ § 864 ABGB.

¹⁶⁵ a.a.O., Stichwort "Handelsbrauch".

¹⁶⁶ Nach der österreichischen Rechtslage v.a. §§ 864 und 914 ABGB.

Handelsbräuchen jedoch vor.¹⁶⁷ Soweit aber nichts anderes vereinbart ist, gelten die Handelsbräuche auch dann, wenn die Beteiligten sie nicht gekannt oder das rechtliche Ergebnis des Handelsbrauchs nicht gewollt haben. Soweit ein Handelsbrauch zwingendem Gesetzesrecht widerspricht gilt er nicht; dem dispositiven (nachgiebigen) Gesetzesrecht geht er jedoch i.d.R. vor. Im Rechtsstreit muß das Bestehen eines Handelsbrauchs derjenige behaupten und beweisen, der sich auf ihn beruft." Bei technischen Normen wird im Regelfall davon auszugehen sein, dass sie Handelsbrauch sind.¹⁶⁸

Als Beispiel sei hier ein Urteil des OGH im Zusammenhang mit der Durchführung von Trockenbauarbeiten bei einem privaten Wohnbau angeführt. Dazu der OGH:¹⁶⁹

"Nach Inhalt des auf der Grundlage der ausführlichen Leistungsbeschreibung erteilten Auftrages hieß es in Position 06.0309-L 'Leichtwände in Metallständerbauweise System....hohl für voll gemessen samt Aussparen von Tür- und sonstigen Öffnungen.....', in Position 06.0310 'Schallschutzwand, Leichtwände in Metallständerbauweise...hohl für voll gemessen samt Aussparen von Tür- und sonstigen Öffnungen' und in Position 06.0912 'Verkleidung von Wänden jeder Art mit Gipskartonplatten....verrechnet nach tatsächlich verkleideter Wandfläche'(...)

Im Baugewerbe bestand zur Zeit des Vertragsabschlusses der Handelsbrauch laut ÖNORM B 2206, dass Ständerwände unabhängig von der Größe der Öffnungen oder Aussparungen 'hohl für voll' abzurechnen sind, dass aber das Versetzen von Türstöcken nur dann gesondert zu verrechnen ist, wenn die Öffnungen vom Ausmaß abgezogen werden. In den einschlägigen Fachkreisen wurde einheitlich der Oberbegriff 'Auslassung' für alle Stellen, an denen Wände nicht oder nicht durchgehend errichtet werden, einerseits für 'Durchbrechungen, Ausnehmungen, Öffnungen und Aussparungen' andererseits für 'Unterbrechungen' gebraucht, wobei erstere sich innerhalb der Wand befinden, also an mindestens drei Seiten von Wandfläche umschlossen werden, letztere Unterbrechungen darstellen, die vom Boden bis zur Decke reichen, also eine Wand überhaupt nicht hergestellt wird, gleich, wie weit die Wandenden voneinander entfernt sind und ob in die Unterbrechung später andere Wandkonstruktionselemente eingesetzt werden. Es war beiden Teilen bei den Besprechungen vor Auftragserteilung klar, dass in alle Wandunterbrechungen ein von einem anderen Unternehmer einzusetzendes Holz-Glas-Element komme. Die einzelne Leistungspositionen wurden nicht erörtert. Eine besondere Umschreibung der 'Tür- und sonstigen Öffnungen' erfolgte nicht. Die Klägerin errichtete planmäßig die Zwischenwände mit den Wandunterbrechungen. In diese Wandunterbrechungen setzte ein anderer Unternehmer die Wandelemente ein, die Türrahmen, Türe und ein in das Element eingearbeitetes oberes Glasfeld umfassen. Soweit die Klägerin Trennwände zum Gang errichtete, hat sie die nötigen Türöffnungen mit den Türstöcken versehen. Die Klägerin verrechnete in ihren Teilrechnungen Material und Arbeit auch für die Flächen, die zwischen zwei benachbarten Gipskartonständerwänden für das Holz-Glas-Element frei blieben. Die Arbeitsgemeinschaft, der dieser Umstand zunächst nicht aufgefallen war, bezahlte die Forderungen nach den Teilrechnungen 1 bis 3, nahm aber dann rückwirkend einen Abzug für diese verrechneten Wandunterbrechungen vor. Die Klägerin protestierte gegen den Abzug mit dem Hinweis, sie habe aufgrund der Leistungsbeschreibung ihre Kalkulation so erstellt, dass sie alle Leicht- und Schallschutzwände "hohl für voll gemessen" verrechne. Das Erstgericht kam zu dem Ergebnis seiner rechtlichen Beurteilung, dass nach Treu und Glauben die nicht gesondert erörterte Leistungsbeschreibung im Sinne der in den einschlägigen Fachkreisen entwickelten und vereinheitlichten Technologie so zu verstehen sei, dass sich die Verrechnungsart 'hohl für voll gemessen' nicht auf die Wandunterbrechungen der Leichtbauwände bezogen hat und daher die für die im Baugewerbe tätige Klägerin unmissverständliche Formulierung der Leistungsbeschreibung nicht für ihren Kalkulationsirrtum verantwortlich gemacht werden könne(...)

Die Revisionswerberin meint nämlich, es bestehe ein Widerspruch zwischen dem Akteninhalt und einer darauf beruhenden wesentlichen Tatsachenfeststellung im Urteil, der nicht das Ergebnis eines richterlichen Werturteils ist, wenn das Berufungsgericht ein Beweisanbot für eine Behauptung vermisste, es sei nach Auftragserteilung eine Umplanung vorgenommen worden, dass statt normaler Türen - und damit der hohl für voll gemessen verrechenbaren Ausnehmungen für die Türen - vom Boden bis zur Decke durchgehende Holz-Glas-Elemente eingesetzt werden. Die Ausführungen des Berufungsgerichtes sind aber durch den Inhalt des Verhandlungsprotokolls vom 18.9.1984 (ON 14 AS 87) voll gedeckt, zumal aus den auf Türen hinweisenden Einzeichnungen in den Planausschnitten (Anlagen X und XI zum Gutachten ON 10) nicht darauf geschlossen werden kann, dass die Türen in Türstöcke im Verlauf der Zwischenwände und nicht, wie tatsächlich ausgeführt, in die Holz-Glas-Elemente eingehängt werden, sondern nur darstellen, wo Türen und wo unverschließbare Öffnungen vorgesehen sind. Dass aber die Ausführung der Zwischenwände mit Unterbrechungen für die von einem anderen Unternehmer einzusetzenden Holz-Glas-Wand-Elemente schon Gegenstand der Besprechungen vor Auftragserteilung war, ist im Tatsachenbereich festgestellt und einer Überprüfung im Revisionsverfahren entzogen."

¹⁶⁷ Siehe dazu die bei § 75 unter dem Stichwort "gefordertes Materialgewicht" auszugsweise wiedergegebene Entscheidung des OGH 3Ob509/90 vom 25.4. 1990.

¹⁶⁸ Dies betrifft § 75 BVergG.

¹⁶⁹ OGH, 5Ob580/85 vom 16.9. 1986, „Hohl für voll“.

5.2.2 Der Grundsatz der vollständigen Beschreibung der Leistung

Den Bietern sind **keine nicht kalkulierbare Risiken** bei der Erstellung der Angebote zu übertragen und es ist die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf den Auftragsgegenstand zu gewährleisten.¹⁷⁰ Das bedeutet, dass beim offenen und beim nicht offenen Verfahren die Beschreibung der Leistung so vollständig sein muss, dass zwar Aufklärung zu den Angeboten zulässig ist, hingegen Verhandlungen über den Leistungsgegenstand oder den Preis nicht notwendig und auch nicht zulässig sind.¹⁷¹

5.2.2.1 Vollständige Übergabe von für die Leistungserbringung relevanten Unterlagen

Im konkreten Fall handelte es sich um die Weitergabe von Auftragsteilen (Herstellung des sanitärtechnischen Teils im Rahmen des Gewerks Heizung, Lüftung und Sanitärinstallationen) durch einen Subunternehmer an einen Sub-Subunternehmer, die Klägerin in den nachfolgenden zivilgerichtlichen Verfahren. Vom Subunternehmer war u.a. von drei die Leistungsbeschreibung ergänzenden Leistungsblättern lediglich ein die Abfallleitungen beschreibendes (226) übergeben worden, das exakt einer Position der Leistungsbeschreibung korrespondierte, hingegen wurden zwei die sogenannten Hängekanäle beschreibende Leistungsblätter (490, 491) nicht übergeben. Strittig war, was im auszuführenden Leistungsumfang enthalten war. Dazu der OGH:¹⁷²

„Da Abfallleitungen in den Leistungsblättern überhaupt nicht vorkommen und auch keine Feststellung über die tatsächliche Herstellung solcher Leitungen getroffen wurde, liegt im übrigen der Schluss nahe, dass Punkt 3.2.1.6. überhaupt allein durch den Inhalt des Leistungsblattes 226 seine konkrete Bestimmung erhält. Dafür spricht auch, dass sich dieser Leistungspunkt 3.2.1.6. selbst nach den Ausführungen des Sachverständigen (siehe ON 34, AS 184) ohnehin genau mit dem Leistungsblatt 226 deckt, wenn in ihm das Wort Abfallleitungen durch das Wort Abflussleitungen ersetzt, also bloß ein Schreibfehler unterstellt wird.

Auf der Grundlage, dass das Leistungsblatt 226 gemäß der Auftragsbestätigung vom 2. Februar 1983 einen wesentlichen Bestandteil der Auftragsunterlagen bildet, trifft die klagende Partei [Sub-Subunternehmer] somit im Rahmen des zwischen den Streitparteien geschlossenen Werkvertrages die Pflicht, in dem in diesem Leistungsblatt genannten Umfang auch Hängekanäle herzustellen. Die Leistungsblätter 490 und 491 der ‚Bedingungen Arch. G***‘ sind dagegen mangels Anführung in der Auftragsbestätigung vom 2. Februar 1983 und Fehlens einer sonstigen diesbezüglichen Vereinbarung nicht Vertragsbestandteil geworden.“

5.2.2.2 Beizustellendes Material

Eine Gemeinde schrieb ein Straßenbauvorhaben aus. Verfasser der Ausschreibung war der Bürgermeister, der hauptberuflich Angestellter der Verwaltungsgemeinschaft der Gemeinden des politischen Bezirks war und über die entsprechenden Fachkenntnisse verfügte. In der Ausschreibung war unklar, ob Schüttmaterial für die Dammschüttung vom Auftraggeber oder vom Unternehmer beizustellen ist. Der Geschäftsführer der erfolgreichen Unternehmung und späteren Klägerin fragte den Bürgermeister und dieser informierte mündlich die nachmalige Klägerin und alle anderen Interessenten an der Ausschreibung, dass das Material durch die Gemeinde beige stellt würde; der Gemeinderat war davon nicht in Kenntnis gesetzt worden und hatte im Zusammenhang mit der Vorlage der Schlussrechnung der nachmaligen Klägerin beschlossen, die diesbezüglichen Forderungen der Klägerin nicht anzuerkennen. Dazu der OGH:¹⁷³

"Die beklagte Kärntner Ortsgemeinde hat als selbständiger Wirtschaftskörper im Rahmen ihres eigenen Wirkungsbereiches durch eine öffentlich bekannt gemachte Ausschreibung zur Anbotslegung für ein Straßenbauvorhaben aufgefordert und die Klägerin hat sich neben fünf weiteren Interessenten um die Erteilung des Werkauftrages durch Einreichung eines Angebotes mittels der von der Gemeinde ausgegebenen Anbotsunterlagen beworben. Die Anbotsunterlagen hatte der Bürgermeister verfasst. Dabei gebrauchte er in der Beschreibung einer in das Leistungsverzeichnis aufgenommenen Einzelleistung eine Formulierung, die nach allgemeinem Verständnis Zweifel darüber aufkommen ließ, ob das für die Leistung notwendige Material (nämlich die mit 7.000 m³ angenommene Schottermenge für die Errichtung eines Dammes) von der Beklagten als Auftraggeberin oder vom Unternehmer als Auftragnehmer beizustellen sein werde. Der Bürgermeister erklärte auf Anfrage der an der Anbotstellung interessierten Klägerin, daß das Material nicht vom Unternehmer beige stellt werden müsse, sondern von einem an Ort und Stelle bezeichneten Grund zu entnehmen sei. Diese Auslegung hält sich innerhalb der denkmöglichen Begriffsausfüllung der in der zweifelhaften Position des Leistungsverzeichnisses gebrauchten Formulierung. Diese Erläuterung des Bürgermeisters zu der im Namen der

¹⁷⁰ § 78 Abs 3.

¹⁷¹ § 127 Abs 1.

¹⁷² OGH, 8Ob509/88 vom 18.1. 1990, „Errichtung Postzentrum Nord“.

¹⁷³ OGH, 6Ob661/86 vom 26.11. 1987, "Schüttmaterial".

Gemeinde verfassten und ausgegebenen Ausschreibungsunterlagen hatte sich die Gemeinde in gleicher Weise zurechnen zu lassen wie die Ausschreibung selbst.(...)

Der Gemeinderat hat nach der Erfüllung eines wesentlichen Teiles der nach der Ausschreibung angebotenen Leistungen durch die Klägerin dem dieser durch den Bürgermeister namens der Gemeinde erteilten Werkvertrag im Sinne des Angebotes nachträglich beschlussmäßig zugestimmt. Dieser Beschluß deckte auch die notwendigerweise und erkennbar durch den Bürgermeister gesetzten vorvertraglichen Erklärungen und Handlungen, auch wenn sie dem Gemeinderat bei seiner Beschlussfassung im einzelnen nicht bekannt gewesen sein sollten. Dass der Gemeinderat mit einer den Grundsätzen öffentlicher Ausschreibung widersprechenden Art von Auslegungserklärungen (einzelnen Interessenten gegenüber in mündlicher Form) nicht zu rechnen gebraucht hätte, könnte nach der objektiv vorgelegenen Unklarheit der Formulierung im Leistungsverzeichnis [sic!] und der Kürze der Angebotsfrist von einer Woche der Gemeinde nicht zugute gehalten werden."

Ein maßgebliches Kriterium ist, dass wichtige Eigenschaften der nachgefragten Leistung in der Leistungsbeschreibung genannt werden müssen,¹⁷⁴ um die Gleichwertigkeit insbesondere bei jenen Positionen prüfen zu können, bei denen in der Ausschreibung beispielhaft Produkte vorgegeben wurden, so die plausible Sicht aus der Vergabejudikatur der Bundesrepublik Deutschland.¹⁷⁵ "Gleichwertig bedeutet (...) dass ein alternativ¹⁷⁶ angebotenes Erzeugnis oder Verfahren insgesamt und bezüglich wesentlicher Merkmale nicht schlechter sein darf als das vom Auftraggeber bezeichnete. Ein alternativ angebotenes Erzeugnis ist nicht gleichwertig, wenn es in einer wichtigen Eigenschaft von dem in der Leistungsbeschreibung als Leitfabrikat vorgegebenen Produkt abweicht. Eine Eigenschaft ist wichtig, wenn sie in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich angesprochen ist.¹⁷⁷ Die Eigenschaft 'gegen drückendes Wasser' ist schon deshalb eine wichtige Eigenschaft, weil sie ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung enthalten ist."

Im Zuge von Aufklärung ist aber beispielsweise ein geringfügiges Abweichen von vorgegebenen Maßtoleranzen zulässig und stellt nicht unzulässiges Verhandeln dar, wie das Bundesvergabeamt festgestellt hatte:¹⁷⁸

Die Antragstellerinnen brachten in einem Nachprüfungsverfahren nach Zuschlagserteilung vor, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers ARGE YYY u.a. aus dem Grund ausgeschieden werden hätte müssen, da der angebotene Fräskopfdurchmesser von 3,93 m das ausschreibungsgemäß zulässige Maximum von 3,90 m überschritten (zulässiges Minimum waren gemäß Ausschreibung 3,25 m).

„Gemäß §§ 914 ff ABGB sind Ausschreibungsunterlagen nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen Grundsätzen auszulegen. Danach ist nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht des Ausschreibenden zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren ist daher bei Auslegung nach der vom Auftraggeber zum Ausdruck gebrachten Absicht auszugehen und dabei zu beachten, dass selbst bei Verwendung einer Tunnelbohrmaschine mit einem Fräskopf von 3,93 m unter Beachtung der vertragsgemäß zu erbringenden Spritzbetonschale von 5 cm Wandstärke, die Lichtweite des zu leistenden Werkes unterhalb von 3,90 m ist und demzufolge innerhalb der Ausschreibungsbedingungen.

Ein weiteres Argument für die mangelnde Begründetheit des Antrages ist für den Senat, dass im Hinblick auf die beim Tunnelbau möglichen Maßtoleranzen eine Abweichung von 3 cm eine zu vernachlässigende Größe darstellt, zumal in den Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich der technischen Normen auf alle in Betracht kommenden ÖNORMEN verwiesen wird, bei denen im allgemeinen auf einen wirtschaftlich erzielbaren Genauigkeitsgrad Bedacht zu nehmen ist. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf die technischen Vertragsbestimmungen hinzuweisen, insbesondere auf den Pkt. 9.211 "Bautoleranzen", der eine Abweichung der Auskleidung in sehr beschränktem Maße zulässt.(...)

Schließlich kann der Argumentation der Antragstellerinnen, wonach die Nichtvergütung des Mehrdurchmessers den Bietern unkalkulierbare Risiken aufbürde, nicht gefolgt werden. Gemäß den Ausschreibungsbedingungen ist die Vergütung von Ausbohrung und Stützung immer auf der Basis des Durchmessers 3,25 m abgestellt.

Die Bieter tragen daher zwar ein wirtschaftliches, aber kalkulierbares Risiko. Aus den Vergabeunterlagen haben sich dem Senat auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin deshalb wirtschaftlich unplausibel wäre.“

EuGH¹⁷⁹

Nach Scheitern eines Vergabeverfahrens mit europaweiter Bekanntmachung wählte die Europäische Kommission ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, wobei sie 38 Unternehmen einlud, von denen

¹⁷⁴ § 96 Abs 2

¹⁷⁵ VK Brandenburg, Az.: VK 77/02 vom 26.2. 2003, "Hochdruck-Wassernebellöschanlage".

¹⁷⁶ Hier gemeint: vom beispielhaft vorgegebenen Leitprodukt abweichendes Produkt.

¹⁷⁷ Bezug auf ein Judikat der Vergabekammer Sachsen, 1 SVK/30-01 vom 14.5. 2001.

¹⁷⁸ BVA, F-29/99-12 vom 27.7. 2000, „Bregenzerwald Bundesstraße, Sondierstollen Dornbirn Nord – Schwarzachtobel“

¹⁷⁹ EuG, T-40/01 vom 28.11. 2002, "Scan Design gegen Europäische Kommission".

17 Angebote einreichen. Zwei Angebote mussten nach einer ersten Prüfung ausgeschieden werden. Es wären aber alle übrigen Angebote - mit Ausnahme jenes der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren, das aus preislichen Gründen nicht in Frage kam - ebenfalls auszuschneiden gewesen, u.a. jenes verspätet eingereichte Angebot, auf das die EK den Zuschlag erteilte, das im Übrigen auch den technischen Mindestanforderungen nicht entsprach.

Die EK hatte angeführt, dass sie flexibel vorgehen hätte müssen, um das ihren Bedürfnissen am ehesten entsprechende Mobiliar zu ermitteln und dass das Verhandlungsverfahren dazu Raum gäbe, was aus Art. 6 Abs 3 lit a der RL 93/36/EWG¹⁸⁰ abzuleiten sei.; im Übrigen hätte sie das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt.

Das Europäische Gericht stellte dazu fest, dass die „Flexibilität“ bei der Wahl des Art. 6 Abs 3 lit a der RL 93/36/EWG gegeben sei, nicht jedoch was die Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen betreffe.¹⁸¹ „Die Kommission verfügte demnach im Rahmen des Verhandlungsverfahrens zwar über einen Verhandlungsspielraum, hatte aber gleichwohl dafür Sorge zu tragen, dass die als zwingend eingestuftten Anforderungen der Verdingungsunterlagen eingehalten wurden.“¹⁸²

5.2.3 Der Grundsatz der neutralen Beschreibung der Leistung

Dies betrifft

- Mindestanforderungen der Ausschreibung¹⁸³ und
- in hohem Ausmaß die technischen Spezifikationen.¹⁸⁴

Der Auftraggeber darf durch die Ausschreibung keinem Bieter **sachlich ungerechtfertigte Vor- oder Nachteile** verursachen¹⁸⁵. Dies gilt insbesondere für die technischen Spezifikationen.¹⁸⁶

Die Ausschreibung eines bestimmten Systems verstößt hingegen dann nicht gegen das Gebot der Neutralität der Leistungsbeschreibung, wenn dies unter Einhaltung der Grundsätze des Vergaberechts erfolgt¹⁸⁷.

Dazu das BVA in einem konkreten Anlassfall:¹⁸⁸

"Wie im Sachverhalt festgestellt, entspricht das Angebot der Antragstellerin nicht den Ausschreibungsbedingungen. Der von der Antragstellerin angebotene Rechengutwäscher besitzt ein Wirbellaufrad. Dieses ist in der ausgeschriebenen und damit geforderten Leistungsbeschreibung sowie in dem beispielhaft genannten Leitfabrikat nicht enthalten und bedingt eine andere Funktionsweise als bei dem ausgeschriebenen Fabrikat. Ebenso fehlt bei dem angebotenen Produkt der Antragstellerin die in der Ausschreibung geforderte Vorpresszone.

Der ausgeschriebene Sandklassierer/Sandwäscher besteht aus zwei getrennt funktionierenden Einheiten, dem Sandklassierer und dem Sandwäscher. Das von der Antragstellerin angebotene Fabrikat funktioniert nach dem so genannten Coanda-Prinzip und besteht lediglich aus einem Teil. Dieses erfüllt die Funktionen des Sandklassierers und des Sandwäschers.

Die Antragstellerin stellt auch - wie selbst zugestanden hat - Fabrikate her, die den Ausschreibungsbedingungen genügt hätten. Sie hätte daher ausschreibungskonform anbieten können, ohne auf Fabrikate anderer Hersteller zurückgreifen zu müssen.

Die [Europäische] Kommission ging in der Begründung der Einstellung eines Vertragsverletzungsverfahrens davon aus (wiedergegeben in Rz 11, Beschluss des Gerichts vom 29. September 1997, T-83/97), dass die Wahl des Systems dem Auftraggeber überlassen ist. Sie unterscheidet nach den Aspekten des gegenwärtigen Standes der Technik zwischen Gleichwertigkeit und Vergleichbarkeit. Die Vergleichbarkeit kennt von der Ausschreibung abweichende Merkmale und andere Vor- und Nachteile.

Die insgesamt vorgelegten Gutachten sind daher (...) auch im Lichte der Ausführungen des EuG und EuGH wegen des angelegten Maßstabes zur Ermittlung der Gleichwertigkeit im gegenständlichen Verfahren nur hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen verwertbar.

Auch wenn die Leistungswerte eingehalten sein mögen, so handelt es sich doch um technisch andere Lösungen, als sie in der Ausschreibung auch schon vor Nennen eines Leitfabrikats beschrieben sind. Die von der Antrag-

¹⁸⁰ Entspricht § 29 Abs 2 Z 1 BVergG.

¹⁸¹ Rn. 75 f

¹⁸² Rn. 80

¹⁸³ § 79 Abs 3

¹⁸⁴ § 98

¹⁸⁵ §§ 19 Abs 1, 96 Abs 3, 98 Abs 7 und 8; mittelbar auch § 19 Abs 3.

¹⁸⁶ Siehe insbesondere § 75 Abs 7

¹⁸⁷ Im Wesentlichen die Vorgaben der §§ 19, 96 - 98.

¹⁸⁸ BVA, 17N-75/02-18 vom 21.2. 2003, "Sandklassierer - Sandwäscher".

stellerin ins Treffen geführten Argumente der Gleichwertigkeit der Leistung und der Einhaltung der Garantiewerte mögen bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer qualitativ gleichwertigen Leistung eines Alternativangebotes hauptsächlich ausschlaggebend sein. Sie sind jedoch bei der Beurteilung der gleichwertigen Art der Leistung eines Hauptangebotes nicht allein ausschlaggebend.

Wie der Vergleich zwischen §§ 42 Abs. 1 und 4¹⁸⁹ sowie 52 Abs. 1 Z 8¹⁹⁰ BVergG 1997 zeigt, führt ein Widerspruch zu den Bestimmungen der Ausschreibung zum Ausscheiden des Angebotes.

Wie das Bundesvergabeamt in ständiger Judikatur ausgesprochen hat, obliegt die Systementscheidung dem Auftraggeber (siehe z.B. Bundesvergabeamt vom 13. November 1997, F-12/97-11).

Wie das Bundesvergabeamt in seinem Bescheid vom 11. Juni 2001, N-61/01-10, ausführte, liegt ein Alternativangebot nicht nur dann vor, wenn das angebotene Endprodukt ein anderes ist als das in der Ausschreibung angegebene, sondern auch dann, wenn die Art der Leistungserbringung eine andere als die in der Ausschreibung geforderte ist.

In ihrer Empfehlung vom 9. Dezember 2002, S-101/02-13 hat auch die Bundes-Vergabekontrollkommission darauf abgestellt, dass die Systementscheidung dem Auftraggeber obliegt und das Angebot der Antragstellerin allenfalls als Alternativangebot anzusehen wäre, nicht jedoch als Hauptangebot.

Vor allem im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin in ihrer Produktpalette über Geräte verfügt, die den Bedingungen der Ausschreibung genügen, und es ihr jederzeit möglich gewesen wäre, ausschreibungskonform anzubieten, war der Antrag abzuweisen. Ob das Angebot der ausgeschriebenen Leistung im Sinne eines Alternativangebotes entsprochen hat, war nicht weiter zu prüfen, da die Antragstellerin dieses als Hauptangebot gelegt und auch in der mündlichen Verhandlung darauf bestanden hat, dieses als Hauptangebot anzusehen."

5.3 Sorgfaltspflichten des Auftraggebers bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung

Die zuvor dargestellten, bei den Grundsätzen der Leistungsbeschreibung getroffenen Anforderungen setzen für die Erstellung der Leistungsbeschreibung voraus, dass der Auftraggeber entweder über die notwendige Fachkunde verfügt oder sich eines Sachverständigen zu bedienen hat.¹⁹¹ Dies steht nicht zur Disposition des Auftraggebers, sondern ist eine zwingende rechtliche Vorgabe.

Als illustratives Beispiel aus der Judikatur für die Verteilung der Sorgfaltspflichten zwischen Auftraggeber und Unternehmern ist hier das Urteil in der Rechtssache „Rohtrasse schieben“ anzuführen, worin der OGH die Sorgfaltsmaßstäbe für den öffentlichen Auftraggeber festlegt, u.a. betreffend des Vertrauens auf eine scheinbar klare Leistungsbeschreibung:¹⁹²

Der im Zivilrechtsweg (nach Abschluss der Leistungen) klagende Auftragnehmer verstand bei der Erstellung eines Angebotes für die Umlegung eines landwirtschaftlichen Weges den vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung zugrunde gelegten Begriffsinhalt der Position "Rohtrasse schieben" in seinem Angebot falsch. Diese Positionsbezeichnung war keine auf diese individuelle Ausschreibung beschränkte, sondern wurde von sämtlichen Agrarbezirksbehörden in Kärnten bei gleichartigen Ausschreibungen laufend verwendet. Gemeint ist dabei, dass hangseitig Material abgetragen und talseitig aufgeschüttet wird; demgegenüber hatte die Klägerin diese Position so verstanden, dass nach Abtragen des Hanges (= Verrechnung unter "offenem Abtrag") eine Rohtrasse geschoben werden sollte, um die Zufahrtsmöglichkeit für die zum Einsatz kommenden Baumaschinen zu schaffen.¹⁹³

Der klagenden Unternehmung waren die bei der ausschreibenden Stelle aufliegenden Pläne nicht übermittelt worden und der Geschäftsführer der klagenden Unternehmung hatte keine Geländebesichtigung i.e.S. durchgeführt.

Die Klägerin hatte unter dieser Position nur die Herstellung der für den Maschineneinsatz notwendigen Rohtrasse verstanden, die Beklagte hingegen darüber hinaus den offenen Abtrag, das lagenweise Anschütten von Abtragsmaterial, die Herstellung des Unterbauplanums, die Schüttung der Frostschutzschicht und die Asphaltierung der Straßenfläche. Außerdem seien der Ausschreibung keine Pläne beigegeben, die genaue Trassenführung sei erst im Zuge der Ausführung der Arbeiten erkennbar gewesen.

Der OGH gab der Klage statt und stellte, im Gegensatz zum erstinstanzlichen Urteil fest, dass es sich im

¹⁸⁹ Entspricht nunmehr § 106 Abs 1 und 4.

¹⁹⁰ Entspricht nunmehr § 129 Abs 1 Z 7.

¹⁹¹ § 78 Abs 9

¹⁹² OGH 3 Ob 564/94 vom 22.2. 1995.

¹⁹³ Die Klägerin hatte den m¹ Rohtrasse schieben bei 4,50 m Kronenbreite um 18,-- ATS (Lohn: 4,--; Sonstiges: 18,--) bei 500 m¹ angeboten, die Konkurrenten zwischen 54,-- ATS und 67,50 ATS; ein Sachverständiger hatte im Zuge der gerichtlichen Auseinandersetzung 681,-- ATS/m¹ als angemessenen Einheitspreis ermittelt. Das Angebot der Klägerin lautete auf 5,794.404,-- ATS (verm. brutto). Sie legte eine Schlussrechnung über 7,407.657,10 ATS, die später auf 6,857.602,40 ATS korrigiert wurde.

konkreten Fall um einen Erklärungsirrtum¹⁹⁴ und nicht um einen Kalkulationsirrtum¹⁹⁵ handle, da die klagende Unternehmung dem Begriffsinhalt der Position "Rohtrasse schieben" eine andere Bedeutung beimaß als der Auftraggeber und dies ihrem Angebot zugrunde gelegt hatte. Es wäre Aufgabe des Auftraggebers gewesen, bei der Angebotsprüfung im Zuge der Prüfung der Preisangemessenheit entsprechend Aufklärung zu verlangen:

„Da es dabei auf das Verständnis des Empfängers der Erklärung ankommt, ist hier nicht entscheidend, dass nach den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes nicht eindeutig ist, ob die Bedeutung, welche die beklagte Partei der im Anbot der klagenden Parteien enthaltenen Position 'Schieben der Rohtrasse' beilegte, in der gesamte Baubranche (zumindest Österreichs) oder nur in dem Gebiet, in dem die Arbeiten vorzunehmen waren, üblich ist. Auch in diesem Fall wäre der Vertrag zwischen den Streitparteien mit dem Inhalt zustande gekommen, wie es der 'Erklärungssitte' (vgl. WoBI 1991 139; Miet 31.106) im Bereich der beklagten Partei entspricht.

Dazu kommt hier noch, dass es nach den Feststellungen des Erstgerichtes gar nicht möglich ist, zuerst den offenen Abtrag vorzunehmen und dann die Rohtrasse zu schieben. Auch dies spricht dafür, daß die beklagte Partei der Meinung sein musste, in der im Anbot enthaltenen Position 'Schieben der Rohtrasse' seien die damit verbundenen Abtragungsarbeiten enthalten.“

Zu beachten ist, dass der OGH hier der Pflicht des Auftraggebers, das Angebot zu prüfen und Aufklärung zu verlangen,¹⁹⁶ einen höheren Rang zuordnet als einerseits der zu erwartenden Einsichtnahme des anbietenden Unternehmers in die Ausführungspläne bzw. der Besichtigung der vorgesehenen Trasse in der Natur und andererseits dem Verlangen nach Aufklärung zu einer dem Begriffsinhalt offenbar nicht klaren Leistungsposition (wobei es sich nicht um eine Position einer standardisierten Leistungsbeschreibung im eigentlichen Sinn gehandelt hat, sondern um eine "regional übliche" Bezeichnung, die von der Rechtsqualität her nicht die Bedeutung eines Handelsbrauchs haben dürfte).

Wenngleich die Ausschreibung erforderlichenfalls Pläne zu enthalten hat, enthält § 81 als zentrale Regelung für die Erstellung von Angeboten allerdings keine Verpflichtungen des Bieters, in Pläne tatsächlich Einsicht zu nehmen; aus § 81 Abs 5 wäre allenfalls indirekt eine Verpflichtung des Bieters abzuleiten, falls ihm eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich erschiene (wenn der Bieter aber weder in Pläne Einsicht nimmt noch die Trasse in der Natur besichtigt, wird er wohl kaum einen Anlass für die Forderung nach Berichtigung der Ausschreibung finden).

5.4 Anführung besonderer Umstände, die für die Leistungserbringung maßgeblich sind

Diese Maßgabe des BVergG¹⁹⁷ soll gewährleisten, dass der Auftraggeber von sich aus **besondere Umstände, die für die Erbringung der Leistung** und damit für die Erstellung des Angebotes **wesentlich** sind, bei der Abfassung der konkreten Leistungsbeschreibung berücksichtigt. Es handelt sich somit um eine Verpflichtung des Auftraggebers, Umständen, die seiner Sphäre¹⁹⁸ zuzurechnen sind, in der Leistungsbeschreibung sachlich Rechnung zu tragen.¹⁹⁹ Zum einen, um den Bietern nicht

¹⁹⁴ § 871 ABGB. "Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende meint, etwas anderes zu erklären als er wirklich erklärt oder wenn ihm die Erklärung gar nicht als solche bewusst ist." (KOZIOL - WELSER, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Wien: 1995 Manz¹⁰, S. 121). "Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn sich ein Teil bei einer Erklärung, die für den anderen bestimmt ist, zB bezüglich des Preises verschreibt, einen Rechenfehler macht, sich verspricht odgl." (DITTRICH - TADES, Taschenkommentar zum ABGB, Wien: 2002 Manz²⁰, S. 283).

¹⁹⁵ Im vergaberechtlichen Sinn bedeutet das eine falsche Einschätzung der vom Unternehmer zu tragenden Kosten und des von ihm zu tätigen Aufwandes.

¹⁹⁶ §§ 122 ff

¹⁹⁷ §96 Abs 6

¹⁹⁸ "Eine Partei kann sich aber nicht auf das Fehlen oder den Wegfall einer typischen Voraussetzung berufen, wenn diese sich auf Tatsachen der eigenen Sphäre bezieht; denn jeder Vertragspartner muss die Gefahr aller Umstände tragen, die sich in seinem Bereich ereignen (vgl. die §§ 1107, 1168, 968 [ABGB]) (KOZIOL-WELSER, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Wien: Manz 1995¹⁰).

¹⁹⁹ So u.a. der OGH, 7Ob67/00d vom 7.4. 2000, zu einem (privaten) Auftrag über das Brechen von Gleisschotter und die vom Auftragnehmer unterlassene Warnpflicht: " Wie auch immer die zwischen den Parteien getroffene Absprache qualifiziert wird, ist jedenfalls eine unverzügliche Anzeige einer unvermeidlichen (mitunter auch beträchtlichen) Überschreitung zur Wahrung des Anspruches auf die Mehrkosten dann entbehrlich, wenn diese auf Umstände in der Bestellersphäre, hier also der beklagten Partei [Auftraggeber], zurückzuführen sind (SZ 58/41; 9 Ob 66/99t). Davon ist auch hier auszugehen, weil der (später zur Nichteinhaltung der erwarteten Brechleistung und damit Kostenüberschreitung führende und damit in die - übrigens bei Auftragserteilung nicht fix vereinbarte - Stundenabrechnung einfließende) Umstand, dass nämlich der zur Brechung übernommene Gleisschotter durch Erdreich stark verunreinigt war und überdies mit großen Eisenmengen, die erst herausgefiltert werden mussten und durch Verkeilung des Förderbandes mehrfach zu Unterbrechungen und Verzögerungen führten, versetzt war, nicht der klagenden Partei [Auftragnehmer] angelastet werden kann."

umfangreiche Vorarbeiten oder unzumutbare Wagnisse zuzumuten²⁰⁰ und zum anderen, um dem Grundsatz der Neutralität der Leistungsbeschreibung zu entsprechen.²⁰¹

Dem steht die Prüfpflicht des Werkunternehmers nach den Grundsätzen des ABGB²⁰² gegenüber, die aber Grenzen hat (hier dargestellt am Bodenrisiko).²⁰³

" Die Prüfpflicht des Werkunternehmers bestimmt sich in einem solchen Fall danach, in welchem Umfang der Werkbesteller eine solche Prüfung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte; ohne Entgelt für die Beiziehung von Prüforganen haftet der Werkunternehmer nur für die Vornahme von Prüfungen nach Maßgabe der Fachkenntnisse des Werkunternehmers (WBI 1987, 119). Das ergibt sich schon aus der praktischen Überlegung, dass eine Ausschreibung im Fall vereinbarter Überwälzung der Prüfpflicht keine exakten und bindenden Angaben enthält und es unpraktisch und unzumutbar wäre, wenn jeder Bieter für sich die Bodenverhältnisse exakt festzustellen hätte; (...)

Das Ausmaß der Pflicht zur Überprüfung der Richtigkeit der Angaben und Weisungen des Werkbestellers richtet sich nach den Fachkenntnissen, die der Werkunternehmer zu vertreten hat und nach der Zumutbarkeit der Durchführung solcher Prüfungsmaßnahmen. Der Werkunternehmer hat zwar alles, was der Werkbesteller für die Herstellung des Werkes zur Verfügung stellt, auf Zweckmäßigkeit hin zu prüfen und etwaige Bedenken geltend zu machen. Es trifft ihn aber nicht die Pflicht, im gleichen Umfang wie der primär prüfpflichtige Werkbesteller eigene Untersuchungen anzustellen. Vielmehr genügt es, wenn sich der Bauunternehmer hinreichend von der Verlässlichkeit der bereits vom Bauherrn vorgenommenen Untersuchung überzeugt, ob die angewandten Prüfungsmethoden sachgerecht waren und jene Person, welche die Prüfung durchgeführt haben, hinreichend qualifiziert und vertrauenswürdig sind. Hingegen ist es nicht erforderlich, dass der Bauunternehmer kostspielige Paralleluntersuchungen [*sic!*] vornimmt oder in Auftrag gibt (Krejci in FS Fasching 319), es sei denn, es wäre dies besonders vereinbart oder hätte im Entgelt seinen Ausdruck gefunden (WBI 1987, 219)."

5.4.1 Besondere örtliche Verhältnisse

Im ersten Fall hatte ein privater Auftraggeber den Auftrag zur Errichtung einer Industriehalle ausgeschrieben, wobei er Baumeister Ing. T*** mit der Planung des Projekts, dem Verfassen der Leistungsbeschreibung und der örtlichen Bauaufsicht betraut hatte. Während der Ausführung der Leistungen durch die später im Zivilrechtsweg klagende Bauunternehmung trat aggressives Grundwasser auf, weshalb bei der Herstellung des Fundamentbetons sulfatbeständiger Zement zu verwenden gewesen wäre. Die von Ing. T*** verfasste Leistungsbeschreibung enthielt weder einen Hinweis auf mögliches Auftreten aggressiven Grundwassers noch eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Untersuchung des Grundwassers. Der Auftraggeber und Ing. T*** vertraten in den Zivilgerichtsverfahren die Auffassung, die Bauunternehmung hätte im Rahmen ihrer Warnpflicht nach § 1168a ABGB den Auftraggeber auf die Aggressivität des Grundwassers aufmerksam machen müssen. Der OGH beurteilte dies anders.²⁰⁴

„Wesentlich für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites ist die Frage, ob der Klägerin als Unternehmerin eine Verletzung ihrer Warnpflicht (§ 1168a ABGB) im Zusammenhang mit der Aggressivität des Grundwassers gegen Beton gegenüber dem Beklagten als Besteller zur Last fällt oder nicht. Die Warnpflicht des Unternehmers greift dann Platz, wenn das Werk infolge offenkundiger Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offener Unrichtigkeit der Anweisungen des Bestellers misslingt. Unter Stoff ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dessen Hilfe das Werk herzustellen ist. Darunter fällt daher auch der vom Bauherrn zur Errichtung eines Gebäudes zur Verfügung gestellte Baugrund (Adler-Höllner in Klang2, V, S 408). Allerdings muss der Unternehmer nicht annehmen, dass der Grund an der Baustelle schlechter oder gefährlicher ist, als dies seiner Lage entsprechen würde. Er muss daher nicht prüfen, ob der Grund an der Baustelle ausnahmsweise besondere Mängel aufweist und braucht daher nicht nach unbekanntem Mängeln des Baugrundes zu suchen (vgl. SZ 57/197 u.a.). Unterlässt der Unternehmer die erforderliche Warnung des Bestellers, so hat er auch den aus dieser Unterlassung entstehenden Schaden zu ersetzen (SZ 45/75, SZ 52/15, SZ 55/67 ua). Die Aufklärungs- und Warnpflichten des Unternehmers dürfen allerdings nicht überspannt werden (vgl. SZ 37/163 ua). Die Warnpflichten bestehen auch immer nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des Unternehmers (RZ 1984/15; 2 Ob 614/86 ua).(...)

Ing. T*** war vom Beklagten nicht nur mit der Planung, sondern auch mit der Bauüberwachung betraut; die Veranlassung einer Grundwasseruntersuchung fiel, wie vom Berufungsgericht festgestellt wurde, grundsätzlich in seinen Aufgabenbereich und nicht in jenen der Klägerin. Auf Grund seines Hinweises, der zudem in Gegenwart des Beklagten erfolgte, bestand daher für eine zusätzliche Warnung des Beklagten durch die Klägerin

²⁰⁰ § 78 Abs 3

²⁰¹ § 96 Abs 3

²⁰² § 1168a ABGB

²⁰³ OGH, 7Ob140/98h vom 25.8. 1998, "Doppelhäuser in Vösendorf".

²⁰⁴ OGH, 8Ob588/87 vom 5.11. 1987, „Grundwasser“.

keinerlei Veranlassung. Weitere Hinweise auf eine allfällige mögliche Aggressivität des Grundwassers erfolgten nach den Feststellungen des Erstgerichtes der Klägerin gegenüber vor der Herstellung der Fundamente nicht. Die von Ing. T*** gesprächsweise gegenüber Mitarbeitern der Klägerin geäußerte Anregung, das Grundwasser untersuchen zu lassen, konnte im übrigen von dieser schon deshalb nicht als bindender Auftrag gewertet werden, eine nicht in ihren Aufgabenbereich fallende Untersuchung durch einen branchenfremden Spezialisten durchführen zu lassen, weil gemäß Punkt 6.8 der ihrem Inhalt nach außer Streit gestellten, dem Werkvertrag zugrunde gelegten Leistungsbeschreibung (...), alle vom Auftragnehmer, also der Klägerin, zu erbringenden Leistungen vor der Durchführung von der Bauaufsicht des Bauherrn schriftlich freigegeben werden mussten. Ein solcher schriftlicher Auftrag an die Klägerin wurde jedoch weder behauptet noch festgestellt. In der Auffassung des Berufungsgerichtes, dass der Klägerin keine Verletzung ihrer Warnpflicht gegenüber dem Beklagten im Zusammenhang mit der Untersuchung des Grundwassers angelastet werden kann, noch sie in dieser Richtung eine Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten zu vertreten hat, kann daher keine unrichtige rechtliche Beurteilung erblickt werden.“

Im zweiten Fall, „Inntaltunnel“²⁰⁵, handelt es sich um einen der namhaftesten österreichischen Prozesse im Zusammenhang mit Nachtragsforderungen bei einem großen öffentlichen Auftrag; Auslöser des Prozesses war eine starke geologische Störung, die eine deutlich andere Ausführung der Leistungen bewirkte, als nach den der Leistungsbeschreibung zugrunde liegenden geologischen Unterlagen vorauszusetzen gewesen wäre. Die ausführenden Unternehmungen drangen mit einem Teil ihrer Forderungen durch. Sie hatten jedoch keinen Erfolg mit dem Klagsbegehren, dass die Ausschreibung wegen der gegenüber der Leistungsbeschreibung geänderten geologischen Verhältnisse sittenwidrig nach § 879 gewesen wäre bzw. dass den ausführenden Unternehmen ein Anspruch auf Schadenersatz zustehe. Der OGH begründete dies damit, dass der Auftraggeber die geologischen Verhältnisse untersucht hatte und darauf gestützte Aussagen aber nur mit Unschärfen treffen konnte:

„Entgegen der Meinung der Revisionswerber [bauausführende Unternehmungen] kann - selbst wenn man davon ausgeht, dass nach dispositivem Recht der Auftraggeber das Baugrundrisiko zu tragen hat - nach den vorliegenden Feststellungen keinesfalls gesagt werden, dass eine gröbliche Benachteiligung vorliege. Ex ante betrachtet standen beiden vertragsschließenden Parteien nur beschränkt aussagekräftige geologische Unterlagen zur Verfügung. Eine sachliche Rechtfertigung der fraglichen Regelung lässt sich leicht darin finden, dass es für einen Werkbesteller doch legitim ist, die Folgen nicht vorausgesehener (allenfalls auch durch das Abweichen des tatsächlichen Baugrundes vom erwarteten verursachter) Kostenerhöhungen zu beschränken und teilweise auf den Auftragnehmer zu überwälzen. Bei ihren Ausführungen übersieht die Revisionswerberin insbesondere, dass die von ihr so genannte "Verschärfung" der ÖNORM-Bestimmung nach ihrer Formulierung neutral war und daher sowohl zugunsten der beklagten Partei [Auftraggeber] als auch zugunsten der klagenden Parteien ausschlagen konnte. Dass von vornherein festgestanden wäre, die Bodenverhältnisse könnten sich gegenüber den Kalkulationsannahmen lediglich verschlechtern, aber wohl kaum verbessern (so Krejci, Bauvertrag 109), wurde ja weder behauptet noch festgestellt. Dass durch die angesprochene Klausel die Auftragnehmer ein völlig unkalkulierbares und nach oben hin unbegrenztes Baugrundrisiko auf sich genommen hätten (so Krejci aaO 112 f), hat sich im Verfahren ebenfalls nicht ergeben und wird auch in der Revision gar nicht behauptet. Bei all diesen Erwägungen darf auch nicht übersehen werden, dass die ÖNORM [B 2117] ohnehin (auch) Preiserhöhungen für Änderungen der Art der Leistung, für Zusatzleistungen und für Behinderungen vorsieht. Darüber hinaus ist auf Grund der Struktur eines Einheitspreisvertrages bei Mengenveränderungen nach oben ein proportional höheres Entgelt zu leisten. Lediglich im Bereich solcher Mengenveränderungen kann es zu einem teilweisen Abwälzen des Baugrundrisikos kommen. (...)

Die Rechtsansicht, ihre Forderungen wären auch aus dem Titel des Schadenersatzes berechtigt, halten die klagenden Parteien in dem von der drittklagenden Partei ausgeführten Teil ihrer Revision insofern aufrecht, als sie darauf beharren, Abweichungen der Bodenverhältnisse von jenen, welche auf Grund der Angaben der beklagten Partei in der geologischen Untersuchung zu erwarten gewesen wären, seien "Pflichtverletzungen", die zu Schadenersatzansprüchen führen könnten. Dabei beruft sich aber die drittklagende Partei zu Unrecht auf die Entscheidung 7 Ob 140/98h = RdW 1999, 70 = WBI 1999, 81. Aus dem eigenen Zitat in der Revision geht bereits hervor, dass ein entsprechendes Vertrauen des Werkunternehmers nur dann berechtigt ist, wenn der Werkbesteller nicht darauf hinweist, dass Unklarheiten über die für die bestellte Leistung erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Nach den Feststellungen wurde in dem der Ausschreibung beiliegenden geotechnischen Bericht darauf hingewiesen, dass wegen der beschränkten Obertagaufschlüsse die Prognostizierbarkeit der geologischen Verhältnisse beschränkt sei. Daraus ergibt sich, dass die klagenden Parteien von Anfang an nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen konnten, die Prognose werde sich als zuverlässig erweisen. Nach Krejci (Bauvertrag 24) muss der Besteller vorweg für möglichst klare Verhältnisse im eigenen Bereich sorgen bzw. offenlegen, dass er nicht dazu imstande ist. Der zweiten Variante genügte das Verhalten der beklagten Partei, die zwar eine Bodenuntersuchung vornehmen ließ, allerdings auf deren Unsicherheit hinwies. Nach Auffassung des erkennenden Senates würde es eine Überspannung der vorvertraglichen Sorgfaltspflicht bedeuten, von jedem Bauherrn eines Tunnels zu verlangen, vor der Ausschreibung einen Sondierstollen bauen zu lassen. Eine vertragliche Verpflichtung kann hier schon deshalb nicht angenommen werden, weil auch die klagende ARGE die beklagte Partei nie auf die Notwendigkeit eines solchen Stollens aufmerksam gemacht hatte.“

²⁰⁵ OGH, 3Ob146/99p vom 24.5. 2000.

5.4.2 Besondere zeitliche Verhältnisse

In den Ausführungsbedingungen des Auftraggebers war geregelt, dass Überstunden zwischen 20.00 und 6.00 Uhr, deren Notwendigkeit nicht durch den Auftraggeber verursacht ist, nur nach vorheriger Genehmigung durch die örtliche Bauaufsicht und bei Übernahme sämtlicher dadurch entstehender Kosten durch den Auftragnehmer gestattet sind. U.a. diese Bedingung wurde vom Bieter mit dem Angebot abgeändert. Dazu das BVA, eine "nachträgliche Aufklärung" als rechtswidrig ablehnend:²⁰⁶

"Laut Punkt 460 der AVB sollte der Auftragnehmer verpflichtet sein, die Kosten sämtlicher durch Überstunden veranlasster Aufwendungen zu tragen, wenn die Notwendigkeit für die Leistung solcher Überstunden durch den Auftragnehmer - unabhängig von dessen Verschulden - verursacht wurde. Durch die im Begleitschreiben zum Angebot der Antragstellerin enthaltene Formulierung 'nehmen wir zu einzelnen Vertragspunkten Stellung' und 'eine Kostentragung für Überstunden ... ist ... nur bei schuldhaftem Verhalten des Auftragnehmers möglich', hat die Antragstellerin eindeutig den Willen bekundet, die in Punkt 460 AVB enthaltene Anforderung abzulehnen. Wenn etwas nur unter bestimmten Bedingungen 'möglich' sein soll, ergibt sich daraus zwingend, daß sich der Erklärende für alle anderen Fälle nicht dazu verpflichten will."

5.4.3 Ausreichende Genauigkeit der Spezifikation des Leistungsgegenstandes

Das Bundesministerium für Inneres hatte die Leistungen für die Durchführung von Sicherheitskontrollen am Flughafen Linz im Mai 1997 im offenen Verfahren ausgeschrieben, ursprünglich aber nicht ausreichend genau spezifiziert. Im Besonderen betraf dies, was das "All-in-Entgelt" genau umfassen sollte. Auf Grund von Anfragen präziserte der Auftraggeber im Juni 1997 die Anforderungen der Leistungsbeschreibung an die Bieter. Das Bundesvergabeamt sah diese Information, vor dem Hintergrund der spezifischen Berufserfahrung des in Betracht kommenden Bieterkreises, als ausreichend an:²⁰⁷

"Da die Antragstellerin die Frage des Verhältnisses Kontrollstraßen/Passagiere nach wie vor nicht ausreichend geklärt sah, stellte sie erst sechs Monate später, am 9. Dezember 1997, gemeinsam mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung den Antrag auch Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens. In der Information des Bundesministeriums für Inneres wurde in ausreichender Weise ausgeführt, welche Leistungen im speziellen durch das "All in"-Entgelt abgegolten werden. Darüber hinaus wurde in der ergänzenden Bemerkung ein genauer zeitlicher Rahmen festgelegt, in welchem der Bieter die Abfertigung eines Flugzeuges jedenfalls absolviert haben muss. In Verein mit dem in den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten Zahlenmaterial, aus welchem die Fluggastfrequenzen sowohl an Spitzentagen als auch an den passagierschwächsten Tagen, sowie die benötigten Arbeitsstunden pro Tag und die Betriebsstunden der Röntgenanlagen abzulesen sind, war es daher jedem Bieter mit der nötigen Erfahrung in diesem Dienstleistungsbereich problemlos möglich zu erkennen, in welchem Umfang Personal und Erfahrung in diesem Dienstleistungsbereich problemlos möglich zu erkennen, in welchem Umfang Personal und Kontrollstraßen für das jeweilige Passagieraufkommen bereitzuhalten ist. Die Bieter konnten aufgrund der Ausschreibung samt ergänzender Information - im Gegensatz zu der vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 28. Oktober 1997 aufgehobenen Ausschreibung der Sicherheitskontrollen am Flughafen Salzburg - im gegenständlichen Vergabeverfahren durchaus feststellen, auf welche Leistungen und auf welchen Umfang sich der Angebotspreis zu beziehen hat.

Da diese ergänzende Information an alle Bewerber, die die Ausschreibungsunterlagen erhalten haben, schriftlich ergangen ist, entspricht diese den Erfordernissen des § 39 BVergG²⁰⁸ und reicht somit aus, den ursprünglichen Mangel der Ausschreibung zu beheben. Die Ausschreibung erfüllte somit die Erfordernisse des § 36 Abs. 1 BVergG.²⁰⁹

Beim Vergabeverfahren "Räumung der Fischer-Deponie und Entsorgung der geräumten Abfälle" ²¹⁰ brachte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren (u.a.) vor, dass es praktisch unmöglich sei, genaue Vorerkundungen der konsenslosen Abfälle durchzuführen und es daher erforderlich wäre, die gesamte Deponie zu sichten.

Das Bundesvergabeamt wies den Antrag „die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung, dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen ist, für nichtig zu erklären“, eben wegen nach Auffassung der Antragstellerin nicht ausreichender Spezifikation der Abfälle, ab:

"Mit der VO (EWG) Nr. 259/93 des Rates vom 1. Februar 1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft wurde die Abfallverbringung in Staaten der EWG und in Drittstaaten für alle Mitgliedsländer verbindlich geregelt, die VerbringungsVO ist mit 1.1.1997 unmittelbar anzuwenden. Der österreichische Gesetzgeber nahm dies zum Anlass, mit der EU-Nov 1996 zum AWG BGBl 1996/434 (RV 149 BlgNR 20. GP) das AWG dem EU-Recht anzupassen. Was nun den Export betrifft,

²⁰⁶ BVA, N-25/99-16 vom 30.6. 1999, „Adaptierung OeNB I, Gewerk 783 LAN“.

²⁰⁷ BVA, N-36/97-12 vom 23.1. 1998, "Durchführung von Sicherheitskontrollen am Flughafen Linz".

²⁰⁸ Entspricht nunmehr § 90

²⁰⁹ Entspricht nunmehr § 96 Abs 1

²¹⁰ BVA, N-127/01-29 vom 11.1. 2002, "Sanierung der Altlast Dkfm. Fischer-Deponie - Räumung Fischer-Deponie, Transport und Entsorgung der geräumten Abfälle".

besteht der wesentliche Unterschied zur genannten EWG-VO, dass dort eine Notifizierung mit Hilfe des Begleitscheines genügt, gegen die Einwände erhoben werden können. Österreich blieb aber in Ausführung der VO weiterhin dabei, dass ungeachtet der Notifizierung weiterhin ein Bescheid (auch bei Zustimmung) zu erlassen ist (RV 149 BgNR 20. GP, 19). Das BVA hält diese Regelung für EU-konform (siehe dazu auch die Schlussanträge des Generalanwaltes Francis G. Jacobs in der Rechtssache C-6/00 vom 15.11.2001 über Vorabentscheidungsersuchen des VwGH).

Aus der Ausschreibung ergibt sich, dass eine Fraktionierung der Abfälle grosso modo bereits möglich ist. Es ist daher insbesondere auch schon jetzt die Angabe der Abfallschlüsselnummer, die Art und Konzentration der charakteristischen oder signifikanten Bestandteile der Abfälle möglich, sodass der Ausstellung des Begleitscheines keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen."

5.4.4 Besondere Umstände des Personaleinsatzes

BVA:²¹¹

"Die Antragstellerin hat entgegen dem ausdrücklichen Hinweis in der Aufforderung zur Teilnahme am Vergabeverfahren in ihrem Angebot keine prozentmäßigen Angaben über den vorgesehenen Personaleinsatz erstattet und sohin ein unvollständiges und daher mangelhaftes Angebot gelegt. Ob ein behebbarer oder ein unbehebbarer, gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG²¹² zum Ausscheiden des Angebotes führender Mangel vorliegt, ist unter Berücksichtigung der Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 16 Abs. 1 BVergG²¹³ zu beurteilen. Unter Beachtung dieser Grundsätze liegt jedenfalls dann ein unbehebbarer Mangel vor, wenn die nachträgliche Mängelbehebung den Wert der angebotenen Leistung beeinflussen würde. Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines Angebotes seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise nachträglich verbessern (vgl. die auch auf die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen anwendbaren, bei Kropik, Mängel in Angeboten (1998) 43, aufgestellten Grundsätze). Unabhängig von der Frage der Bedeutung des Personaleinsatzes hinsichtlich der einzelnen Gewerke des Auftrages war der Personaleinsatz im vorliegenden Fall ein maßgebendes Zuschlagskriterium. Eine nachträgliche Ergänzung der ursprünglich über den Personaleinsatz erstatteten Angaben würde daher jedenfalls den Wert der angebotenen Leistung für die Auftraggeberin beeinflussen und wäre somit geeignet, die Position des Bieters in unzulässiger Weise zu verbessern. Da das Angebot der Antragstellerin also mit einem unbehebbareren Mangel behaftet war und somit auszuschneiden gewesen wäre, konnte sie durch eine nachträgliche, allenfalls rechtswidrige Anwendung der Zuschlagskriterien in ihren Rechten nicht mehr beeinträchtigt werden."

5.5 Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis

5.5.1 Allfällige Besichtigungstermine am (an den) Erfüllungsort(en)

Sofern nicht mit Absprachen von Bietern zu rechnen ist, mag ein Besprechungstermin ausreichend sein; sollten jedoch Absprachen der Bieter nicht ausgeschlossen werden können, so sollten mindestens zwei Termine vorgesehen werden. Dabei wäre, soweit dies möglich ist, darauf zu achten, dass nicht Vertreter derselben Unternehmungen an beiden bzw. allen Terminen teilnehmen.

Sinn dessen ist, dass individuelle Besonderheiten vom Auftraggeber erklärt bzw. von den Vertretern der Unternehmungen erfragt werden können.

Die bei solchen Terminen getätigten Aussagen sind aus vergaberechtlichen Gründen ihrem wesentlichen Inhalt nach genauso bekannt zu machen wie die Ausschreibung.

Ein automatisches Ausscheiden der Angebote von Unternehmern, deren Vertreter nicht an einem dieser Besichtigungstermine teilgenommen haben, mag zwar angedroht werden, dürfte aber rechtlich nicht haltbar sein - dem Bieter ist bei der Angebotsprüfung Gelegenheit zu geben, zu begründen, weshalb er ohne Teilnahme an einem solchen Termin glaubt, ein ordnungsgemäßes Angebot er-

²¹¹ BVA, F-3/98-12 vom 3.8. 1998, "Vergabe der örtlichen Bauaufsicht des Projektes Rossauerkaserne-Generalsanierung, Trakte 1-6 sowie Neubau einer Tiefgarage im Hof A".

²¹² Entspricht nunmehr § 129 Abs 1 Z 7

²¹³ Entspricht nunmehr § 19 Abs 1

stellen zu können; der Auftraggeber hat diese Erklärung des Bieters sodann auf ihre Plausibilität zu überprüfen und davon die weitere Behandlung des Angebotes abhängig zu machen.

5.5.2 Frist für Rückfragen bzw. deren Beantwortung

Dies unterscheidet sich vom vorigen Punkt dadurch, dass keine Besichtigung des (der) Erfüllungs-orte(s) vorgesehen ist. Der relevante Zeitpunkt ist etwa zur Hälfte der Angebotsfrist. Die Fragen werden anonym mit den bezughabenden Antworten allen übermittelt, von denen der Auftraggeber weiß, dass sie Angebote behoben haben und genauso bekannt gemacht wie die Ausschreibung. Dieses System hat sich in der Praxis als sehr gut funktionierend herausgestellt.

5.5.3 Welche Unterlagen sind mit dem Angebot zwingend einzureichen?

Die Vorschreibungen der Auftraggeber sind hier sehr unterschiedlich. Es gibt grundsätzlich zwei Denkschulen:

1. Es wird von allen Bietern (Bewerbern) grundsätzlich die Vorlage aller relevanten Unterlagen bereits mit dem Angebot verlangt.

Dann steht zur Diskussion, was der Auftraggeber mit jenen Angeboten (bzw. bei zweistufigen Verfahren: Bewerbungen) macht, bei denen nicht alle geforderten Unterlagen tatsächlich vorgelegt wurden.

Überwiegende Mehrheitsmeinung (und auch Judikaturlinie) ist, dass alle Unterlagen, die nichts an den Preisen sowie an der Art der Leistung und deren Ausführung ändern, binnen angemessener Frist nachgereicht werden können.

Einen Sonderfall stellt hier die Liste der Subunternehmer für wesentliche Teilleistungen dar, die aus Gründen des fairen Wettbewerbs bereits mit dem Angebot eingereicht werden sollte; behält sich dies der Auftraggeber vor, dann wird eine Nichtvorlage dieser Liste zwingend zum Ausscheiden dieses Angebotes führen müssen, sofern nicht der Bieter alle relevanten Leistungen selbst erbringt.

2. Der Auftraggeber verlangt mit dem Angebot nur die ihm am vordringlichsten erscheinenden Nachweise und legt fest, dass auf seine Aufforderung hin weitere, in den Ausschreibungsunterlagen angeführte Nachweise binnen angemessener Frist (d.h. acht bis vierzehn Tage) nachzubringen sind. Vorteil: Die Belastung der Bieter ist geringer, was vor allem jenen zugute kommt, deren Angebote nicht in die engere Wahl kommen.

Der Auftraggeber soll sich auch überlegen, welche Aktualität die Nachweise haben müssen und welche Nachweise im Original beigebracht werden müssen bzw. auch in Kopie eingereicht werden können.

Ebenso sollte der Auftraggeber Feststellungen treffen, dass Unternehmer darauf verweisen können, dass sie in einer Liste geeigneter Unternehmer²¹⁴ geführt werden und dass nur mehr darüber hinausgehende Nachweise vorgelegt werden müssen.

5.5.4 Allfällige Teilvergaben/Teilzuschläge

Der Auftraggeber ist verpflichtet, in den Ausschreibungen festzulegen, **welche Teile der Leistung gegebenenfalls gesondert beauftragt werden können**; in diesem Fall muss er Angebote für jeden einzelnen dieser vorgegebenen Leistungsteile zulassen, eine Forderung, dass nur Gesamtangebote eingereicht werden dürfen, ist rechtswidrig. Der Auftraggeber ist in weiterer Folge an diese Festlegung gebunden.

Unbenommen bleibt, dass der Auftraggeber Gesamtangebote bevorzugen kann; in diesem Fall wird er eine Preisdifferenz festlegen müssen, innerhalb derer Gesamtangebote gegenüber Teilangeboten bevorzugt werden.

Definiert der Auftraggeber keine (gesondert anbietbaren und zuschlagbaren) Teilleistungen, dann darf ausschließlich die Gesamtleistung zugeschlagen werden; allfällige Teilangebote sind dann zwingend auszuschneiden.

5.5.5 Allfällige Kombination mit Angeboten anderer Ausschreibungen

Beabsichtigt der Auftraggeber, die Kombination der Angebote einer Ausschreibung mit den Angeboten einer (mehreren) anderen Ausschreibung(en) heranzuziehen, um technisch oder vor allem preislich ein günstigeres Ergebnis zu erzielen, so hat er in allen in Betracht kommenden Ausschreibungen entsprechend darauf hinzuweisen. Unterlässt dies der Auftraggeber, so ist die Beauftragung einer ausschreibungsübergreifenden Kombination, sei es von Hauptangeboten sei es von Alternativangeboten, rechtswidrig.

Anmerkung: Sollen verschiedene Verfahren kombiniert werden, so ist auch bei der Abwicklung – z.B. bei der Angebotsfrist – darauf Rücksicht zu nehmen.

„Verbandsklärungsanfrage Gnas“²¹⁵ - beabsichtigte Zuschlagserteilung auf ein gewerke- und ausschreibungsübergreifendes Alternativangebot

Der Auftraggeber hatte die Baumeister- und Professionistenleistungen einerseits und die maschinelle Ausrüstung andererseits gleichzeitig ausgeschrieben und auf der selben Seite des Kundmachungsorgans veröffentlicht.

Der prüfende Zivilingenieur hatte bei der Prüfung der Angebote für die maschinelle Ausrüstung einen Bestbieter, Fa. T***** (nachmalige Klägerin), ermittelt. Der Auftraggeber beabsichtigte jedoch in weiterer Folge, den Zuschlag auf ein Alternativangebot der Firmen B***** (maschinelle Ausrüstung) und T***** (Baumeisterarbeiten), das sich über den Umfang beider Ausschreibungen erstreckte und preisgünstiger als die Kombination der Bestangebote je Gewerk war, zu erteilen. Der Fa. B***** sollte weiters auch noch der Auftrag über die elektrotechnische Ausstattung erteilt werden. Das Angebot der Fa. B***** für die maschinelle Ausrüstung lag preislich höher als jenes der Klägerin, Fa. T*****.

Die Klägerin forderte die Rücknahme des Vergabebeschlusses, u.a. mit dem Argument, dass sie im Gegensatz zur Fa. B***** die Anforderungen der in den Ausschreibungsunterlagen verbindlich vorgeschriebenen einschlägigen Richtlinien der Gütegemeinschaft Wassertechnik (GWT) erfülle.

In der Ausschreibung war das BVergG als anzuwendende Vergabevorschrift angeführt, was jedoch mangels sehr großer Unterschreitung des sachlich anzuwendenden Schwellenwertes bezüglich des Rechtsschutzes irrelevant war; nichtsdestoweniger wurde das BVergG vom OGH als Maßstab für die vorvertraglichen Verpflichtungen des Auftraggebers gewertet.

Die Klägerin begehrte im zivilgerichtlichen Verfahren, dem Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu gebieten, die Zuschlagserteilung an die Fa. B***** für die maschinelle Ausrüstung zu unterlassen.

²¹⁴ Sh. Abschnitt 4.4

²¹⁵ OGH 4 Ob 2360/96d vom 28.1. 1997.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren nicht statt: In beiden Ausschreibungen seien Alternativangebote ausdrücklich zugelassen worden. Die Einhaltung der GWT-Richtlinien sei eine Förderungsbestimmung, d.h. diese Bestimmungen bräuchten dann nicht eingehalten werden, wenn der Auftraggeber auf die Förderung nach dem Umweltförderungsgesetz verzichte. Das Berufungsgericht bestätigte den Beschluss des Erstgerichts. Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch könne nicht mehr greifen, da der Zuschlag durch den Auftraggeber bereits erteilt und dadurch das Vergabeverfahren beendet worden sei.

Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Klägerin statt. Aus dem Urteil ist abzuleiten:

1. Der Zuschlag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Der (auch: politische) Beschluss des Auftraggebers für sich alleine ist nicht ausreichend, um den Zuschlag als erteilt anzusehen:
 "(...)maßgeblich ist aber allein, ob schon ein Vertragsverhältnis zwischen dem Beklagten (Auftraggeber) und der B. Abwassertechnik GmbH (Bestbieter gemäß Vergabevorschlag) zustande gekommen ist. Nach § 41 BVergG - welches laut den Ausschreibungsbedingungen Vertragsbestandteil geworden ist - kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Damit ist also der Zuschlag - also die dem Bieter abgegebene Erklärung, sein Angebot anzunehmen (§ 9 Z 14 BVergG) - erteilt."
2. "Zutreffend weist die Klägerin darauf hin, dass die vom Beklagten [= Auftraggeber] in der Ausschreibung bekannt gegebene Möglichkeit, auch Alternativangebote abzugeben, nicht auch das Recht einräumte, Alternativangebote zweier getrennter Ausschreibungen zusammenzuziehen und dem Angebot eines Mitbewerbers, der nur an einer Ausschreibung teilgenommen hat, gegenüberzustellen. Der Ausschreibung der maschinellen Ausrüstung für den Neubau der Verbandskläranlage Gnas war, auch wenn man berücksichtigt, dass die Ausschreibung für die Baumeisterarbeiten an dieser Anlage auf derselben Zeitungsseite, veröffentlicht wurde, nicht zu entnehmen, dass ein beide Ausschreibungen berücksichtigendes Kombinationsangebot zulässig wäre. Der Bieter hat sich aber grundsätzlich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibung zu halten (§ 29 Abs. 1 BVergG). Angebote, die den Ausschreibungsunterlagen widersprechen, sind nach § 39 Z 8 BVergG auszuschneiden."

5.6 Rechtliche Vertragsbedingungen

Zu beachten ist, dass die **Grundsätze des Bürgerlichen Rechts**, also insbesondere das ABGB, immer gelten.

Am stärksten ausgeprägt wird dies in den „**vorvertraglichen Sorgfaltspflichten**“ des Auftraggebers erkennbar, die nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte für den öffentlichen Auftraggeber immer gelten. Das bedeutet, dass der Auftraggeber an die Festlegungen in der Ausschreibung gebunden ist und diese nicht willkürlich verändern darf. Rechtliche Vertragsbedingungen werden für den einzelnen Auftraggeber in hohem Ausmaß standardisierbar sein.

Weiters gelten die **ÖNORMen** nach ständiger Rechtsprechung des OGH als Maßstab für die Sorgfaltspflichten des öffentlichen Auftraggebers²¹⁶, d.h. dass jedenfalls deren grundsätzliche Bestimmungen zu beachten sind, gleichgültig, ob sie vorgeschrieben wurden oder nicht.²¹⁷

5.6.1 Gelten die Vertragsnormen?

Wie bereits früher ausgeführt, sind die Vertragsnormen gemäß BVergG 2006²¹⁸ praktisch zur Gänze heranzuziehen, **Ausnahmen in einzelnen Punkten sind zulässig**.

Das Ziel ist einerseits Übereinstimmung mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und, damit zusammenhängend, andererseits Rechtssicherheit.

Das bedeutet u.a.

- Schriftform von Mitteilungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer und umgekehrt.
- Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers²¹⁹, sofern der Auftraggeber nicht unmittelbar Kenntnis von Änderungen haben musste.²²⁰

²¹⁶ So vor allem OGH 3 Ob 564/94 vom 22.2. 1995, „Rohtrasse schieben“.

²¹⁷ In letzterem Fall OGH 10Ob212/98v vom 20.8. 1998, „Stadtgemeinde G. – Umbau und Erweiterung des Feuerwehrhauses“, wo die Anwendung der ÖNORM A 2050 bewusst vermieden worden war, was zum damaligen Zeitpunkt nicht zu den Bestimmungen des OÖ. Landesvergabegesetzes in Widerspruch stand.

²¹⁸ § 99 Abs.2

- Grundsätzliches Recht auf Änderung der Preise bei beträchtlicher Abweichung gegenüber der Ausschreibung.
- Regelungen über die Übernahme von Leistungen (maßgeblich für den Beginn der Gewährleistungsfrist, bei Bauleistungen auch für den Gefahrenübergang).

5.6.2 Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften²²¹

Selbst wenn das BVergG 2006 die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften nicht gesondert vorschreiben würde, wären diese jedenfalls für den Bund und für die Länder als öffentliche Auftraggeber zwingend einzuhalten; europarechtlich bedeutet das, dass etwa die Vorschriften aus dem Herkunftsstaat eines Arbeitnehmers im Zuge der Abwicklung eines öffentlichen Auftrags dann zur Anwendung gelangen können, wenn ein Arbeitnehmer nur vorübergehend tätig ist und diese Vorschriften den in Österreich geltenden im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes „im Wesentlichen gleich“ sind.²²²

Bei diesen Vorschriften handelt es sich vor allem um **Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)**, zum Teil aus den frühen Fünfziger-Jahren des vergangenen Jahrhunderts, die im Rang von Bundesgesetzen stehen²²³, aber auch um Kollektivverträge und sonstige Schutzvorschriften.

5.6.3 Welche sonstigen Rechtsvorschriften gelten?

Das kann Bestimmungen der **Gewerbeordnung** betreffen, die über die Befugnis des Hauptunternehmers hinausgehen, es können aber auch **Materiengesetze** betroffen sein, wie etwa

- bei Dienstleistungsaufträgen beispielsweise berufsrechtliche Regelungen,
- bei Liefer- und Bauaufträgen beispielsweise Regelungen der Abfallwirtschaftsgesetze und der dazu ergangenen Verordnungen.

Darauf ist in den Ausschreibungsunterlagen, in Umsetzung des Transparenzgebotes, Bezug zu nehmen; das bedeutet aber nicht automatisch, dass sich ein „fachkundiger Bieter“ darauf berufen kann, dass diese rechtlichen Bestimmungen keine Gültigkeit haben, nur weil sie in den Ausschreibungsunterlagen nicht angeführt worden waren.

Judikaturbeispiel 1 zu Arbeitsgemeinschaften - VwGH: Die Arbeitsgemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist keine juristische Person.²²⁴

„Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach dargetan hat (z.B. die hg. Erkenntnisse vom 11. April 1980, Zl. 2161/78 und vom 24. Jänner 1989, Zl. 88/04/0101), können Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht als juristische Personen im Sinne des § 9 Abs. 1 GewO 1973 angesehen werden und sind auch keine Personengesellschaften des Handelsrechtes. Sie können daher auch nicht Träger einer Gewerbeberechtigung sein.“

²¹⁹ § 1168a ABGB

²²⁰ Diese sehr klare Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes der Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers ist dem Urteil des OGH 10b251/99i vom 27.10. 1999 zu entnehmen; der OGH spricht von einer „konkludent“ (nämlich vor den Augen des Auftraggebers) zustande gekommenen Vertragsänderung, trotz Fehlens einer Beauftragung des Auftragnehmers in schriftlicher oder mündlicher Form.

²²¹ § 84

²²² Siehe diesbezüglich vor allem das Urteil des EuGH vom 15.3. 2001 in der Rs. C-165/98, „André Mazzoleni und Inter Surveillance Assistance SARL“ (Vorabentscheidungsersuchen, vorgelegt vom belgischen Tribunal correctionnel Arlon).

²²³ BGBl. Nr. 228/1950, Nr. 20/1952, Nr. 39/1954, Nr. 81/1958, Nr. 86/1961, Nr. 111/1972 und BGBl. III Nr. 200/2001.

²²⁴ VwGH, 93/04/0108 vom 22.11. 1994, „ARGE-Beteiligung einer erst in Gründung stehenden GmbH“

Bei einer gemeinsamen Tätigkeit von mehreren Gesellschaftern einer derartigen Gesellschaft bedarf daher – unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung selbst tatsächlich erbringt – jeder Gesellschafter einer eigenen Gewerbeberechtigung. Gleichzeitig kann – zufolge des Mangels der Gewerbeberechtigung – eine Gewerbeausübung in bezug auf eine derartige Gesellschaft nicht dieser, sondern nur unmittelbar ihren Mitgliedern zugerechnet werden.“

Judikaturbeispiel 2 zu Arbeitsgemeinschaften: Die ARGE ist nicht prozessfähig.²²⁵

„Da die Beschwerde als erstbeschwerdeführende Partei eine Arbeitsgemeinschaft anführt, hatte der Verwaltungsgerichtshof zunächst deren Prozessfähigkeit zu prüfen. Da eine solche Arbeitsgemeinschaft weder als juristische Person noch als eine – selbständig Prozessrechtsfähigkeit besitzende – Personengesellschaft des Handelsrechtes, sondern als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren ist, könnte ihr Prozessrechtsfähigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur zuerkannt werden, wenn das zu Grunde liegende Materiengesetz, hier also das O.ö. Vergabegesetz, einer solchen Arbeitsgemeinschaft selbständige, von ihren einzelnen Mitgliedern losgelöste materielle Rechte oder Verfahrensrechte einräumte. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 1 Z. 9 O.ö. Vergabegesetz, wonach die Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer ist, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten, muss dies aber verneint werden. Die Beschwerde der erstbeschwerdeführenden Arbeitsgemeinschaft war daher schon aus diesem Grund zurückzuweisen.“

5.6.4 Termine und Pönale

Die Termine gehören zu den wichtigsten „Eckdaten“, die in Ausschreibungsunterlagen angeführt werden müssen; fehlende Angaben über Termine, wenn diese nicht auf andere Weise schlüssig erkennbar sein sollten, werden den Widerruf der Ausschreibung bedingen.

Pönale sind Vertragsstrafen. Sie sollten für Zwischentermin(e) oder den Fertigstellungstermin einer Leistung mit Vorsicht vorgeschrieben werden, da sie vergaberechtlich nur dann vorgesehen sind, wenn dem Auftraggeber aus dem Erfüllungsverzug ein erheblicher Nachteil erwächst.

5.7 Wirtschaftliche Vertragsbedingungen

Wirtschaftliche Vertragsbedingungen werden sich für den einzelnen Auftraggeber auch, aber nicht in so hohem Maße wie die rechtlichen Vertragsbedingungen, standardisieren lassen.

5.7.1 Sicherstellungen²²⁶

Es handelt sich dabei um

- **Vadium** (Bietgarantie),
- **Kaution** (Sicherstellung für den Fall der Verletzung besonderer Pflichten; nach ÖNORM A 2060, Ausgabe 1.7.2009, Abschn. 8.5.1 bzw. ÖNORM B 2110, Ausgabe 1.1.2009, Abschn. 8.7.1 auch als Sicherstellung gegenüber Insolvenzgefahr zulässig, wobei die Spesen von jenem getragen werden, der diese Sicherstellung verlangt),
- **Deckungsrücklass** (Sicherstellung gegen Überzahlungen),
- **Haftungsrücklass** (Sicherstellung gegen Nichterfüllung der Pflichten aus Gewährleistung oder Schadenersatz).

Die Vorschreibung eines Vadiums ist in Österreich eher selten (bei größeren Tiefbauvorhaben kommt die Vorschreibung eines Vadiums vor); gerechtfertigt ist sie dann, wenn dem Auftraggeber durch den Rücktritt eines Bieters vor allem aus Zeitgründen unverhältnismäßige Kosten erwachsen könnten.

²²⁵ VwGH, 2000/04/0031 vom 22.3. 2000.

²²⁶ § 2 Z 32

Deckungs- und Haftungsrücklass werden bei Dienstleistungsaufträgen eher selten vorgeschrieben, bei Bauaufträgen praktisch immer.

Eine Kautions wird bei allen drei Auftragsarten bei öffentlichen Aufträgen eher selten vorgeschrieben, ausgenommen dann, wenn der durch den Bieter im Auftragsfall verursachte Schaden bzw. allfällige Folgeschäden hoch sind. Die Kautions kann als (im öffentlichen Auftragswesen in Österreich eben unüblich - im Gegensatz zu vielen anderen Staaten) als Vertragserfüllungsbürgschaft („performance bond“) vorgesehen werden, die zweifellos eine der sinnvollsten Sicherstellungen ist²²⁷.

Werden Sicherstellungen verlangt, so hat der Auftraggeber in der Ausschreibung Bankgarantien als ein derartiges Mittel festzulegen. Die Bankgarantie kann durch den zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine Rücklassversicherung, durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden²²⁸.

5.7.2 Zahlungsbedingungen

Bei den meisten Auftraggebern werden im Regelfall die Zahlungsbedingungen aus den Vertragsnormen (ÖNORM A 2060 für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, ÖNORM B 2110 für Bauaufträge) vorgesehen - Abschlagsrechnungen und Regierechnungen spätestens 30 Tage nach Eingang der Rechnung zur Zahlung; Schluss- oder Teilschlussrechnungen innerhalb von 30 Tagen bzw. 3 Monaten (ÖNORM A 2060)²²⁹ bzw. innerhalb von 3 Monaten (ÖNORM B 2110)²³⁰ nach Eingang der Rechnung zur Zahlung, falls vertraglich keine andere Frist vereinbart wurde.

5.7.3 Allfällige Vorleistungen durch den Unternehmer im Auftragsfall

Das BVergG sieht vor, dass bei den sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrags gegebenenfalls Bestimmungen über Vorauszahlungen festzulegen sind; darüber hinausgehend trifft es keine Aussage²³¹. Nach den früher geltenden Vergaberichtlinien des Bundes waren Vorauszahlungen grundsätzlich unzulässig, falls sie doch geleistet werden sollten, so durfte dies nur gegen eine Sicherstellung erfolgen²³².

Bei materiellen Leistungen (Liefer- und Bauaufträgen) spielen Vorauszahlungen eine geringe Rolle; gegebenenfalls wird entweder eine Sicherstellung geleistet²³³ oder es erfolgt eine förmliche Teilabnahme (Problem: möglicher Gefahrenübergang bei dieser Teilleistung vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber)²³⁴.

Anders ist dies bei geistigen Leistungen, bei denen der Aufwand für die Erstellung eines ausgefeilten Konzepts oder gar eines Teilberichts in Relation zur Auftragssumme hoch sein kann; hier kommt es

²²⁷ Sie ist vor allem im Anlagenbau international üblich.

²²⁸ § 85 Abs. 2.

²²⁹ Gem. Abschnitt 8.4.1.2 der ÖNORM A 2060, Ausgabe 1.7. 2009, bis 50.000 € 1 Monat, darüber 3 Monate.

²³⁰ Abschnitt 8.4.1.2 der ÖNORM B 2110, Ausgabe 1.1. 2009.

²³¹ § 99 Abs 1 Z 7.

²³² Ergänzende Bestimmung zu Abschnitt 2.3.15 der ÖNORM A 2050, Ausgabe 1.1. 1993: „Die Vereinbarung von Vorauszahlungen ist grundsätzlich unzulässig; Ausnahmen dürfen nur gegen Leistung einer Sicherstellung erbracht werden und bedürfen der Zustimmung der hierfür zuständigen Stellen.“

²³³ Textident Abschnitt 8.3.2.1. der ÖNORM A 2060, Ausgabe 1.7.2009 bzw. der ÖNORM B 2110, Ausgabe 1.1.2009: „Der AG ist berechtigt, Zahlungen für auftragsspezifische Vorfertigungen von Sicherstellungen abhängig zu machen.“

²³⁴ Abschnitt 9.7 der ÖNORM A 2060, Ausgabe 1.7.2009 bzw. Abschnitt 10.7 der ÖNORM A 2060, Ausgabe 1.1.2009

relativ häufig vor, dass bei schriftlicher Beauftragung eine Vorauszahlung (z.B. 25 % der Nettoauftragssumme) geleistet wird.

5.8 Technische Vertragsbedingungen

Die technischen Vertragsbedingungen sind gegenüber den rechtlichen und wirtschaftlichen Vertragsbedingungen weit schwerer standardisierbar, da sie ja auf den konkret auszuschreibenden und zu vergebenden Auftrag hin zu konzipieren sind.

Wichtig ist die Bezugnahme auf technische Regelwerke, insbesondere ÖNORMEN, inwieweit diese zur Anwendung gelangen bzw. von ihnen abgewichen wird (unter Bedachtnahme auf §§ 97 und 99!). Dies gilt sowohl für ausschreibungsgemäße Angebote als auch für die Zulässigkeit bzw. die Einschränkung der Zulässigkeit von Alternativangeboten. Zu den technischen Spezifikationen siehe weiter unten.

OGH zu technischen Vertragsbedingungen - Konsequenzen, die sich aus getrennten Vergaben zusammengehöriger Leistungen ergeben können:²³⁵

Wird das Liefern von Rohren für eine Wasserversorgungsleitung gesondert ausgeschrieben und wird der Lieferant nicht in die Planung eingebunden, so gehören besondere Anforderungen an die Rohre im verlegten Zustand nicht zu den ausdrücklich bedungenen oder gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften und es kann auch nicht eine Warnpflicht des Lieferanten im Hinblick auf die besonderen Anforderungen vorausgesetzt werden:

Im konkreten Fall war das Liefern von Hochdruckschläuchen für eine Trinkwasserversorgungsanlage getrennt von den Bauleistungen ausgeschrieben worden, die konkrete Ausschreibung nahm nicht auf später relevierte besondere Anforderungen, die an die Hochdruckschläuche im verlegten Zustand Bezug, da der Auftraggeber bzw. der von ihm beauftragte Planer dies für eine normale Anforderung im Sinne der „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“ erachtete.

„Da im vorliegenden Fall nach der Ausschreibung und des nicht von der beklagten Partei formulierten Anbots ein bestimmter Berstdruck der Schläuche nicht verlangt, die beklagte Verkäuferin weder in die Planung noch in die Ausführung des Gesamtprojekts "Trinkwasserleitung W*****" eingebunden war und nicht einmal feststeht, ob die beklagte Partei [Lieferantin der Rohre] überhaupt die vorgesehenen betrieblichen Verhältnisse bei der klagenden Käuferin (Überwindung eines beträchtlichen Höhenunterschieds mittels Pumpen) kannte, geht die mangelnde Eignung der Schläuche für die vorliegende Trinkwasserleitung ausschließlich zu Lasten der klagenden Partei [Auftraggeber]. Sie hat weder Gewährleistungs- noch aus mangelhafter Erfüllung abgeleitete Ansprüche auf Ersatz über den Sachmangel hinausgehender Mangelfolgeschäden.“

5.8.1 Konstruktive oder funktionale Ausschreibung?

Das BVergG 2006 regelt explizit beide Ausschreibungsarten,

- die konstruktive Ausschreibung²³⁶ und
- die funktionale Ausschreibung²³⁷.

Der **konstruktiven Ausschreibung** entspricht insbesondere die herkömmliche Ausschreibung von Bauleistungen mit Leistungsverzeichnissen, die zahlreiche Einzelpositionen enthalten, in denen detaillierte Vorgaben technischer Art getroffen werden. Die Angebote sind, sofern die Ausschreibung korrekt war, leichter vergleichbar als bei funktionalen Ausschreibungen.

Vorteil konstruktiver Ausschreibungen: *Die detaillierte Beschreibung der erwarteten Leistung erhöht die Treffsicherheit und Vergleichbarkeit der Angebote.*

²³⁵ OGH, 10Ob564/95 vom 29.5. 1995, „Trinkwasserhochdruckschläuche“.

²³⁶ § 95 Abs 2 iVm §§ 96 Abs 1, 97 und 98 Abs 3

²³⁷ § 95 Abs 3 iVm §§ 96 Abs 2 und 98 Abs 4

Demgegenüber werden in einer **funktionalen** Leistungsbeschreibung im Wesentlichen Leistungsanforderungen definiert, die zu erfüllen sind - z.B. die Beschaffung von Kraftfahrzeugen mit einer Mindestleistung und einem Höchstverbrauch an Treibstoff - ohne Vorgabe eines beispielhaften Produkts.

Vorteil funktionaler Ausschreibungen: *Die Lösungsmöglichkeiten werden so wenig wie möglich eingeeengt und dadurch innovative Lösungen zugelassen.*

5.8.2 Standardisierte Leistungsbeschreibungen (StLB)

Das BVergG 2006 statuiert, dass in jenen Fällen, in denen für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen **geeignete** Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden sind, diese heranzuziehen und eigene Ausarbeitungen nur in Ausnahmefällen zulässig sind.²³⁸

Sinn der standardisierten Leistungsbeschreibungen ist es, bei standardisierbaren Leistungen an die Stelle der unterschiedlichen und mitunter auch mangelhaften Leistungsbeschreibungen der einzelnen Planer bzw. Auftraggeber einheitliche Regelwerke zu setzen, die auch als Vertragsgrundlagen ausreichend geeignet sein sollten. Die Regeln für ihre Erstellung wurden vom Normungsinstitut festgeschrieben²³⁹.

Die StLB werden, vergleichbar den ÖNORMEN, von den „beteiligten Verkehrskreisen“ (Bau: betroffene Wirtschaft, Planer, öffentliche Auftraggeber) einvernehmlich ausgearbeitet.

Die standardisierten Leistungsbeschreibungen im Sinne der ONR gibt es primär für den Baubereich, da es dort um große Bau- und Finanzierungsvolumina geht.

Standardisierte Leistungsbeschreibungen im weiteren Sinne kommen aber auch für Lieferaufträge in Frage; ein Beispiel dafür ist das IT-Handbuch, das vom Bundeskanzleramt für Beschaffungen auf dem IT-Sektor herausgegeben wurde.

Die StLB verfügen zum Teil auch über vertragsrechtliche Positionen und verweisen im Normalfall auf andere sachlich anzuwendende ÖNORMen.

5.8.3 Technische Spezifikationen, die sich nicht aus allfällig anzuwendenden StLB ergeben

Sofern es sich hier nicht um einen (einzig) einheitlichen Leistungsgegenstand handelt, ist der Auftraggeber hier gefordert, die technischen Spezifikationen selbst zu erstellen und den entsprechenden Leistungsbeschreibungsposten zugrunde zu legen.

Dabei hat der Auftraggeber zu beachten, dass er weder diskriminierende noch in sonstiger Weise sachlich nicht gerechtfertigte marktbeschränkende Vorschriften erstellt.

²³⁸ § 97 Abs 2.

²³⁹ ONR 12010 vom 1.3.2008

Häufig erfolgen technische Vorschriften über ein (zwei oder mehrere) Leitprodukt(e), die aus europarechtlichen Gründen mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ ergänzt werden müssen; rein produktspezifische Ausschreibungen sind unzulässig. Die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind in der Leistungsbeschreibung anzugeben.

Die Vorgabe von Leitprodukten soll die Ausnahme darstellen. Dem Bieter ist in freien Zeilen („Bieterlücken“) Gelegenheit zu geben, die von ihm angebotenen Fabrikate oder Typen einzutragen²⁴⁰. *Im technischen Bereich stellt dies allerdings häufig den Regelfall und nicht die Ausnahme dar.*

EuGH: Unzulässige produktspezifische technische Spezifikationen: „Unix“.²⁴¹

„(...)

23. Die Kommission wirft der Vergabebehörde zweitens vor, dadurch gegen Artikel 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 und gegen Artikel 30 des Vertrages verstoßen zu haben, dass sie nach der Nennung des UNIX-Systems nicht die Angabe "oder gleichwertiger Art" angebracht habe.
24. Die niederländische Regierung trägt vor, das UNIX-System sei im Bereich der Informationstechnik als eine von den Unternehmen allgemein anerkannte technische Spezifikation anzusehen; aus diesem Grund sei die Angabe "oder gleichwertiger Art" überflüssig.
25. Es ist daran zu erinnern, dass gemäß Artikel 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 die Angabe von Warenzeichen verboten ist, wenn sie nicht mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" verbunden ist und der Auftragsgegenstand durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht anders beschrieben werden kann.
26. Zwischen den Parteien ist jedoch unstrittig, dass das UNIX-System nicht normiert ist und dass es das Warenzeichen eines bestimmten Erzeugnisses bezeichnet.
27. Somit kann das Weglassen des Zusatzes "oder gleichwertiger Art" nach dem Begriff UNIX nicht nur die Wirtschaftsteilnehmer, die ähnliche Systeme wie UNIX anwenden, davon abhalten, an der Ausschreibung teilzunehmen, sondern auch entgegen Artikel 30 des Vertrages die Einfuhrströme im innergemeinschaftlichen Handel behindern, indem der Markt den Lieferanten vorbehalten bleibt, die beabsichtigen, das speziell genannte System anzuwenden.
28. Folglich hätte die Vergabebehörde nach dem Begriff UNIX die Angabe "oder gleichwertiger Art" anbringen müssen, wie es Artikel 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 verlangt.“

Zu beachten ist, dass es im konkreten Fall nicht um eine - diskriminierende - Begünstigung niederländischer Anbieter oder Erzeuger geht, sondern dass das Königreich der Niederlande vom EuGH auf Grund der (potenziellen oder tatsächlichen) Behinderung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs verurteilt wurde.

OGH: Problematik typenspezifischer Vorschriftung.²⁴²

Die Post hatte 1995 einen Auftrag über die Lieferung von Magnetplattensystemen der Technologiebezeichnung „Raid 5“ und auch über dazupassende Steuerungsgeräte öffentlich ausgeschrieben. Neben der Klägerin (I**** Handels GmbH) legten auch die J**** und die C**** Angebote. Die Klägerin verwies in ihren Angebotsunterlagen mehrfach auf „Raid-S“ und hatte, ausschreibungsgemäß, auch die Steuerungsgeräte angeboten.

Die Post gelangte zum Schluss, dass die von der Klägerin angebotenen Leistungen nicht ausschreibungskonform seien und schied das Angebot aus, nach einer Teststellung durch I**** und C**** befand sie, dass deren Systeme geeignet seien.

Die Klägerin begehrte nach Erhalt der Mitteilung über das Ausscheiden ihres Angebotes die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, das mit der Empfehlung endete, dass die Post das Angebot der Klägerin nochmals prüfen möge. Die Post blieb bei der Ablehnung, erteilte I**** und C**** den Zuschlag und machte die Zuschlagserteilung in der Wiener Zeitung bekannt. Daraufhin stellte die Klägerin beim Bundesvergabeamt den Antrag, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt und ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Diesem Antrag wurde insoweit stattgegeben, als das Ausscheiden des Angebotes der Klägerin als rechtswidrig

²⁴⁰ § 98 Abs. 8 BVergG 2006.

²⁴¹ EuGH, Rechtssache C-359/93 „Unix“, Europäische Kommission gegen Königreich der Niederlande, Urteil vom 24.1. 1995. Die zitierte Richtlinie 77/62/EWG ist die Urfassung der Lieferkoordinierungsrichtlinie.

²⁴² OGH 7Ob92/99a vom 29.3. 2000.

festgestellt wurde. Der Ersatz des entgangenen Gewinns (3.826.000,-- ATS) wurde abgelehnt [zu beachten ist, dass die damals anzuwendende Stammfassung des BVergG den Anspruch auf entgangenen Gewinn explizit ausgeschlossen hatte].

Im zivilgerichtlichen Verfahren begehrte die Klägerin einen entgangenen Gewinn, den sie als Differenz zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis darstellte und bezog sich auf die mit 1.1. 1997 geänderte Rechtslage, da die BVergG-Novelle 1996/97 den Anspruch auf entgangenen Gewinn im Gegensatz zur Stammfassung nicht mehr ausschloss. Die Post beantragte die Abweisung der Klage.

Das Erstgericht wies mit Teilurteil die Klage ab, und zwar unter Bezug auf die zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens bestehende Rechtslage.

Das Berufungsgericht trug dem Erstgericht eine Verfahrensergänzung auf, mit dem Argument, dass die Klägerin tatsächlich Verdienstentgang geltend mache weil sie ihr als „entgangenen Gewinn“ bezeichnetes Begehren aus der Differenz zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis ableite; der Verlust unternehmerischer Gewinne sei aber nicht einem entgangenen Gewinn, sondern dem positiven Schaden zuzuordnen. Der Rekurs gegen die neuerliche Entscheidung wurde zugelassen.

Die Post legte gegen dieses Urteil Rekurs ein.

Der OGH stellte fest, dass die Vergabevorschriften Schutzvorschriften für die Bieter gegen unlautere Vorgangsweisen der Auftraggeber seien. Im Urteil in der Rechtssache „Design Center Linz“ habe der OGH erstmals ausgesprochen, dass das positive Vertragsinteresse, also das Erfüllungsinteresse dann zugesprochen werden könne, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen wäre.

Der OGH berief sich weiters auf eine Publikation FRUHMANN, der ebenso wie die EFTA-Überwachungsbehörde zum Schluss gekommen sei, dass der vollständige Ausschluss des entgangenen Gewinns nicht gemeinschaftsrechtskonform sei, was schließlich auch mit der BVergG-Novelle 1996/97 geändert wurde. Dadurch sei aber eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des szt. § 98 BVergG geboten, wodurch im Übrigen auch der Rechtsprechung des OGH bei jenen Auftragsvergaben entsprochen werde, die nicht in den Anwendungsbereich des BVergG fallen.

Unter Bindung an den Bescheid des Bundesvergabeamtes bedeute das, dass der Klägerin auf Grund des günstigsten Angebotes für Teil 1 der ggst. Ausschreibung und der Feststellung, dass das von der Klägerin angebotene System mit hoher Wahrscheinlichkeit den Vorgaben der Post technisch entsprochen hätte, das Erfüllungsinteresse zustehe. Dieses sei vom Erstgericht, das den Anspruch dem Grunde nach zu Recht bejaht hat, nach der vom OGH entwickelten Formel zu ermitteln.

Für das Begehren der Post, den Bescheid des Bundesvergabeamtes beim Verwaltungsgerichtshof als rechtswidrig anzufechten, fand der OGH keine Veranlassung.

6 Hierarchie der Geltung der Vertragsbestimmungen

Zivilrechtlich von Bedeutung ist die Hierarchie der Geltung der Vertragsbestimmungen bei Widersprüchen oder Überschneidungen. **Die übliche Reihenfolge** ist:²⁴³

1. **Auftragsschreiben** des Auftraggebers - da es am konkretesten den Willen des Auftraggebers zum Ausdruck bringt - weicht es vom Angebot ab oder ist es erst nach Ablauf der Zuschlagsfrist beim erfolgreichen Bieter eingelangt, dann bedarf es einer Erklärung des Bieters (Gegenschlussbrief), dass er einverstanden ist.
2. **Angebot** samt Begleitschreiben des Bieters - bezüglich aller Bestimmungen, die nicht durch Punkt 1. abgeändert worden waren (das ausgepreiste Leistungsverzeichnis).
3. Soweit in Betracht kommend: **Pläne, Zeichnungen, Muster usw. sowie zugehörige technische Beschreibungen**.
4. **Besondere Bestimmungen für den Einzelfall**; allenfalls Hinweise auf Abweichungen von ÖNORMen.
5. **Besondere Bestimmungen für den Bereich** eines bestimmten Auftraggebers oder Auftragnehmers.
6. Die **Normen technischen Inhalts**.
7. Die **vereinbarten ÖNORMen** (Werkvertragsnormen) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten.
8. Die **sachlich anzuwendende Vertragsnorm** (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen außerhalb des Baubereichs: ÖNORM A 2060; im Baubereich: ÖNORM B 2110 und gegebenenfalls ÖNORM B 2118).

Wichtig ist auch der Hinweis in der Ausschreibung, dass österreichisches Zivilrecht unter Ausschluss der Kollisionsnormen und des UN-Kaufrechts gilt.

²⁴³ ÖNORM B 2110, Ausgabe 1.1. 2009, Abschnitt 5.1.3; ÖNORM A 2060, Ausgabe 1.7. 2009, Abschnitt 5.1.3.

7 Bestbieterermittlung - Zuschlagskriterien und deren Relation

7.1 Bestbieterprinzip versus Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis

7.1.1 Oberschwellenbereich

Das BVergG 2006 lässt neben dem allein geltenden **Bestangebotsprinzip** („Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot“) unter der Voraussetzung, dass das vom Auftraggeber gewünschte Qualitätsniveau klar vorgegeben ist, auch das Prinzip des Zuschlags auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis²⁴⁴ (**Niedrigstpreisprinzip**) im Sinne eines gelockerten **Regel-/Ausnahmeverhältnisses** zu²⁴⁵: „In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. (...)“

7.1.1.1 Rückfallsklausel

Als „Notausgang“ bleibt die Regelung: "Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen²⁴⁶."

7.1.2 Unterschwellenbereich - Gleichrangigkeit des Bestangebotsprinzips und des Niedrigstpreisprinzips

Das BVergG statuiert: "Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber den Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilen. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Kriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Ist eine derartige Festlegung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung

²⁴⁴ Der Begriff „Billigstbieterprinzip“ ist verpönt; er ist dann zutreffend, wenn damit gemeint wird, dass es sich um das preislich niedrigste Angebot handelt, das nach Angebotsprüfung nicht ausgeschlossen werden musste.

²⁴⁵ § 79 Abs 3

²⁴⁶ ebda

anzugeben. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen²⁴⁷. "

7.1.2.1 Niedrigstpreisprinzip

Das Niedrigstpreisprinzip bedeutet, dass der Preis **das einzig maßgebliche Bewertungskriterium** ist, soweit Angebote nicht zwingend auszuschneiden sind.²⁴⁸ Das BVergG stellt unmissverständlich klar, dass Qualitätsstandards in der Ausschreibungsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen so klar und eindeutig definiert sein müssen, dass dadurch qualitativ gleichwertige Angebote sichergestellt werden. Eine nachträgliche Berücksichtigung von "mehr Qualität" (oder auch niedrigeren Folgekosten) im Verhältnis zum Preis ist vergaberechtlich ausgeschlossen. Ebenso sind Alternativangebote ausgeschlossen.

Die außerordentliche Dichte an Normen und sonstigen Qualitätsstandards bei Bauleistungen relativiert allerdings den Ausnahmecharakter des Niedrigstpreisprinzips.

Der Sinn dieser Bestimmung ist klar: Handelt es sich um einen standardisierten Leistungsgegenstand, bei dem keine oder keine unterschiedlichen Folgekosten auftreten und trifft der Auftraggeber alle für die Qualität maßgeblichen Vorgaben, so darf er „ausnahmsweise nach dem Prinzip des Zuschlags auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis (das nicht ausgeschlossen werden muss) ausschreiben; bei der Auftragsvergabe ist er sodann an dieses Prinzip streng gebunden.

7.2 Zuschlagskriterien allgemein

Bei Zuschlagskriterien ist neben deren Gewichtung immer zu beachten

- dass ein „**Vermischungsverbot**“ von **Eignungs- und Zuschlagskriterien**²⁴⁹ nach Judikatur und Lehre zu 100 % gilt (in der Praxis ist dies nicht immer so leicht),
- dass **Zuschlagskriterien** immer „**auftragsbezogen**“ sein müssen, aus der Eigenart des konkreten Auftrags ableitbar sein müssen (z.B. „Ästhetik“ nur dann, wenn sie tatsächlich eine Rolle spielt) und nicht bieterbezogen sein dürfen und
- dass **Zuschlagskriterien** mit der erforderlichen Klarheit entweder aus der Ausschreibungsbekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen **erkennbar** sein müssen (es kann nicht damit argumentiert werden, dass z.B. Betriebskosten bei Maschinen oder maschinellen Anlagen „klarer Weise“ ein Zuschlagskriterium sind, auch wenn sie nicht angeführt werden).

²⁴⁷ § 100

²⁴⁸ Der zivilrechtliche Grundsatz, dass die bedungenen oder für gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften (§§ 922f. ABGB) verlangt sind, gilt selbstverständlich auch beim Niedrigstpreisprinzip.

²⁴⁹ Siehe diesbezüglich das bereits früher zitierte Urteil des EuGH in der Rs. 31/87 „Beentjes“, Rn. 15: „Nach der Systematik der Richtlinie, insbesondere des Abschnitts IV (Gemeinsame Teilnahmebestimmungen), stellen im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages die Prüfung der Eignung der Unternehmer für die Ausführung der zu vergebenden Arbeiten einerseits und der Zuschlag des Auftrags andererseits zwei verschiedene Vorgänge dar. In Artikel 20 heißt es nämlich, daß der Auftrag zugeschlagen wird, nachdem die fachliche Eignung der Unternehmer geprüft wurde.“ (der Bezug erfolgte auf die damals gültige Fassung der EG-Baukoordinierungsrichtlinie, RL 71/305/EWG).

7.3 Gewichtung im strengen Sinn

Lassen sich die hier verwendeten Kriterien oder der Grad der Zielerreichung quantifizieren - wobei die ideale Quantifizierung eine **Monetarisierung** ist, also eine Berechnung in Geldeinheiten ist - dann mag die Bewertung durch eine Einzelperson ausreichend sein. Eine minimale verbale Erläuterung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung sollte auch hier erfolgen, aus Gründen des Selbstschutzes des Auftraggebers gegenüber Vergabekontrollinstanzen.

7.4 Gewichtung im weiteren Sinn oder im Rahmen der Festlegung von Margen

Ist eine Quantifizierung nicht möglich, sondern muss „subjektiv“ bewertet oder beurteilt werden²⁵⁰; dann ist eine **kommissionelle Bewertung** oder Beurteilung jedenfalls zu empfehlen, hier zwingend mit einer verbalen Erläuterung des Ergebnisses in dem Ausmaß, in welchem die Angebote für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen.

7.5 Reihung der Zuschlagskriterien

Bei einer **Reihung der Zuschlagskriterien** - die aus Gründen der Anfechtbarkeit der Entscheidung im konkreten Fall eine extrem seltene Ausnahme darstellt - sollte unter allen Umständen eine kommissionelle Bestbieterermittlung erfolgen; hier ist eine verbale Erläuterung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung ebenfalls zwingend erforderlich.

Nicht so streng: die Bewertung nach **Beurteilungskriterien** in einem Wettbewerb durch eine fachkundige (und unabhängige) Jury²⁵¹, gerade hier ist aber eine verbale Erläuterung, in welchem Maße die eingereichten Beiträge den einzelnen Kriterien entsprechen, unumgänglich notwendig.

BVA: Eine Vertiefung von Wettbewerbsarbeiten ist, unter Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer, jedenfalls geeignet, einen Wettbewerb zu einem erfolgreichen Abschluss zu führen.²⁵²

„Zunächst ist entgegen den Ausführungen der Antragsteller festzuhalten, dass es sich bei den Verhandlungen mit den drei ex aequo Bestqualifizierten um keine Nachbearbeitung einzelner Projektarbeiten gehandelt hat, sondern lediglich um eine Vertiefung bzw. Präzisierung der bereits vorgelegten Projekte. Dies ergibt sich sowohl aus den einschlägigen Hinweisen in den Protokollen der Beurteilungssitzungen (...) als auch aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung, in welcher der Auftraggeber in plausibler und nachvollziehbarer Weise dargelegt hat, dass den drei gleichgereihten Teilnehmern keine neuen Aufgaben gestellt worden sind. Die Antragsteller konnten in der mündlichen Verhandlung diesbezüglich keine neuen Vorbringen erstatten.“

Soweit die Antragsteller einen Widerspruch zwischen der Stellungnahme des Auftraggebers vom 6. Juni 2002 und der Mitteilung des Architekten DI XXXX [Abwickler des Wettbewerbs im Auftrag des Auftraggebers] vom 4. April 2002 sehen, verkennen sie, dass auch in dem Schreiben des Architekten DI XXXX vom 4. April 2002 lediglich von einer Vertiefung der Arbeiten gesprochen wird und somit nicht 'unzweifelhaft' von einer Nachbesserung der Projekte auszugehen ist. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Beurteilungssitzung des Preisgerichtes vom 5. April 2002 entscheidend, in welcher der Auslober ausdrücklich festgehalten hat, dass eine Überarbeitung der Entwürfe nicht Gegenstand der Einzelgespräche mit den Verfassern der drei bestqualifizierten Arbeiten ist.

Soweit die Antragsteller vorbringen, dass die Vorgangsweise der Jury eine Chancengleichheit der Wettbewerbsteilnehmer verhindere, da den antragstellenden Architekten die Möglichkeit einer weiteren Teilnahme am Wettbewerb genommen worden sei, verkennen sie, dass am 4. April 2002 allen Wettbewerbsteilnehmern die Möglichkeit gegeben wurde, ihre Projekte zu erläutern und somit grundsätzlich allen Teilnehmern die gleichen Chancen eingeräumt worden sind. Aus den vorliegenden 10 Wettbewerbsarbeiten

²⁵⁰ Ich danke an dieser Stelle Herrn Mag. Martin PLATZER für den Hinweis, dass das europäische (und auch das österreichische) Vergaberecht von „objektiver Nachvollziehbarkeit“ und nicht von „objektiver Wahrheit“ spricht.

²⁵¹ § 155 Abs 4

²⁵² BVA, N-17/02-19, „Generalplanerfindung für die Generalsanierung des BMF“.

musste schließlich der Auslober einen Selektionsprozess durchführen, der letztlich dazu führte, dass auf Grund der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Beurteilungskriterien drei Architekten ex aequo bestqualifiziert benotet wurden. Diese Vorgangsweise steht auch nicht im Widerspruch zur WOA²⁵³, da sich aus § 15 lit. a ergibt, dass die Aufgaben des Preisgerichts insbesondere die Reihung bzw. die Auswahl der Wettbewerbsarbeiten sind. Wenn nun - wie im gegenständlichen Fall - aus insgesamt 10 Projekten drei als ex aequo bestqualifiziert verbleiben, jedoch § 15 WOA verlangt, dass das Preisgericht verpflichtet ist, grundsätzlich einen Sieger zu ermitteln, so ist ein weiterer Selektionsprozess seitens des Auslobers unumgänglich. Die Vorgangsweise des Auslobers, mit den drei bestqualifizierten Bewerbern nochmals in vertiefte Verhandlungen einzutreten, ist jedenfalls geeignet, den Wettbewerb zu einem erfolgreichen Abschluss zu führen und steht auch nicht im Widerspruch zu den einschlägigen Bestimmungen der WOA. Auch § 36 Abs. 7 WOA sieht vor, dass das Preisgericht eine entsprechende Anzahl von Wettbewerbsprojekten reiht.

Die Vorgangsweise widerspricht auch nicht dem Bundesvergabegesetz, da sich insbesondere aus § 47 Abs. 3 BVergG²⁵⁴ ergibt, dass sich die Prüfung und Beurteilung auf jene Angebote beschränken kann, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen. Die Ergebnisse der Beurteilungssitzung vom 4. April 2002 haben offensichtlich ergeben, dass von den 7 verbliebenen Projekten lediglich drei für den Zuschlag in Aussicht genommen werden können und somit für eine weitere Prüfung und Beurteilung in Betracht zu ziehen sind.

Da das Ermittlungsverfahren keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 4 WOA ergeben hat, ist auch die Forderung der Antragsteller, ein neues Preisgericht einzurichten, abzuweisen, zumal keine Umstände hervorgekommen sind, die an der Unabhängigkeit des Preisgerichtes zweifeln würden.“

²⁵³ Wettbewerbsordnung für Architekten.

²⁵⁴ Entspricht § 123 Abs 2 BVergG 2006.

8 Das Leistungsverzeichnis im eigentlichen Sinn

8.1 Allgemeines

Die **Bezeichnung Leistungsverzeichnis** („LV“) ist in Österreich ebenso wie in der Bundesrepublik Deutschland gängig. Die Bezeichnungen Pflichtenheft bzw. Lastenheft haben sich in Österreich nicht durchgesetzt, *Daub/Eberstein*²⁵⁵ setzen sie in Klammer als Synonyme zum Begriff Leistungsverzeichnis. Das Leistungsverzeichnis stellt bei umfangreicheren Leistungen den **Kern der Ausschreibungsunterlagen**²⁵⁶ dar. Beim Einheitspreisvertrag, der bei der Ausschreibung materieller Leistungen den Regelfall darstellt, ist das Leistungsverzeichnis der konkreteste Teil der Ausschreibungsunterlagen²⁵⁷.

Praxisnahe ist die Definition von *Oberndorfer*:²⁵⁸ „Das eigentliche LV ist eine mit Mengen versehene Sammlung von Einzelleistungen (Positionen), die beim Angebot mit einem Einheitspreis ausgepreist werden²⁵⁹.“

Das Leistungsverzeichnis ist **vor dem Hintergrund der Leistungsbeschreibung**²⁶⁰ **als deren Konkretisierung** zu sehen. Bei Widersprüchen wird, zumindest bei der in Österreich gehandhabten Praxis, die Ausschreibung zu widerrufen sein.

Anders das OLG Celle in einem Nachprüfungsverfahren betreffend die Vergabe von Straßenbauarbeiten:²⁶¹ Aus der Leistungsbeschreibung war erkennbar, dass anstelle der drei Schichten bituminöser Beläge auf den Straßenbauabschnitten in den Brückenbauabschnitten nur eine Schicht aufgebracht werden sollte. In den Leistungsverzeichnispositionen waren bei den Brückenbauabschnitten gleichfalls drei Schichten bituminösen Aufbaus enthalten. Im streitgegenständlichen Alternativangebot der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren war bei den Brücken nur eine bituminöse Schicht vorgesehen, weshalb der Auftraggeber das Alternativangebot wegen mangelnder Gleichwertigkeit auszuschneiden beabsichtigte. „Angesichts dieser eindeutigen Baubeschreibung ist es nicht maßgeblich, dass in den Positionen 02.01.0020, 02.01.0025 und 02.01.0027 des Leistungsverzeichnisses für die Asphalttragschicht, den Asphaltbinder und den Splittmastixasphalt dieselben Massen – jeweils 41.100 m² – ausgeschrieben sind, also nicht berücksichtigt ist, dass die Fahrbahn in den Brückenbereichen nur aus einer Schicht Splittmastixasphalt bestehen soll. Es spricht nach dem Inhalt der Ausschreibung nichts dafür, dass der Auftraggeber wegen der verhältnismäßig kleinen Flächen der Bitumendecke auf den Brücken ein drittes Unternehmen gesondert beauftragen will.“

Soll eine **Leistungsverzeichnisposition durch ein Muster**²⁶² **belegt** werden, so haben einander die Leistungsverzeichnisposition und das Muster exakt zu entsprechen, so die Vergabekammer Württemberg in einem Fall, bei dem das Ausscheiden eines Angebotes wegen Nichtentsprechung als rechtens gewertet wurde:²⁶³ „Da Muster also Teile des Angebots sind, müssen die schriftlichen Ausführungen im Angebot und das gegenständlich vor[ge]legte Muster in ihrem Aussagegehalt kongruent sein.“

²⁵⁵ Kommentar zur VOL/A. Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen⁴ (1998) 401.

²⁵⁶ § 95 Abs 2.

²⁵⁷ *Schabel/Lehmann*, VOB/B leicht gemacht (2002), 16.

²⁵⁸ „Preisverschiebungen in Bauleistungsverzeichnissen“, ZVB 2003/324.

²⁵⁹ Der Terminus Einheitspreis im engeren Sinn stellt zwar den Regelfall dar, in der hier zitierten Definition ist er aber im weiteren Sinn als Preis einer Einheit, der ein Einheits- oder Pauschalpreis oder aber auch ein Regiepreis sein kann, zu sehen.

²⁶⁰ § 96.

²⁶¹ OLG Celle 5.8.2003 13 Verg 13/03.

²⁶² § 96 Abs 1.

²⁶³ 4.12.2003 1 VK 64/03.

Üblicher Weise **folgt das Leistungsverzeichnis im Aufbau der Ausschreibungsunterlagen** nach dem Angebotsschreiben, den (rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen) Vertragsbedingungen,²⁶⁴ der Erklärung des Bieters, die Leistungen zu den Bedingungen der Ausschreibung zu erbringen, und schließlich den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis.

Die ausgeschriebenen Leistungen sind dann - zwingend - **in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern**, wenn sie **umfangreich** sind.²⁶⁵ Das Leistungsverzeichnis gliedert die Leistungsbeschreibung in **Teilleistungen**,²⁶⁶ sofern es sich nicht um eine funktionale Ausschreibung handelt. Nach Art und Menge zusammengehörende Positionen sollen zu einzelnen Kapiteln zusammengefasst werden²⁶⁷.

Wird ein Leistungsverzeichnis zumindest im Wesentlichen nach einer **standardisierten Leistungsbeschreibung** verfasst, so gibt diese die Gliederung der Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis weitgehend vor. Wird das Leistungsverzeichnis nicht nach einer standardisierten Leistungsbeschreibung verfasst, so hat der Verfasser der Ausschreibung dafür zu sorgen, dass die Leistungsbeschreibung nach sachlichen Kriterien derart in Teilleistungen aufgegliedert wird, dass die Bieter ordnungsgemäße und auf der Basis der Ausschreibungsunterlagen vergleichbare Angebote²⁶⁸ erstellen können.

Einer der vorrangigsten Punkte ist, dass aus dem Leistungsverzeichnis, und zwar an möglichst prominenter Stelle, hervorgehen soll, **aus welchen Teilen die Ausschreibungsunterlagen bestehen**, und zwar ihrer Zahl und Bezeichnung nach.

8.1.1 Europarechtlicher Bezug

Es gibt **keine unmittelbaren europarechtlichen Vorgaben**, wie bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses vorzugehen ist. Es gilt daher grundsätzlich Gleiches wie in Abschnitt 5 ausgeführt²⁶⁹.

8.1.2 Aufgliederung umfangreicher Leistungen

Von der Bestimmung, dass umfangreiche Leistungen in einem Leistungsverzeichnis detailliert aufzugliedern sind, werden funktionale Ausschreibungen ausgenommen.²⁷⁰

In allen übrigen Fällen gilt, dass umfangreiche Leistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern sind, als einer der tragenden Grundsätze des österreichischen Vergaberechts, insbesondere

²⁶⁴ § 99 Abs 1

²⁶⁵ § 97 Abs 1

²⁶⁶ *Hertwig* in *Motzke/Pietzcker/Prieß* (Hrsg), Beck'scher VOB-Kommentar. Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A (2001) § 9 Rz 48

²⁶⁷ *Beck/Herig*, VOB für Praktiker (1997), § 9 Rz 15

²⁶⁸ § 79 Abs 3

²⁶⁹ Die Grundsätze der Transparenz und der Nicht-Diskriminierung, das Sachlichkeitsgebot, die Verpflichtung zur klaren Vorgabe von Mindestanforderungen, die Verpflichtung zur Festlegung technischer Spezifikationen und die Anführung zumindest jener Bestimmungen, die in den Standardformularen enthalten sind

²⁷⁰ § 95 Abs 1 und 2. Analoges muss sinngemäß auch für funktional beschriebene Teile einer teilfunktionalen Ausschreibung gelten

bei der Ausschreibung materieller Leistungen,²⁷¹ da dadurch massiv die Vergleichbarkeit der Angebote bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen berührt wird.

Das muss aber nicht bedeuten, dass der Auftraggeber zwingend die Leistung bis zur sprichwörtlich letzten Schraube aufgliedern muss.

Der Wiener Vergabekontrollsenat war bei im offenen Verfahren ausgeschriebenen Leistungen der treuhändigen Abwicklung von Sanierungsarbeiten an Wohnhausanlagen u.a. mit der Beschwerde befasst, dass die zu erwartenden Leistungen im Leistungsverzeichnis nicht genügend detailliert und spezifiziert im Sinne des seinerzeitigen Wiener Landesvergabegesetzes²⁷² seien und wies, mit der folgenden Begründung, diese Beschwerde ab:²⁷³

"Nach dem Inhalt der drei wortgleichen Entwürfe der Treuhandverträge wird die erwartete Leistung in § 3 in einem nach Ansicht des Vergabekontrollsenates ausreichendem Ausmaß genügend detailliert und spezifiziert beschrieben:

Dies umso mehr als dabei die [zu] erwartenden Teilleistungen in Anlehnung an die Gebührenordnung für Architekten definiert werden und sich die Ausschreibung vor allem (wenn auch nicht ausschließlich) an dem Berufskreis der Architekten richtet. Die im § 2 der Treuhandverträge angeführten Leistungen, jeweils unter Bezugnahme auch auf die Bestimmungen der GOA, im Zusammenhalt mit dem Entwurf des Angebots zur Honorarermittlung, scheinen in allen Punkten, mit Ausnahme des Punktes § 2.2. Mieterbetreuung ausreichend umschrieben und spezifiziert, sodass ein anbietender Architekt, unter Zugrundelegung der Bestimmung der GOA, durchaus in der Lage ist, sein Honorar entsprechend zu kalkulieren, zumal im überwiegenden Teil der Leistungen das Honorar sich in einem Prozentsatz zu den Herstellungskosten darstellt. Es ist dem Antragsteller zuzugestehen, dass die Teilleistung "Mieterbetreuung" im Leistungsbild der GOA nicht enthalten ist. Eben im Hinblick darauf ist jedoch der Antragsteller auf die umfangreiche Beschreibung der im Rahmen der Mieterbetreuung erwartenden Leistungen des Auftragnehmers zu verweisen, die es ihm durchaus ermöglichen, das Entgelt seiner Leistungen auch hierfür zu kalkulieren. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes aber auch des WWFSG²⁷⁴ zu verweisen.

Der Entwurf der Treuhandverträge hält sich fast ausschließlich an die Bestimmungen und Leistungsbeschreibungen der GOA. Diese führt etwa in ihrer Präambel (Stand 1.5.1998) aus, dass durch die Honorarordnung die Regelleistungen möglichst präzise formuliert werden und durch die klaren Formulierungen der Grundleistungen und der über diese hinausgehenden Vor- und Zusatzleistungen Auffassungsunterschiede vermieden werden sollen. Alle diese Maßnahmen sollen eine Verbesserung der Kostentreue sicherzustellen.

Letztlich ist auch darauf zu verweisen, dass der Anteil für Mieterbetreuung am Gesamthonorar nur einen relativ geringfügigen Teil ausmacht. Bei Kalkulation dieser Leistung ist eben die besondere Erfahrung des Antragstellers auf diesem Gebiet gefragt, wobei diesbezüglich auch auf die Möglichkeiten der Legung eines Alternativangebotes (Punkt 14 der öffentlichen Bekanntmachung) zu verweisen ist. Auch bleibt es dem Bieter unbenommen Leistungen in diesem Bereich durch Subunternehmen, etwa Hausverwaltungen, erbringen zu lassen.(...)

Soweit der Antragsteller ein Mengengerüst vermisst, ist er darauf zu verweisen, dass ein solches, von ihm im Rahmen der Bauschadenserhebung und Erstellung des Sanierungskonzeptes zu erarbeiten wäre. Der daraus resultierende Maßnahmenkatalog, der ebenfalls vom Auftragnehmer zu erstellen ist, bildet dann, nach Genehmigung des Auftraggebers, die Grundlage für alle weiteren Tätigkeiten. Die Honorierung dieser Leistungen im Vorfeld ist aber in den Vertragsentwürfen nachvollziehbar vorgesehen.

Ausschlaggebend ist, dass nach dem Inhalt der Ausschreibung der Antragsteller im Angebot zur Honorarermittlung von den von der Antragsgegnerin vorgegebenen Nettoherstellungskosten ausgehend, die Höhe seines Honorars nach bestimmten Prozentsätzen angeben soll, wobei als Richtlinie dafür bei einem Großteil der erwarteten Leistungen die Bestimmungen der GOA 1991 in der Fassung der Auflage 1992, unter Berücksichtigung der Vereinbarung zwischen der Ingenieurkammer und der Stadt Wien für Verträge ab 1. Oktober 1991 herangezogen werden soll. Wie bereits ausgeführt, enthält die GOA eine ausführliche, ins Detail gehende, Auflistung von Regelungen (ausgenommen Leistungen im Rahmen der Mieterbetreuung)."

Der gegen diese Entscheidung angerufene VfGH gab der Beschwerde u.a. in diesem Punkt nicht statt, sondern führte aus:²⁷⁵ "Ebenso wird eingehend dargelegt, warum das Leistungsverzeichnis nach Ansicht des VKS den maßgeblichen Bestimmungen des WrLVergG entspricht (...)."

²⁷¹ Bei geistigen Leistungen wird hingegen im Regelfall die Ausschreibung funktionaler Art sein

²⁷² § 27 WLVergG, LGBl Nr. 36/1995 idF LGBl Nr. 30/1999 und LGBl Nr. 50/2000

²⁷³ Vergabekontrollsenat Wien, VKS-K460/99 vom 5.7. 1999, "Treuhandige Durchführung von Sockelsanierungen städtischer Wohnbauten", zitiert aus CONNEX Nr. 93, September 2001, S. 51 ff.

²⁷⁴ Wiener Wohnbauförderungs- und Wohnhaussanierungsgesetz 1989, LGBl Nr. 18/1989 in der zum Zeitpunkt der Ausschreibung geltenden Fassung.

²⁷⁵ VfGH, B1450/99 - B613/00 vom 27.11. 2000.

8.2 Für die Beschreibung oder Aufgliederung der Leistung geeignete Leitlinien

Bezüglich der Aufgliederung der Leistung spielt, wie häufig im Vergaberecht, die „**Branchenüblichkeit**“ eine maßgebliche Rolle.²⁷⁶ Für die Branchenüblichkeit bedarf es, sofern es nicht ÖNORMEN, Leitlinien etc. gibt, entsprechender Indizien²⁷⁷.

Das gilt in diesem Zusammenhang im Besonderen für ÖNORMEN, so der OGH:²⁷⁸
 "Speziell Ö-Normen können dabei als Maßstab für die Sorgfaltspflichten angesehen werden, die den Ausschreibenden im Rahmen dieser seiner vorvertraglichen Pflichten treffen (SZ 61/90 und SZ 68/35, beide die Ö-Norm A 2050 betreffend) - und zwar ungeachtet des Umstandes, dass diese (so wie hier) nicht unmittelbar verbindlicher Vertragsinhalt geworden sind, weil sie (...) - eben das wiedergeben, was branchenüblich ist (SZ 68/35)."

Gibt es geeignete ÖNORMen und Standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese unter Zulässigkeit punktueller Abweichungen heranzuziehen.²⁷⁹

Das Kriterium für das Unterlassen der Aufgliederung der Leistung ist jedenfalls, dass es dem Auftraggeber verwehrt ist, den Bietern bei der Ausarbeitung der Angebote nicht kalkulierbare Risiken zu übertragen.²⁸⁰ Auch hier werden die Maßstäbe beim offenen und beim nicht offenen Verfahren wesentlich strenger als beim Verhandlungsverfahren sein müssen, wenngleich auch bei diesem nicht Risiken nach Belieben des Auftraggebers dem Bieter übertragen werden dürfen.

8.2.1 ÖNORMen

ÖNORMen **beschreiben den Stand der Technik** und sind, zumindest **auf technischem Gebiet**, als **branchenüblich** anzusehen. Sie stellen somit im Regelfall anerkannte Standards dar und entziehen sich der autonomen Interpretation durch den Ausschreibenden und die die Angebote erstellenden Unternehmer. Dadurch wird dem Sachlichkeitsgebot, dem der öffentliche Auftraggeber zu entsprechen hat, in besonderer Weise Rechnung getragen.

Autonome Interpretationen von ÖNORMen durch Auftraggeber oder Unternehmer sind unzulässig, eine (authentische) Interpretation obliegt im erforderlichen Anlassfall dem jeweils zuständigen ON-Komitee des Österreichischen Normungsinstituts. ÖNORMen sind objektiv unter Beschränkung auf ihren Wortlaut gemäß § 914 ABGB auszulegen.²⁸¹

²⁷⁶ Siehe dazu in weiterer Folge vor allem die Ausführungen zu den standardisierten Leistungsbeschreibungen

²⁷⁷ So der OGH u.a. in der Entscheidung "ARGE Traunufersammler Wels" (6Ob573/85 vom 4.6. 1987) unter Bezug auf das Vorbringen, dass auf Grund der Dauer der Bauzeit im konkreten Fall anstelle der in den Ausschreibung bedungenen Festpreise veränderliche Preise gelten müssten: "Ob die klagenden Parteien bei der Kalkulation tatsächlich auf den Zeitpunkt der Anbotslegung abgestellt und nicht Festpreise kalkuliert gehabt hätten, wie sie gemäß den rechtlichen und technischen bzw. den besonderen Vertragsbedingungen zu erfolgen gehabt hätte, habe von der beklagten Partei inhaltlich nicht überprüft werden können. Für die von den klagenden Parteien behauptete Branchenüblichkeit fehlten geeignete Beweisgrundlagen."

²⁷⁸ OGH, 10Ob212/98v vom 20.8. 1998, "Umbau Feuerwehrhaus Grieskirchen".

²⁷⁹ § 97 Abs 2

²⁸⁰ § 78 Abs 3

²⁸¹ Siehe diesbezüglich OGH 17.5.2001 7Ob110/01d.

8.2.2 Standardisierte Leistungsbeschreibungen

Eine Standardisierte Leistungsbeschreibung ist eine "**Sammlung von standardisierten Texten** eines geeigneten Herausgebers **zur Beschreibung standardisierbarer Leistungen** für bestimmte Sachgebiete in ihrer Gesamtheit oder in Bezug auf Teilbereiche(..)."²⁸²

Standardisierte Leistungsbeschreibungen wurden besonders, jedoch nicht ausschließlich,²⁸³ für die Ausschreibung von Bauleistungen erarbeitet und werden laufend an geänderte technische²⁸⁴ und rechtliche Rahmenbedingungen^{285, 286} angepasst.

Während Normen aus europarechtlichen Gründen von einer anerkannten Normenorganisation²⁸⁷ erstellt werden müssen, erfolgt die **Ausarbeitung** standardisierter Leistungsbeschreibungen **durch die beteiligten Verkehrskreise**, das sind die Anwender auf Auftraggeber- und Unternehmerseite. Begutachtungsverfahren bzw. die Verabschiedung einzelner Versionen finden daher auf die betroffenen Anwenderkreise eingeschränkt und nicht im Rahmen der breiten Öffentlichkeit wie bei ÖNORMEN statt. Auf Grund der Abstimmung zwischen Auftraggeber- und Unternehmerseite ist im Normalfall davon auszugehen, dass die Verteilung der Risiken ausgewogen erfolgt²⁸⁸.

Die sachlich betroffenen Auftraggeber auf Ebene des Bundes und der Länder erklären die Anwendung standardisierter Leistungsbeschreibungen üblicher Weise für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich verbindlich²⁸⁹.

Die Anwendung von StLB bedeutet eine Entlastung, in erster Linie für den Verfasser der Ausschreibung²⁹⁰, in zweiter Linie aber auch für die die Angebote erstellenden Unternehmer, da sie darauf vertrauen können, dass der Inhalt einer bestimmten Position gleich bleibt.

Der Aufbau standardisierter Leistungsbeschreibungen ist hierarchisch, sie bestehen aus Leistungsgruppen, die mit spezifischen Vorbemerkungen beginnen, denen dann die einzelnen Positionen folgen.

²⁸² ONR 12012 Ausgabe 1.3.2008, Abschnitt 3.1

²⁸³ Als Beispiel einer standardisierten Leistungsbeschreibung im weiteren Sinn außerhalb des Baubereichs kann das „IT-Handbuch“ der österreichischen Bundesregierung angeführt werden.

Auf europäischer Ebene, ebenfalls für den Bereich Informationstechnik, die drei Regelwerke EPHOS (European Procurement Handbook for Open Systems), EUROMETHOD und ITSEC (Information Technology Security Evaluation Criteria); Quelle: Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A. Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen (1998) § 8 Rz 85ff.

²⁸⁴ V.a. Änderungen auf dem Gebiet der technischen Normung.

²⁸⁵ Insbesondere Änderungen im Vergaberecht, in jüngster Zeit aber auch solche im Gewährleistungsrecht.

²⁸⁶ Dazu, dass standardisierte Leistungsbeschreibungen nicht immer die ungeteilte Zustimmung der Zivilgerichte finden, OGH 30.1.1997 8Ob2350/96p zur damals anzuwendenden Fassung des Musterleistungsbuches Siedlungswasserbau: „Es kann nicht Aufgabe des Obersten Gerichtshofes sein, ein derart unklares und widersprüchliches Vertragswerk auszulegen. Es ist nicht seine Sache, die Sorglosigkeit von in derartigen Angelegenheiten versierten Vertragsparteien in eigener Sache zu sanieren. Es wäre vielmehr Aufgabe der am Abschluss derartiger Bauverträge Interessierten, ein einheitliches Vertragswerk zu erstellen.“

²⁸⁷ § 20 Z 21.

²⁸⁸ Es ist daher als fragwürdig anzusehen, wenn einzelne Verfasser von Ausschreibungen Zusatzpositionen anstelle von Standardpositionen vorsehen, „um den Auftraggeber vor Risiken zu bewahren“.

²⁸⁹ Im geförderten Siedlungswasserbau wird das Musterleistungsbuch Siedlungswasserbau über den Förderungsvertrag zur verbindlichen Anwendung vorgeschrieben.

²⁹⁰ Dazu *Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM A 2050, Fn. 15: "Standardisierte Leistungsbeschreibungen erfüllen zum größten Teil die Bestimmungen 2.2.4.1 bis 2.2.4.3 [der ÖNORM A 2050, Ausgabe 1.1. 1993 - das entspricht § 76 Abs 3 Z 1 - 3 BVerGG] und entheben den Auftraggeber der Gefahr, durch selbst erstellte Texte von Leistungsbeschreibungen Leistungsinhalte und Bedingungen zu formulieren, die zu Missverständnissen (Unklarheiten, Widersprüchen) Anlass geben."

Die einzelnen Fachgebiete innerhalb jeder standardisierten Leistungsbeschreibung werden aufeinander abgestimmt, so dass der einzelne Anwender von der diesbezüglichen Überprüfung entlastet ist.

Analog zu ÖNORMEN ist auch bei standardisierten Leistungsbeschreibungspositionen eine autonome Interpretation von Positionen oder gar Vorbemerkungen durch die Auftraggeber oder die Unternehmer unzulässig, nur die die jeweilige Standardisierte Leistungsbeschreibung erstellende Arbeitsgruppe ist zur (authentischen) Interpretation legitimiert²⁹¹.

Sieht eine im Einklang mit einer sachlich anzuwendenden Standardisierten Leistungsbeschreibung verfasste Leistungsverzeichnisposition vor, dass die Leistung nur auf Anordnung durch den Auftraggeber zur Anwendung gelangt und es kommt weder ausdrücklich noch konkludent zu einer diesbezüglichen Anordnung, so begründet die Erbringung der Leistung durch den Unternehmer keinen Anspruch auf Schadenersatz, so der OGH.²⁹²

Die streitgegenständliche Ausschreibung war im Einklang mit der standardisierten Leistungsbeschreibung für Straßenbauten erfolgt. Die Leistungsbeschreibung umfasste, neben anderen Positionen für Abtrag von Boden unterschiedlicher Klassen, Laden, Verfühen innerhalb des Bauloses sowie Abladen auch die Leistungsverzeichnis-Position 02.28 "Zwischengelagertes Material: Laden und Verfühen innerhalb des Bauloses und Abladen". Diese Position wurde von der beklagten Partei [Auftraggeber] für allenfalls anfallendes Frostschutzmaterial aus der alten Trasse mit 500 m³ aufgenommen, um es als Frostschutzmaterial bei Nebenwegen wieder einzubauen. Wegen Unbrauchbarkeit des Materials kam es aber letztlich nicht zu dieser Lagerung. Aus der Ausschreibung ging aber nicht hervor, dass diese Position für das Frostschutzmaterial vorgesehen war. Einen Hinweis darauf hielt der Auftraggeber deshalb nicht für erforderlich, weil diese Position laut Punkt 7.244 der Leistungsbeschreibung für Straßenbauten (LB) nur auf Anordnung zur Anwendung kommt; dies traf im vorliegenden Fall nicht zu.

"Die klagende Partei [erfolgreicher Bieter und in weiterer Folge Auftragnehmer] hat im erstinstanzlichen Verfahren stets behauptet, ihr Klagebegehren gründe sich auf den mit der beklagten Partei über die Position LV 02.28 zustande gekommenen Vertrag. Dieses Vorbringen wurde jedoch im Verfahren vor den Tatsacheninstanzen nicht bewiesen, vielmehr steht fest, dass eine Vereinbarung zwischen den Streitparteien, auf Grund welcher die klagende Partei nach der Position LV 02.28 Laden und Verfühen von 'Zwischenlagerungen' zu S 64/m³ verrechnen könne, mangels schriftlicher Anordnung oder schriftlicher nachträglicher Genehmigung der klagenden Partei nicht zustande gekommen ist. Selbst in der Revision geht die klagende Partei noch davon aus, es sei ihr kein (Kalkulations-)Irrtum widerfahren, möglicherweise sei aber der klagenden Partei ein Erklärungsirrtum darüber unterlaufen, daß Leistungen gemäß Position LV 02.28 im Rahmen von Leistungen gemäß Positionen LV 02.22 und 02.26 zu erbringen seien. Zutreffend haben die Vorinstanzen erkannt, dass der Klägerin bei ihrer Anbotserstellung insofern ein rechtlich unbeachtlicher Kalkulationsfehler unterlaufen ist, als sie trotz Erkennbarkeit der durch den Ablauf der Werksarbeiten notwendigerweise bedingten Zwischenlagerung des Aushubmaterials und dessen in der Ausschreibung (Position 02.28) zu gering angegebenen Volumens (siehe die Feststellungen im Ersturteil, Seiten 14-15) das Ausmaß der von ihr zu erbringenden Leistungen und den ihr dabei erwachsenden Aufwand falsch eingeschätzt hat und damit einem unerheblichen Motivirrtum unterlegen ist (vgl. Koziol-Welser, Grundriss I 8 119 mwN in FN 25). In einem solchen Fall kann die Korrektur der Fehlkalkulation auch nicht im Wege des Bereicherungsrechtes vorgenommen werden, wie dies die Klägerin hier hilfsweise versucht, denn die ihr nachteilige Vermögensverschiebung ist nicht rechtsgrundlos erfolgt. (...)

Der klagenden Partei ist der Nachweis der für den Anspruch vorgebrachten rechtsbegründenden Tatsachen (nämlich der angeblichen Vereinbarung mit der beklagten Partei über die Erbringung und Bezahlung von Leistungen nach der Position LV 02.28) nicht gelungen, so dass sie mit ihrem Klagebegehren nicht durchdringen konnte."

Bei den Positionen der standardisierten Leistungsbeschreibungen handelt es sich um „**Katalogpositionen**“, der Verfasser der Ausschreibung hat daraus die im Einzelfall sachlich notwendigen Kapitel und Positionen auszuwählen und nicht „um sicher zu gehen“ beliebig viele Positionen mit zum Teil symbolischen Mengenangaben in das Leistungsverzeichnis aufzunehmen.

²⁹¹ Dies gilt natürlich nur im Rahmen des geltenden Rechts, dh dass die Arbeitsgruppen nicht zwingend anzuwendendes Recht abändern können.

²⁹² 8Ob674/88, 29.6.1989.

8.2.3 Zusatzpositionen („Z-Positionen“)

Zusatzpositionen, die vom Verfasser der Ausschreibung im Sinne „eigener Ausarbeitungen“ frei formuliert werden, sollen die **Ausnahme** darstellen und nur dann vorgesehen werden, wenn abändernde oder ergänzende Bestimmungen in einem Leistungsverzeichnis sachlich notwendig sind.²⁹³

8.2.4 Möglichkeit automationsunterstützter Angebotserstellung

Ein großer zusätzlicher Vorteil der Anwendung standardisierter Leistungsbeschreibungen ist, dass Angebote derzeit wesentlich leichter automationsunterstützt und auch elektronisch erstellt werden können und dass die Abrechnung der erbrachten Leistungen in einfacher Form elektronisch erfolgen kann.

Die **ÖNORM A 2063** vom 1.6.2009 „regelt den Aufbau von Datenbeständen, die automationsunterstützt in den Phasen Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung (AVA) zwischen allen Beteiligten, wie LB-Herausgeber, Planer, Auftraggeber, Bieter oder Auftragnehmer, ausgetauscht werden“.

8.3 Elemente der Gliederung des Leistungsverzeichnisses

Bei konstruktiver Leistungsbeschreibung sind die Leistungen nach ihrer **Art**, ihren **Mengen**²⁹⁴ ("Massen"), individuellen **Besonderheiten** des konkreten Einzelfalls²⁹⁵ sowie besonderen Anforderungen des Auftraggebers zu gliedern. Gleichartige Leistungen sind zu Gruppen zusammenzufassen (dem entsprechen die Leistungsgruppen bei standardisierten Leistungsbeschreibungen).

Bei funktionaler Leistungsbeschreibung fehlen die Mengen teilweise oder zur Gänze. Daher hat besonderes Augenmerk auf einer möglichst genauen Beschreibung der Leistungsanforderungen zu liegen.²⁹⁶

Von wesentlicher Bedeutung ist hier, welche Unterlagen dem Vergabeverfahren zugrunde liegen.²⁹⁷

8.4 Zusammenfassende Beschreibung der Gesamtleistung

Sinn dieser Bestimmung ist, dass die **allgemeinen Wesensmerkmale des Auftragsgegenstandes**²⁹⁸ vor dem eigentlichen Leistungsverzeichnis beschrieben werden, wodurch für die potenziellen Bieter die Gesamtleistung im Überblick erkennbar werden soll, ohne diese allgemeinen Wesensmerkmale erst aus den einzelnen Positionen erschließen zu müssen. Häufig

²⁹³ Siehe auch die Bestimmungen der §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2..

In den zusammengehörenden Fällen des BVA N-26/99 und F-21/99 wurde die streitgegenständliche Ausschreibung wurde die exzessive Verwendung von Z-Positionen im Leistungsverzeichnis seitens der Antragstellerin als Ausschreibungsmangel releviert. Das BVA ging aus formalen Gründen (mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin) in den Bescheiden N-26/99-12 vom 2.7. 1999 und F-21/99-13 vom 4.10.1999 auf diesen Beschwerdepunkt nicht ein.

²⁹⁴ § 97 Abs 3 Z 1

²⁹⁵ § 96 Abs 6

²⁹⁶ § 96 Abs 2

²⁹⁷ Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A (1998) § 9 Rz 23

²⁹⁸ Diese werden inhaltlich grosso modo der Ausschreibungsbekanntmachung entsprechen, sofern es sich um ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt.

erfolgt diese zusammenfassende Beschreibung der Gesamtleistung in den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis.²⁹⁹

Der Aufbau des Leistungsverzeichnisses hat **vom Allgemeinen**, nämlich der zusammenfassenden Beschreibung der Gesamtleistung, **zum Besonderen**, nämlich zu den einzelnen Kapiteln und in weiterer Folge zu den einzelnen Positionen, in Form eines hierarchischen Aufbaus zu erfolgen. Wenn schon nicht anhand der Ausschreibungsbekanntmachung, so sollte für den am Auftrag interessierten Unternehmer anhand der zusammenfassenden Beschreibung der Gesamtleistung die Beurteilung möglich sein, ob die Erstellung eines Angebotes grundsätzlich für ihn in Betracht kommt.

8.4.1 Beschreibung gruppenspezifischer Leistungen

Damit sind sachlich i.e.S. **zusammengehörige Leistungsteile** angesprochen. Im Verhältnis zum vorigen Punkt wird hier deutlich erkennbar, dass der Aufbau des Leistungsverzeichnisses hierarchisch zu sein hat und dass auch bei gruppenspezifischen Leistungen der wesentliche Leistungsinhalt nicht erst aus den einzelnen Positionen erschlossen werden können soll.

Dadurch ist es auch sachlich möglich, bei umfangreichen Leistungen Teilvergaben vorzusehen³⁰⁰ und damit auch Teilangebote zuzulassen³⁰¹.

8.5 Aufgliederung in Leistungsverzeichnispositionen

8.5.1 Leistungen gleicher Art und Preisbildung

Der erste Grundsatz dieser gesetzlichen Bestimmung ist, dass die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses **nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung** umfassen sollen³⁰² und dass die Bestimmung der Menge je Position anhand von Projektunterlagen oder anderen Angaben so genau wie möglich zu sein hat. Erst dann können die Angebote so erstellt werden, dass diese einerseits vollständig und andererseits tatsächlich vergleichbar sind³⁰³. Darüber hinaus wird dadurch dem primärrechtlichen Transparenzgebot und dem gesetzlichen Auftrag, dass den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken übertragen werden sollen,³⁰⁴ Rechnung getragen.

Dass Positionen in einem Leistungsverzeichnis von verschiedener Wertigkeit sein können, geht daraus hervor, dass der Auftraggeber gegebenenfalls **wesentliche Positionen** als solche zu kennzeichnen hat³⁰⁵ und bei einer vertieften Angebotsprüfung auf die Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise überprüfen kann³⁰⁶.

²⁹⁹ Hertwig in Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar. Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A (2001) § 9 Rz 47.

³⁰⁰ § 78 Abs 6.

³⁰¹ § 106 Abs 3.

³⁰² § 97 Abs 3 Z 1. In diesem Sinne auch Heiermann in Heiermann/Riedl/Rusam: Handkommentar zur VOB, Teile A und B (2000) § 9 Rz 30: „Im Leistungsverzeichnis ist die Leistung derart aufzugliedern, dass unter je einer Ordnungszahl (Position) nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichartig anzusehen sind.“

³⁰³ § 107 Abs 1

³⁰⁴ § 78 Abs 3

³⁰⁵ § 79 Abs 4

³⁰⁶ § 125 Abs 4

8.6 Aufbau von Leistungsverzeichnispositionen

8.6.1 Positionsnummer

Üblicher Weise beginnen Leistungsverzeichnispositionen mit einer Positionsnummer, die fortlaufend durch das gesamte Leistungsverzeichnis oder innerhalb jeder Gruppe gleichartiger Positionen vergeben wird.

Unter je einer Positionsnummer (Ordnungszahl) sind nur solche Leistungen aufzunehmen, "die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichartig anzusehen sind"³⁰⁷.

8.6.2 Besondere Kennzeichnung einer Ausführungsart, Wahl-, Eventual- oder Zusatzpositionen

Vor allem bei Positionen aus standardisierten Leistungsbeschreibungen wird unmittelbar nach der Nummer, erforderlichenfalls eine bestimmte Ausführungsart durch einen Buchstaben oder ein anderes Symbol gekennzeichnet oder aber es erfolgt die Kennzeichnung, ob es sich um eine Wahlposition, eine Eventualposition oder um eine Zusatzposition (Z-Position) handelt, die mit diesem Leistungsinhalt nicht in der standardisierten Leistungsbeschreibung enthalten ist.

8.6.3 Beschreibung der Leistungsposition

Nach der Positionsnummer und gegebenenfalls einem Buchstaben zur besonderen Kennzeichnung (etwa einer Ausführungsart) folgt im Regelfall die Beschreibung der Leistungsposition. In Ausnahmefällen folgen an dieser Stelle die ausgeschriebenen Mengen (und danach erst die Beschreibung der Leistungsposition).

Der Positionstext enthält die Beschreibung der betreffenden Einzelleistung einschließlich der technischen Spezifikationen sowie die konkreten Umstände, die die Leistung beeinflussen³⁰⁸.

8.6.4 Bieterlücke (erforderlichenfalls)

Bei Erfordernis ist bei der Beschreibung der Leistungsposition eine Bieterlücke³⁰⁹ vorgesehen, in die der Bieter ein Produkt, ein Verfahren oder sonstige Angaben einträgt; gibt der Auftraggeber ein Produkt ("Leitprodukt"), ein Verfahren oder eine sonstige Angabe vor, so hat er diese Vorgabe mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu ergänzen³¹⁰.

Ist in der Ausschreibung vorgesehen, dass die vom Auftraggeber mit dem Zusatz „**oder gleichwertig**“ beispielhaft vorgegebenen Produkte als angeboten gelten, wenn der Bieter kein anderes Erzeugnis in die freien Zeilen einer Leistungsverzeichnisposition eingetragen hat oder wenn die vom Bieter angebotenen Produkte nach sachverständiger Prüfung als nicht gleichwertig bewertet wurden, so ist dies eine zwingende Bedingung: „Die Formulierung der Ausschreibung ist nicht so missverständlich, dass es der Antragstellerin nicht möglich gewesen wäre, diese richtig zu verstehen. Die

³⁰⁷ Heiermann in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB/Teile A und B⁹ (2000), § 9 Rz 30.

³⁰⁸ Schabel/Lehmann, VOB/B leicht gemacht (2002) 17

³⁰⁹ § 98 Abs 8

³¹⁰ §§ 98 Abs 7 u. 8 und 106 Abs 7

Erörterungen in der mündlichen Verhandlung haben gezeigt, dass die Antragstellerin bewusst nicht jene Geräte angeboten hat, die in der Ausschreibung gefordert waren, sondern Geräte nach einem anderen Funktionsprinzip.³¹¹

8.6.5 Ausgeschriebene Mengen (Massen)

In der Reihenfolge kommen nun im Regelfall die ausgeschriebenen Mengen (Massen; auch als „Vordersatz“ bezeichnet) mit Angabe einer Dimension³¹² (Stück, Stunden, Laufmeter, Quadratmeter usw.; allenfalls ein Pauschale).

8.6.6 Einheitspreis

In der Reihenfolge folgt der Einheitspreis, im Falle der Preisaufgliederung mit Vorgabe der anzugebenden Preisanteile³¹³ und ausgewiesen als deren Summe. Dieser Einheitspreis im weiteren Sinn kann ein Einheitspreis im engeren Sinn³¹⁴, ein Pauschalpreis³¹⁵ oder ein Regiepreis³¹⁶ sein.

8.6.7 Positionspreis

Schließlich folgt der Positionspreis³¹⁷, der das Produkt aus Menge (Vordersatz) und Einheitspreis darstellt. Die Summe der Positionspreise ergibt die Summe je Leistungsgruppe (Kapitel) bzw. bei deren Fehlen die Gesamt- bzw. Teilgesamtpreise³¹⁸.

8.7 Arten von LV-Positionen - Ausschreibungsvarianten und Wahlpositionen

8.7.1 Variantenangebote³¹⁹

Im Gegensatz zu Alternativangeboten, die von den Bietern erstellt werden, werden Ausschreibungsvarianten vom Auftraggeber vorgegeben, wenn dieser unter verschiedenen Lösungen auswählen möchte.

Für Ausschreibungsvarianten sind Angebotssummen zu bilden, um die Vergleichbarkeit der Variantenangebote herzustellen³²⁰.

8.7.2 Wahlpositionen³²¹

Wahlpositionen sind Teil von Ausschreibungsvarianten und damit sind auch sie in der vorgesehenen Menge der Summenbildung zu unterwerfen.³²² Das bedeutet, dass dies im Gegensatz zur häufig geübten Praxis nicht mit der Einheit „eins“ möglich ist.

³¹¹ BVA 21.2.2003 17N-75/02-18.

³¹² § 2 Z 26 lit b

³¹³ I.d.R. Arbeit (Lohn) und Material, allenfalls auch Arbeit, Gerät und Material

³¹⁴ § 2 Z 26 lit b

³¹⁵ § 2 Z 26 lit e.

³¹⁶ § 2 Z 26 lit f

³¹⁷ § 124 Abs 1

³¹⁸ § 2 Z 26 lit d

³¹⁹ § 2 Z 39

³²⁰ § 78 Abs 6 BVergG

³²¹ § 2 Z 43

³²² § 2 Z 43 iVm § 97 Abs 3 Z 4

Die Folge ist, dass sowohl auf Variantenangebote als auch auf Wahlpositionen dann nicht zuge schlagen werden darf, wenn entweder keine Summe gebildet wurde oder Wahlpositionen nicht mit der korrekten Menge in der Variantenangebotssumme erfasst wurden.

8.7.3 Eventualpositionen³²³

Vergaberechtlich nicht völlig klar ist der Umgang mit Eventualpositionen, also solchen Positionen, bei denen sich der Auftraggeber erst während der Erbringung der Leistung entscheidet, ob er sie (geson dert!) beauftragt. Im BVergG finden sie *expressis verbis* keine Entsprechung, d.h. es ist offen, ob sie als "Wahlpositionen" zu behandeln und somit einer summarischen Erfassung zuzuführen sind oder ob sie im Sinne der herkömmlichen Praxis in das Leistungsverzeichnis, allenfalls unter Angabe ge schätzter Massen, aufgenommen aber summarisch nicht erfasst werden.

In einem Judikat aus der Bundesrepublik Deutschland, *dessen Aussagen sich m.E. sehr gut auf die österreichische Rechtslage übertragen lassen*, wird diesbezüglich ausgeführt:³²⁴

- Eventualpositionen sind im Leistungsverzeichnis (eindeutig) als solche zu kennzeichnen.
- Sie dürfen nicht zur Kaschierung einer fehlerhaften Planung dienen.
- Sie sind auf ein unumgängliches Minimum zu beschränken (Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland: maximal 10 % des geschätzten Auftragswertes³²⁵ - *was bereits relativ hoch gegriffen erscheint*).
- Sie werden, jedenfalls im Regelfall, nicht zur Ermittlung des Bestbieters herangezogen werden können (dies würde mit größter Wahrscheinlichkeit gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen und, außer es würde sich um ein angegebenes Bestbieterkriterium handeln,³²⁶ auch gegen das Transparenz gebot).

Hintergrund für diese Voraussetzungen ist der Grundsatz, dass es unzulässig ist, dem Bieter unzumutbare Wagnisse aufzubürden "für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann."³²⁷

8.7.4 Systematischer Zusammenhang der Leistungsverzeichnispositionen

Das Leistungsverzeichnis ist unter Beachtung der sachlichen Kriterien des konkreten Ausschreibungsgegenstandes, zu verfassen.

Dazu der Bundesgerichtshof der Bundesrepublik Deutschland (BGH) in einem Anlassfall:³²⁸

„Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden (...). Dies erfordert, dass hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der insoweit angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belastet, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert war, so dass sie als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen.“

Bezüglich des systematischen Zusammenhangs der Positionen des Leistungsverzeichnisses wies das OLG Düsseldorf in einem konkreten Anlassfall³²⁹ die Beschwerde eines Bieters zurück, der einer LV-Position einen weiteren Umfang unterstellte als diese Position gemäß Leistungsverzeichnis tatsächlich hatte; gemäß LV war die Bearbeitung von Naturwerksteinplatten in der Werkstatt des Bieters durchzuführen, die Antragstellerin brachte vor, dass die Vorarbeiten auch das Herausschneiden der Naturwerksteinplatten aus den Travertin-Rohsteinblöcken mit umfasse. Strittig war die Position 10 des Abschnitts I des LV, die nach dem objektiven Empfänger-

³²³ In der vergaberechtlichen Terminologie der Bundesrepublik Deutschland als "Bedarfspositionen" bezeichnet.

³²⁴ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Az.: 203-VgK-01/2003 vom 10.3. 2003, "Neubau eines Bettenhauses, Umbau- und Unterhaltungsmaßnahmen im Reha-Zentrum".

³²⁵ So Abschnitt 4.3 des Vergabehandbuchs zu § 9 Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A.

³²⁶ Unter Aufbietung aller Phantasie könnte derartige aus dem Urteil "SIAC Construction" des EuGH (Rs. C-19/00, Urteil vom 18.10. 2001) unter den dort ausdrücklich angeführten Rahmenbedingungen abgeleitet werden: Der Auftraggeber darf ein Bestbieterkriterium "voraussichtliche Abrechnungskosten" heranziehen, wenn dies in der Ausschreibungsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen angeführt wurde, die Abrechnungssumme des Angebotes voraussichtlich die niedrigste ist, der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter gewahrt wird, und ein unabhängiges Sachverständigen gutachten, das in allen wesentlichen Punkten auf objektive Faktoren gestützt sein muss, zu diesem Schluss gelangt.

³²⁷ So die Begründung im Judikat der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Az.: 203-VgK-01/2003..

³²⁸ 18.2.2003 X ZB 43/02.

³²⁹ 20.12.2000 Verg 20/00.

horizont, so das OLG Düsseldorf, vor dem Hintergrund der Position 9 des Abschnitts I zu sehen war. Pos. 9 lautete: „Sämtliche Vorarbeiten wie Schneiden, Bohren, Sägen und Oberflächenbehandlung sowie Anpassarbeiten sind in der Werkstatt des AN vorzunehmen.“

Pos. 10 hatte folgenden Wortlaut: „Lagerungsmöglichkeiten auf der Baustelle sind nur unzureichend vorhanden. An der H- und B-Straße (Anmerkung: der zu errichtende Neubau befindet sich in K an der Ecke B-/H-Straße) bestehen keine Lagerungsmöglichkeiten. Die Zugänglichkeit ist hier nur durch das Gebäude gegeben. Für diesen Bereich müssen die Naturwerksteinplatten endgefertigt und endbehandelt auf die Baustelle geliefert werden und sind ohne Zwischenlagerung direkt einzubauen ...“

Dazu aus dem Urteil:

„Schon unter Ziffer 1 des mit ‚Allgemeines‘ überschriebenen Abschnitts I. des Leistungsverzeichnisses heißt es, dass zur Befestigung der Natursteinfassade vor Ort nicht gebohrt werden dürfe. Aus alledem ergibt sich zwanglos die Auslegung der Ziffer 9, dass - wenn und soweit überhaupt ‚Vorarbeiten‘ an den zu montierenden Naturwerksteinplatten notwendig sind - diese Vorarbeiten insbesondere aus Gründen des Lärmschutzes und wegen des Fehlens von Arbeitsraum und Lagerungsmöglichkeiten an der Baustelle eben nicht mehr dort, sondern nur in der Werkstatt des Auftragnehmers vorgenommen werden können (und müssen). Dagegen liegt es völlig fern, das Wort ‚Vorarbeiten‘ dahin auszulegen, dass es auch auf die Herstellung der Steinplatten (als Prozess der Produktion des zu montierenden Steinmaterials aus den Rohsteinblöcken) zu erstrecken ist, und zwar in dem eingeschränkten Sinne, dass das Herausschneiden der Steinplatten aus den Rohsteinblöcken nur durch den Auftragnehmer selbst in seiner eigenen, zu seinem eigenen Unternehmen gehörenden Werkstatt vorgenommen werden darf. Wenn der Auftraggeber (die Antragsgegnerin) das gemeint haben sollte, wäre es für den (maßgebenden) objektiven Empfängerhorizont der Bieter (siehe oben) im Wortlaut der Ziffer 9 - einschließlich der Verständnismöglichkeiten gemäß dem systematischen Zusammenhang - nicht klar genug zum Ausdruck gekommen. Lediglich als Plausibilitätsargument hat der Senat hierzu in der mündlichen Verhandlung bemerkt, dass der Bieter, wenn der Auftraggeber dieses (angebliche) Qualitätsmoment des vom Auftragnehmer selbst durchzuführenden Herausschneidens der Steinplatten aus den Travertin-Rohsteinblöcken verlangt haben sollte, angesichts der insoweit unklaren Ziffer I. 9. habe erwarten dürfen, da der Auftraggeber ein solches auf die zu montierenden Natursteinplatten bezogenes Erfordernis bei der eigentlichen Qualitätsbeschreibung der Naturwerksteine unter VI. 3.1.1. des Leistungsverzeichnisses (z.B. wo es heißt: ‚gegen das Lager schneiden‘) herausstellt und damit klarstellt. Dies sei nochmals aufgrund des nachgereichten Schriftsatzes der Antragstellerin vom 12.12. 2000 verdeutlicht. Entscheidend für die Zurückweisung des Einwands der Antragstellerin ist die Auslegung der Ziffer I. 9. selbst. Insofern erledigt sich die auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.3. 1999 (DB 1999 1160) gestützte Kritik der Antragstellerin und ihres Rechtsgutachters Dr. O. Soweit der Rechtsgutachter meint, die Ziffer I. 9. sei in dem Sinne, dass hier eine Eigenausführungspflicht für die aus dem Rohmaterial herauszuschneidenden Steinplatten verankert sei, ‚völlig klar‘ und ‚einer eingeschränkten Auslegung gar nicht zugänglich‘, kann ihm schlechterdings nicht gefolgt werden, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt.“

8.7.5 Getrennte Positionen für Leistungen mit einmalige Kosten und Leistungen mit zeit- oder mengenabhängigen Kosten

Mit dieser Vorgangsweise wird, unter Bezug auf die **branchenübliche Preisermittlung**, dem Umstand Rechnung getragen, dass Änderungen bei Positionen mit zeit- oder mengenabhängigen Kosten nicht automatisch auf Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, durchschlagen sollen.

8.7.6 Zusammenfassung zusammengehörender Leistungen verschiedener Art und Preisbildung

Die Zusammenfassung sachlich zusammengehörender Leistungen unterschiedlicher Art und Preisbildung soll, ebenfalls vor dem Hintergrund der branchenüblichen Preisermittlung, die **Ausnahme** und nicht den Regelfall darstellen³³⁰.

In diesem Sinne der OGH³³¹ in Abweichung zu den Urteilen der Vorinstanzen bezüglich der Position „Rohtrasse schieben“ in einem Leistungsverzeichnis für die Herstellung eines landwirtschaftlichen Bringungsweges: Die Klägerin, die den Auftrag erstanden hatte, hatte unter dieser Position nur die Herstellung der für den Maschineneinsatz notwendigen Rohtrasse verstanden, der Auftraggeber hingegen darüber hinaus den offenen Abtrag, das lagenweise Anschütten von Abtragsmaterial, die Herstellung des Unterbauplanums, die Schüttung der Frostschuttschicht und die Asphaltierung der Straßenfläche. Der OGH bestätigte den Rechtsstandpunkt der

³³⁰ ÖNORM A 2050, 1.11.2006, Abschnitt 5.2.4.2

³³¹ 22.5.1995 3Ob564/94.

Klägerin, zumal es keinen Anhaltspunkt gab, dass der Begriff „Rohtrasse schieben“ mit dem vom Auftraggeber intendierten Inhalt der Position in der österreichischen Bauwirtschaft branchenüblich sei.

8.7.7 Nebenleistungen³³² als Hauptleistungen

Diese Bestimmung³³³ regelt die Ausnahme zur generellen Regel, dass Nebenleistungen auch ohne gesonderte Erwähnung in den Ausschreibungsunterlagen zur Hauptleistung gehören³³⁴.

VWGH:³³⁵

"Eine unselbständige Nebenleistung ist dann anzunehmen, wenn sie im Vergleich zur Hauptleistung nebensächlich ist, mit ihr eng zusammenhängt und in ihrem Gefolge üblicherweise vorkommt. Das ist zu bejahen, wenn die Leistung die Hauptleistung ermöglicht, abrundet oder ergänzt."

Das BVergG regelt, unter beispielhafter Anführung besonderer Vorarbeiten oder außergewöhnlicher Frachtleistungen, dass in besonderen Fällen gesonderte Positionen vorzusehen und dem Wettbewerb zu unterwerfen sind. Die gesetzliche Bestimmung nennt keine prozentuelle Größenordnung, ab der Nebenleistungen als Hauptleistungen anzusehen sind.

Ein in der Judikatur häufiges Beispiel für Nebenleistungen als Hauptleistungen sind Bodenerkundungen bei Baumaßnahmen. Wurden sie nicht gesondert vereinbart, so sind sie schon auf Grund der Tatsache, dass der Auftraggeber das Baugrundrisiko trägt, nicht eine unentgeltlich vom Werkunternehmer zu leistende Nebenleistung³³⁶.

Im Fall der Ausschreibung von Straßenbauarbeiten durch eine Kärntner Gemeinde³³⁷ enthielt das Leistungsverzeichnis die Position "Dammkörper schütten (max. Einbautiefe pro Lage[r] 0,5 m)", jedoch weder eine Position noch sonstige Hinweise, die sich auf das dafür erforderliche Beistellen des Schüttmaterials bezogen. Der Bürgermeister als Verfasser der Ausschreibung, der auf Grund seiner Tätigkeit im Baudienst der Verwaltungsgemeinschaft des politischen Bezirkes fachkundig war, erläuterte einem Unternehmen auf dessen Anfrage während der Angebotsfrist, dass das Schüttmaterial nicht vom Unternehmen beizustellen sei. Dazu der OGH, nachdem der Gemeinderat die diesbezüglichen Nachtragsforderungen des ausführenden Unternehmens nachträglich nicht anerkannt hatte und das Unternehmen im Zivilrechtsweg die Klage erhoben hatte: "Die Anbotsunterlagen hatte der Bürgermeister verfasst. Dabei gebrauchte er in der Beschreibung einer in das Leistungsverzeichnis aufgenommenen Einzelleistung eine Formulierung, die nach allgemeinem Verständnis Zweifel darüber aufkommen ließ, ob das für die Leistung notwendige Material (nämlich die mit 7.000 m³ angenommene Schottermenge für die Errichtung eines Dammes) von der Beklagten als Auftraggeberin oder vom Unternehmer als Auftragnehmer beizustellen sein werde. Der Bürgermeister erklärte auf Anfrage der an der Anbotstellung interessierten Klägerin, daß das Material nicht vom Unternehmer beigestellt werden müsse, sondern von einem an Ort und Stelle bezeichneten Grund zu entnehmen sei. Diese Auslegung hält sich innerhalb der denkmöglichen Begriffsausfüllung der in der zweifelhaften Position des Leistungsverzeichnisses gebrauchten Formulierung. Diese Erläuterung des Bürgermeisters zu der im Namen der Gemeinde verfassten und ausgegebenen Ausschreibungsunterlagen hatte sich die Gemeinde in gleicher Weise zurechnen zu lassen wie die Ausschreibung selbst." Daher war die Beistellung des Schüttmaterials nicht als unselbständige Nebenleistung zur Position "Dammkörper schütten" anzusehen.

³³² Textgleich ÖNORM A 2060, 1.7.2009, Abschn. 3.9 und ÖNORM B 2110, 1.1.2009, Abschn. 3.15: "Verhältnismäßig geringfügige Leistungen, die der Usance entsprechend auch dann auszuführen sind, wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt sind, jedoch nur insoweit, als sie zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung der vertraglichen Leistung unerlässlich sind und mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehen."

³³³ § 97 Abs.3 Z.2

³³⁴ ZB OGH 19.9.1995 4Ob555/95 in einem Anlassfall, in dem ein PKW nach Österreich gebracht werden sollte (Hauptleistung) und die Nebenleistung darin bestand, dem Käufer die Bestätigung des Zollamtes beizubringen - ohne diese Nebenleistung war die Hauptleistung für den Käufer ohne Interesse: "Nach seiner Rechtsprechung rechtfertigt zwar die Verletzung unselbständiger Nebenpflichten im Regelfall nicht den Rücktritt vom Vertrag gemäß § 918 ABGB; ausnahmsweise wird aber das Recht zum Rücktritt anerkannt, wenn die Verletzung der Nebenpflicht zugleich eine schwere Vertrauenserschütterung bewirkt oder - wie hier - das Interesse an der Erfüllung des Vertrages beseitigt (SZ 38/99; SZ 39/120; SZ 57/175 mwN aus dem Schrifttum; *Reischauer in Rummel*, ABGB2, Rz 21 zu § 918)."

³³⁵ VwGH 19.3.2000 97/14/0133.

³³⁶ In diesem Sinne zB OGH 25.8.1998 7Ob140/98h.

³³⁷ 6Ob661/86 26.11.1987

Weitere Beispiele von Nebenleistungen, bei denen bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses zu klären ist, ob sie als Hauptleistungen zu qualifizieren sind, sind die Entsorgung von Abfällen, Materialverschnitt und Verpackungsmaterial, die Reinigung nach der Durchführung von Bauarbeiten oder die Rücknahme von Materialresten bei der Lieferung und Montage von Möbeln.

8.7.8 Aufgliederung von Preisen

Auch hier gilt die **Branchenüblichkeit** als Maßstab, sofern nicht im Einzelfall besondere Gründe bestehen, davon abzuweichen. Bei den meisten Bauleistungen nach Anhang I ist es üblich, die Preise in Lohn und Sonstiges aufzugliedern (häufig auch dann, wenn die Leistungen zu Festpreisen ausgeschrieben werden). Bei Stahlbaumaßnahmen bzw. im Anlagenbau werden die Preise häufig in Lieferung und Montage aufgegliedert, und hier wieder in Lohn und Sonstiges³³⁸. Bei der Ausschreibung geistiger Leistungen wird diese Aufgliederung von Preisen im Regelfall weder sinnvoll noch notwendig sein.

Eine über die reine **Aufgliederung** in **Lohn** und **Sonstiges** hinausgehende Preisergliederung im Sinne der Detailkalkulation nach der ÖNORM B 2061 ist bei umfangreicheren Leistungen des Bauhauptgewerbes und – allenfalls! – bei Professionistenleistungen im Bau sinnvoll, da es bei der Ausführung der Leistungen häufig zu Änderungen gegenüber der ausgeschriebenen Leistung kommt³³⁹.

8.7.9 Aufgliederung von Preisen bei Geltung veränderlicher Preise

Die Bestimmung, dass bei Geltung veränderlicher Preise diese in lohnbedingte und sonstige Preisanteile aufzugliedern sind, ist jedenfalls bei Bauleistungen gemäß Anhang I sinnvoll, da hier die Preisanteile sehr unterschiedliche Entwicklungen aufwiesen³⁴⁰. Bei manchen, aber zweifellos nicht allen Lieferaufträgen ist diese Bestimmung gleichfalls sinnvoll – nicht sinnvoll ist diese Bestimmung dann, wenn z.B. Geräte nur gekauft werden. Bei geistigen Leistungen wird diese Bestimmung im Normalfall nicht sinnvoll anzuwenden sein, da Nebenleistungen, sofern sie nicht als Hauptleistungen zu werten sind, nicht in gesonderten Positionen ausgeschrieben werden.

8.8 Summenblatt

Dem Summenblatt kommt, sofern ein Leistungsverzeichnis im eigentlichen Wortsinn erstellt wurde, immer große Bedeutung zu, da

- der Gesamtpreis (ohne USt) oder der Angebotspreis (mit USt),
- mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und,

³³⁸ Dadurch wird beim Lohnanteil des Lieferpreises die Lohnkomponente der Werksfertigung erfasst, beim Anteil Sonstiges der Montage werden Kleinteile erfasst.

³³⁹ Völlig unsinnig ist es hingegen, zB bei der Ausschreibung elektrotechnischer Leistungen die Erstellung einer Detailkalkulation in derselben Form wie für Leistungen des Bauhauptgewerbes vorzuschreiben.

³⁴⁰ Im Regelfall wird der Tag des Endes der Angebotsfrist als für veränderliche Preise maßgebliche Preisbasis in der Ausschreibung festgelegt; ist in der Ausschreibung bzw. im nachfolgenden Vertrag nichts festgelegt und wurde die ÖNORM A 2060 oder die ÖNORM B 2110 vereinbart, so ist der Tag des Datums des Angebotes die für veränderliche Preise maßgebliche Preisbasis (P 5.1.3 in beiden Normen).

- wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise,

zu verlesen sind³⁴¹. Diese angeführten Angaben finden sich in der Regel auf dem Summenblatt, das bei der Zulässigkeit von Teilangeboten auch zwei oder mehr Seiten umfassen kann.

Auf dem Summenblatt ist bei den meisten Ausschreibungen auch die rechtsgültige Unterfertigung durch den Bieter vorgesehen; gibt es ein vom Auftraggeber vorgegebenes Angebotsschreiben, so wird die einzige Unterschrift des Bieters sinnvoller Weise auf dem Angebotsschreiben und nicht auf dem Summenblatt vorzusehen sein.

Die zur Zeit noch häufig anzutreffende Formulierung, dass an Bedingungen geknüpfte Nachlässe oder Aufschläge auf einem gesonderten Begleitschreiben des Bieters angeführt werden müssen und ihre Angabe im Summenblatt unzulässig bzw. unwirksam wäre, ist zivilrechtlich nicht haltbar (wenngleich sie als Ordnungsvorschrift sinnvoll sein mag), da das Summenblatt im Zuge der Angebotsöffnung immer zur Verlesung herangezogen werden muss und somit auch allfällige auf dem Summenblatt angeführte Bedingungen verlesen werden müssen.

³⁴¹ § 118 Abs 5 Z

9 Angebotsöffnung

9.1 Angebotsöffnung: Was ist dabei zu beachten?

Beim offenen und beim nicht offenen Verfahren ist die Angebotsöffnung der Moment, in welchem für die Bieter **Transparenz** besteht und sie erfahren, **wie viele** und **welche** Konkurrenten teilgenommen haben, **was** diese angeboten haben und **wie** ihr eigenes Angebot im Vergleich liegt.

Daher kommt der Angebotsöffnung sehr große Bedeutung zu und sie ist **kommissionell** durchzuführen. Das BVergG regelt für die öffentlichen Auftraggeber³⁴² detailliert, wie bei der Angebotsöffnung vorzugehen ist (die Sektorenauftraggeber³⁴³ sind nicht zu einer formalisierten Angebotsöffnung verpflichtet).

Beim Verhandlungsverfahren hat zur Vermeidung von Manipulationen eine Angebotsöffnung in Anwesenheit der Bieter zu unterbleiben. *Anmerkung: Ich empfehle den Auftraggebern jedoch auch in diesem Fall eine kommissionelle Angebotsöffnung.*

9.2 Ende der Einreichfrist und Zeitpunkt der Angebotsöffnung

Bezüglich des Endes der Angebotsfrist (= spätest möglicher Zeitpunkt zur Einreichung eines Angebotes) und dem Beginn der Angebotsöffnung heißt es, dass die Angebote – außer in begründeten Ausnahmefällen - „unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist“³⁴⁴ zu öffnen sind.

Anmerkung: „Unmittelbar“ wird maximal 15 – 30 Minuten bedeuten können, sicher nicht einen längeren Zeitraum. Ich empfehle ein Zusammenfallen der beiden Zeitpunkte zu einem einzigen, was allerdings nicht immer völlig problemlos ist.

9.3 Verspätet eingereichte Angebote

Fallen die beiden Zeitpunkte auseinander - z.B. Ende der Einreichfrist 9.30 Uhr, Angebotsöffnung am selben Tag 10.00 Uhr, dann gibt es zwei mögliche Vorgangsweisen bezüglich verspätet eingelangter Angebote:

- Nach vorherrschender Meinung in Österreich und im Einklang mit den Buchstaben des BVergG ist ein um 9.31 eingereichtes Angebot, aus welchem Grund auch immer die Verspätung herrührt, bereits ein verspätet eingereichtes Angebot und daher nicht mehr zu berücksichtigen.
- *Demgegenüber ist, allerdings bei etwas anderer Rechtslage, in der Bundesrepublik Deutschland ein Angebot dann verspätet eingereicht, wenn der Verhandlungsleiter (oder ein Mitglied der Kommission) das Kuvert des ersten zu verlesenden Angebotes zu öffnen beginnt - klarzustellen ist aber, dass mit der Öffnung der Angebote nicht willkürlich zugewartet werden darf; der Beginn der Öffnung des ersten Kuverts könnte in unserem Beispiel auch um 10.02 Uhr sein, ein um 10.01 Uhr eingereichtes Angebot wäre damit noch zeitgerecht eingereicht worden. Hintergrund*

³⁴² §§ 118 ff; siehe auch Abschnitt 9.5

³⁴³ §§ 264 f

³⁴⁴ § 121 Abs. 1

ist, dass es im Sinne des Auftraggebers ist, einen möglichst starken Wettbewerb zu haben und dass bis zur Öffnung des ersten Angebotes keine Daten über die Bieter und deren Angebote bekannt sind.

Die Rechtslage Bundesrepublik Deutschland - Österreich ist in diesem Punkt absolut vergleichbar, nicht jedoch die zugehörige Auslegung .

Verspätet eingelangte Angebote sind ungeöffnet als solche zu kennzeichnen³⁴⁵, d.h. sie sind nicht zu öffnen (*in Diskussion steht eine Rücksendung an die Bieter - ist derzeit rechtlich jedoch nicht vorgesehen*).

9.4 Eintragen von Angeboten in der Reihenfolge des Einlangens in eine Liste³⁴⁶

Die Angebote sind in der Reihenfolge des Einlangens (Tag und Uhrzeit) zu nummerieren und in eine Liste einzutragen - d.h. dass dies im Normalfall immer mit den postalisch einlangenden Angeboten beginnt und mit den persönlich übergebenen Angeboten endet. Diese Liste ist unter Verschluss zu halten.

Schreibt ein Bieter keinen Namen auf den Umschlag, die Sendung ist aber als Angebot erkennbar, dann ist dieses Angebot (sofern es als solches erkannt wird) anzuerkennen und wie jedes andere Angebot zu behandeln; diese Vorgangsweise geht aber auf das Risiko des Bieters, d.h. er riskiert, dass das Angebot dann ausgeschieden wird, wenn die Vertraulichkeit des Inhalts nicht gewahrt wird.

Generell gilt (auch bei vollständig bezeichneten Angeboten), dass der Weg, den das Angebot bis zur Öffnung durchläuft, der Risikosphäre des Bieters zuzurechnen ist. Hat das Angebot die Sphäre des Auftraggebers - zeitgerecht - erreicht, so liegt die weitere Verantwortung beim Auftraggeber!

Wird ein Angebot unabsichtlich geöffnet, wird zu prüfen sein, ob möglichst nur eine Person das Angebot eingesehen hat. Macht eine Person das Angebot auf, erkennt den Irrtum und verschließt das Angebot unter Anbringen eines Vermerks mit Unterschrift wieder, dann wird dieses Angebot in der Konkurrenz verbleiben können, sofern jegliche Manipulation ausgeschlossen werden kann. Ein solches Angebot ist auszuscheiden, wenn dem Bieter eine eindeutige Schuld beizumessen ist - korrekterweise ist einem Bieter aber Gelegenheit zu geben, ein Angebot neuerlich einzureichen, wenn das Angebot durch Manipulation auf dem externen oder auftraggeberinternen Postweg so beschädigt wurde, dass der Angebotsinhalt ganz oder teilweise erkennbar ist, wenn die Zeit dazu ausreicht³⁴⁷. Dies entspricht der rechtlich gegebenen Möglichkeit, ein Angebot bis zum Ende der Einreichfrist ändern oder zurückziehen zu dürfen.

³⁴⁵ § 118 Abs 3.

³⁴⁶ § 117 Abs. 1

³⁴⁷ Es gibt kein derartiges Judikat einer der Vergabekontrollinstanzen, im Übrigen erscheint dies völlig schlüssig, da der Bieter im Regelfall daran völlig schuldlos sein wird.

9.5 Ablauf der Angebotsöffnung

Die Angebotsöffnung ist ihrer Natur nach eine **Tatsachenfeststellung**. Unter allen Umständen ist daher von allen Maßnahmen der Angebotsprüfung im Zuge der Angebotsöffnung Abstand zu nehmen; auffallende Merkmale sind aber in der Niederschrift zu vermerken.

9.5.1 Ist jede anwesende Person berechtigt, an der Angebotsöffnung teilzunehmen?

Um an der Angebotsöffnung teilnehmen zu dürfen, muss der/die Betreffende auf Bieterseite ein Angebot allein oder in Bietgemeinschaft eingereicht haben, auf Auftraggeberseite muss er/sie der Kommission angehören (bzw. ein Hilfsorgan sein). Andere Personen wären von der Teilnahme an der Angebotsöffnung auszuschließen. Auch wenn die Vertreter der Bieter keinen Einwand gegen die Anwesenheit eines „Konkurrenten, der kein Angebot eingereicht hat“ vorbringen, widerspricht dies dem Grundsatz der Vertraulichkeit.

9.5.2 Vertreter der Bieters haben Mitwirkungspflichten an der Angebotsöffnung

Übersieht die Kommission z.B. ein Alternativangebot oder verliest eine Angebotssumme falsch und der anwesende Vertreter des Bieters meldet sich nicht zu Wort, so wird dieses Versehen dem Bieter mit anzulasten sein.

9.5.3 Prüfung der Unversehrtheit der Angebote

Die Prüfung der Unversehrtheit der Angebote erfolgt im Sinne der vorstehenden Ausführungen³⁴⁸; ein offen abgegebenes Angebot ist auszuschneiden, ebenso ein Angebot per TELEFAX, Fernschreiben etc. (im offenen oder im nicht offenen Verfahren).

Ist das Angebot unversehrt, dann ist es zu öffnen.

Ausserdem regelt das BVergG grundsätzlich die elektronische Angebotseinreichung³⁴⁹ sowie die Öffnung elektronisch eingereicherter Angebote³⁵⁰.

9.5.4 Verlesung aus den Angeboten³⁵¹

In weiterer Folge ist der Name des Bieters zu verlesen und festzustellen, ob das Angebot unterfertigt ist. BVergG und ÖNORM³⁵² verlangen „nur“ die rechtsgültige, nicht aber eine firmenmäßige Fertigung. *Anmerkung: Verlangen Sie am besten nur eine einzige Unterschrift des Bieters.*

Es ist festzustellen, ob alle bei der Abgabe des Angebotes bedungenen Unterlagen tatsächlich dem Angebot angeschlossen wurden - d.h. Prüfung der Vollständigkeit der Angebote (fehlen einzelne Seiten, so wird dies nicht in allen Fällen ohne weiteres bei der Öffnung der Angebote festgestellt werden können - wird jedoch ein derartiger Mangel festgestellt, ist dies in der Niederschrift jedenfalls zu vermerken).

³⁴⁸ § 118 Abs. 3

³⁴⁹ §§ 113-116

³⁵⁰ §§ 119-121

³⁵¹ § 118 Abs. 5

³⁵² ÖNORM A 2050, 1.11.2006, Abschnitt 6.2.6

Aus den Angeboten, auch Alternativangeboten, ist zu verlesen:

- Name und Geschäftssitz des **Bieters**.
- **Gesamtpreis** (ohne USt) oder **Angebotspreis** (mit USt), unter Angabe allfälliger **Nachlässe** oder Aufschläge und deren Ausmaßes (und natürlich auch der Bedingungen, an die sie allenfalls geknüpft sind)
- Die Preise der **Teilangebote**, wenn die Vergabe der Leistung in Teilen vorbehalten bzw. Anbieten der Leistung in Teilen zulässig war
- **Wesentliche Erklärungen und Vorbehalte** der Bieter, die im Normalfall in einem Begleitschreiben anzuführen sind
- Geänderte Einheits- oder Positionspreise aus Begleitschreiben der Bieter.
- Sind sie zugelassen sind **Alternativangebote** dabei genauso zu behandeln wie ausschreibungsgemäße Angebote, wobei aus Gründen des fairen Wettbewerbs Gegenstand und Umfang von Alternativangeboten aber erkennbar sein müssen.

9.6 Niederschrift über die Angebotsöffnung

Über diesen Vorgang ist, unter schriftlicher Dokumentation der zuvor angeführten Fakten, eine Niederschrift zu verfassen, in die auch allfällige Feststellungen der Bieter aufzunehmen sind - diese können das eigene Angebot oder einen anderen Bieter bzw. dessen Angebot oder aber den Vorgang der Angebotsöffnung betreffen.

Zu vermerken sind, abgesehen von den in Abschnitt 9.5.4 angegebene Daten, folgende angebotsbezogenen Fakten³⁵³:

- Datum und Uhrzeit des Beginns und des Endes der Angebotsöffnung.
- Geschäftszahl, Gegenstand und Hinweis auf die Art des Vergabeverfahrens.
- Die Namen der Anwesenden.
- Zwingend verlangte, aber nicht vorhandene Beilagen.
- Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel [*jedoch ohne diese zu bewerten!*].

Klar ist, dass im Anwendungsbereich des BVergG der Niederschrift über die Angebotsöffnung ein sehr hoher Stellenwert eingeräumt wird - der Vorgang der Angebotsöffnung ist nicht wiederholbar; was bei der Angebotsöffnung nicht festgestellt wurde, existiert normalerweise rechtlich nicht (gilt v.a. für Alternativangebote!).

Bezüglich der - fakultativen - Fertigung der Niederschrift durch die Bieter gibt es zwei Möglichkeiten:

- Entweder gleich zu Beginn, etwa auf einem gesonderten Blatt.
Vorteil: Es geht rasch.
Nachteil: Die Bieter unterschreiben praktisch blanko, d.h. sie bestätigen nur ihre Anwesenheit, sonst nichts.
- Oder aber man gibt den Bietern am Ende der Angebotsöffnung die Gelegenheit zur Fertigung.
Nachteil: Die Angebotsöffnung kann sehr lange dauern.

³⁵³ § 118 Abs. 6

Vorteil: Der Inhalt des Protokolls wird dadurch von den Bietern praktisch bestätigt, d.h. man kann ihn gänzlich oder weitestgehend außer Streit stellen.

Die Auftraggebervertreter haben die Niederschrift immer zu fertigen.

Noch während des Vorgangs der Angebotsöffnung sind die Angebote, einschließlich der Begleitschreiben, so zu kennzeichnen (z.B. zu lochen und zu versiegeln), dass ein Austausch von Angebotsteilen so weit wie möglich verhindert wird (gilt natürlich nicht für Datenträger!).

9.7 Auskunft über das Ergebnis der Angebotsöffnung

Der BVergG legt fest, dass den Bietern, so sie zur Teilnahme an der Angebotsöffnung berechtigt waren, auf formlose Aufforderung eine Abschrift der Niederschrift über die Angebotsöffnung auszufolgen ist³⁵⁴.

Die Niederschrift über die Angebotsöffnung wird faktisch immer einen Bestandteil des „Vergabevermerks“³⁵⁵ darstellen, d.h. es gilt selbstverständlich auch die mindestens 7-jährige (bzw. 4-jährigen) Aufbewahrungsfrist.

³⁵⁴ § 118 Abs.6

³⁵⁵ § 136 bzw. 277; sh. auch Abschnitt 12.3

10 Angebotsprüfung

10.1 Formale Voraussetzungen für die Angebotsprüfung

10.1.1 Fachkunde

Der Auftraggeber hat über die zur Prüfung der Angebote notwendige **Fachkunde** zu verfügen oder sich eines **Sachverständigen** zu bedienen³⁵⁶.

Fachkunde im Sinne von Fachwissen bedeutet für ein bestimmtes Fachgebiet im Wesentlichen gelerntes Wissen, praxisbezogene Kenntnisse (Erfahrung) und laufende Weiterbildung, um auf dem aktuellen Wissensstand zu bleiben³⁵⁷.

Anmerkung: Hier ist ausdrücklich festzuhalten, dass das Verfügen über die nötige Fachkunde zur Prüfung von Angeboten (einschließlich der Aufklärung zu Angeboten!) nicht zur Disposition des Auftraggebers steht, sondern der Auftraggeber ist verpflichtet dafür zu sorgen³⁵⁸.

10.1.2 Unbefangenheit

In Konkretisierung der Grundsatzbestimmung des freien und lautereren Wettbewerbes und - insbesondere - der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter³⁵⁹ verlangt das BVergG vom Auftraggeber³⁶⁰:

"Erforderlichenfalls sind **unbefangene** und von den Bietern **unabhängige** Sachverständige beizuziehen."

Anmerkung:

1. *Die Unbefangenheit und Unabhängigkeit müssen sich jedenfalls auf den tatsächlichen Kreis der Bewerber und Bieter beziehen, besser noch auf den potenziellen Teilnehmerkreis (um den Wettbewerb nicht zu stören).*
2. *"Sachverständiger" (SV) bedeutet, dass es sich um eine Person mit besonderer Fachkunde handelt,³⁶¹ das muss nicht zwingend ein gerichtlich zertifizierter Sachverständiger sein.*

Die wesentlichen Begriffsmerkmale sind:

- *Fachkunde (s.o.).*
- *Aufgabenstellungen, die in ursächlichem Zusammenhang mit den in den Vergabevorschriften angeführten, für den Auftrag des SV maßgeblichen Tatbeständen stehen³⁶². D.h. es geht nicht um "irgendeinen" SV.*
- *Objektivität - der SV soll der Sache verpflichtet sein.*

³⁵⁶ § 122 BVergG, erster Satz: "Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, die die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen."

³⁵⁷ VwGH 17.8.2000, 98/12/0170.

³⁵⁸ IdS etwa Bundesvergabeamt (BVA) 18.2.2000, N-34/99-41

³⁵⁹ § 19 Abs 1

³⁶⁰ § 122 BVergG, zweiter Satz

³⁶¹ Creifelds Rechtswörterbuch Rz. 1131.

³⁶² Heiermann - Riedl - Rusam, Handkommentar zur Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), Wiesbaden und Berlin: Bauverlag 2000⁹, Teil A, § 7 Rz. 3.

- *Verpflichtung zur Beratung, jedoch keine Entscheidungsbefugnis - der SV soll den maßgeblichen Sachverhalt aufbereiten und kann nicht an die Stelle des entscheidungsbefugten Organs treten.*
- *Unbefangenheit (s.u.). Als Beispiel aus der Judikatur: Legt der Hersteller eines ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes selbst ein Angebot, so ist es unzulässig, ihn die Angebote der Mitbewerber bewerten zu lassen³⁶³.*

10.1.3 Verschwiegenheit³⁶⁴

Das BVergG legt strenge Maßstäbe an die Verschwiegenheit an:

Auftraggeber, Bewerber und Bieter haben den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren.

Sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, dürfen Auftraggeber keine ihnen von Unternehmern übermittelten und von diesen als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote.

10.2 Systematische Einordnung der Angebotsprüfung

Die wichtigsten Bestimmungen im BVergG 2006, in die die Bestimmungen über die Angebotsprüfung eingebettet sind, sind (hier bezogen auf öffentliche Auftraggeber sowie die Regelverfahren - offenes und nicht offenes Verfahren):

10.2.1 Klassische Auftraggeber

- § 68 Ausschluss von Bietern;
- §§ 69 - 77 Kriterien und Nachweise der Eignung;
- §§ 78 - 90 Gestaltung der Ausschreibung, Kriterien und Anforderungen;
- § 81 Zulässigkeit von Alternativangeboten;
- § 82 Zulässigkeit von Abänderungsangeboten;
- § 83 Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen;
- §§ 95 - 98 Leistungsbeschreibung mit oder ohne Leistungsverzeichnis;
- § 99 Sonstige Bestimmungen über den Leistungsvertrag;
- §§ 106 - 116 Bestimmungen über das Angebot (auch: elektronisch);
- §§ 122 - 126 Prüfung der Angebote;
- § 127 Aufklärung der Bieter zu ihren Angeboten;
- § 129 Ausscheiden von Angeboten;
- § 130 Wahl des Angebotes für den Zuschlag.

³⁶³ BVA 9.2.2004, 05N-135/03-54.

³⁶⁴ § 23; ähnlich § 191

10.2.2 Sektorenauftraggeber

- § 229 Ausschluss von Bietern;
- §§ 228 - 234 Kriterien und Nachweise der Eignung;
- §§ 235 - 242 Gestaltung der Ausschreibung, Kriterien und Anforderungen;
- § 238 Zulässigkeit von Alternativangeboten;
- § 239 Zulässigkeit von Abänderungsangeboten;
- § 240 Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen;
- §§ 245 - 248 Leistungsbeschreibung;
- §§ 255 - 263 Bestimmungen über das Angebot (auch: elektronisch);
- §§ 267 f. Prüfung der Angebote und Aufklärung der Bieter;
- §§ 269 f. Ausscheiden von Angeboten;
- § 271 Wahl des Angebotes für den Zuschlag.

10.3 Phasen der Prüfung der Angebote

Die "Prüfung der Angebote" ist streng genommen in vier große Phasen gegliedert:

Erster Schritt: Ausschluss von Bietern (sofern notwendig).

Zweiter Schritt: Zwingendes Ausscheiden von Angeboten aus formalen Gründen.

Dritter Schritt: Prüfung jener Bieter auf ihre Eignung, die nicht a priori auszuschließen waren

Vierter Schritt: Prüfung der Angebote jener Bieter, die geeignet sind,

- **Ausschluss von Bietern:**
 Bevor die Prüfung der Bieter auf ihre Eignung und die Prüfung der Angebote, inwieweit sie den Mindestanforderungen der Ausschreibung einerseits und den Zuschlagskriterien andererseits entsprechen, durchgeführt wird, hat der Auftraggeber gegebenenfalls Bieter vom Wettbewerb auszuschließen, falls Gründe hierfür vorliegen.
 Die Gründe für den Ausschluss von Bietern vom Wettbewerb zerfallen in zwei Hauptgruppen:
 - Gründe, die mit dem fairen Wettbewerb zusammenhängen und grundsätzlich nicht mit mangelnder Eignung im Zusammenhang stehen und
 - mangelnde Eignung.
- **Zwingendes Ausscheiden von Angeboten aus formalen Gründen**
 Vor der Prüfung der Eignung (und gegebenenfalls der Feststellung, dass diese nicht gegeben ist) sind aber jene Angebote auszuschneiden, bei denen offensichtliche, nicht behebbare Mängel vorliegen - die Prüfung der Eignung wäre infolge der nicht behebbaren Angebotsmängel sinnlos.
- **Prüfung jener Bieter auf ihre Eignung, die nicht a priori auszuschließen waren:**
 Bei den verbliebenen – und für den Zuschlag in Frage kommenden³⁶⁵ – Angeboten ist als erstes die Eignung zu überprüfen.

³⁶⁵ § 123 Abs. 2

- Prüfung der Angebote jener Bieter, die geeignet sind:
Erst nach der Durchführung der ersten Prüfschritte, deren Gegenstand im Wesentlichen die Bieter und nicht die Angebote sind, sind im letzten Prüfschritt die Angebote selbst zu prüfen.

Ein geänderter oder verquickter Ablauf der Prüfschritte stellt - so die Vergabekategorie einheitlich (und schlüssig) - keine in Nachprüfungsverfahren bekämpfbare Rechtswidrigkeit dar.

10.3.1 Ausschluss von Bietern

Mögliche Gründe des Ausschlusses bestimmter Unternehmer, aus anderen Gründen als denen mangelnder Eignung

10.3.1.1 Vorarbeiten, die einen Ausschluss des Unternehmers erforderlich machen³⁶⁶

Siehe Abschnitt 4.5.1 VwGH-Erkenntnis 2005/04/0082

Praxistipp: Wie ist vorzugehen, wenn der „Vorarbeitende“ nicht ausgeschlossen werden soll und dennoch faire Wettbewerbsbedingungen gelten sollen?

- Die Vorarbeiten sind ausreichend zu dokumentieren und den Mitbewerbern mit den Ausschreibungsunterlagen (ungefragt) zur Verfügung zu stellen, so dass der „durchschnittlich fachkundige Bieter“ sie in so ausreichendem Maß verstehen kann, dass er ein ordnungsgemäßes Angebot legen kann.
- Die Angebotsfrist ist ausreichend lang festzulegen, d.h. länger als das gesetzlich zulässige Minimum.
- Es ist zu empfehlen, etwa zur halben Angebotsfrist eine Frage-Antwort-Runde abzuhalten, bei der die Fragen und die Antworten in anonymisierter Form allen Bietern zur Verfügung gestellt werden.
- Zu empfehlen ist weiters eine neutrale Auskunftsperson für Anfragen zur Ausschreibung (also nicht der „Vorarbeitende“).

10.3.1.2 Kontrolle oder Evaluierung der Tätigkeit der Erbringer anderer Leistungen³⁶⁷

Siehe Abschnitt 4.5.2

10.3.2 Zwingendes Ausscheiden von Angeboten aus formalen Gründen

Es ist zu prüfen, welche Angebote - zwingend - aus formalen Gründen auszuschneiden sind.

Das sind jedenfalls

- verspätet eingereichte Angebote,³⁶⁸
- den Ausschreibungsbedingungen widersprechende Angebote, nicht zulässige Alternativ- oder Abänderungsangebote, unvollständige Angebote und Angebote mit nicht behebbaren Mängeln oder behebbaren, jedoch nicht behobenen Mängeln³⁶⁹,
- es wurde ein Vadium verlangt und der Nachweis des Vadiums ist dem Angebot nicht angeschlossen³⁷⁰,
- Angebote von Bietern, die ein Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsverfahren nicht vor Angebotseinreichung eingeleitet haben³⁷¹.

Hier kann jegliche weitere, inhaltliche Prüfung unterbleiben.

³⁶⁶ § 20 Abs 5 bzw. § 188 Abs. 5

³⁶⁷ Mittelbar aus § 79 Abs. 9 und § 19 Abs 1 BVergG 2006 für die öffentlichen Auftraggeber ableitbar; in gleicher Weise für die Sektorenauftraggeber aus § 188 Abs 5 und § 236 Abs 5 BVergG 2006 ableitbar.

³⁶⁸ § 129 Abs 1 Z 6 bzw. § 269 Abs 1 Z 4

³⁶⁹ § 129 Abs 1 Z 7 bzw. § 269 Abs 1 Z 5

³⁷⁰ § 129 Abs.1 Z 5

³⁷¹ § 20 bzw. § 188 Abs 1

10.3.3 Prüfung der Eignung der Bieter³⁷²

Die **Eignung** (Befugnis, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) ist als **Mindestanforderung** zumindest bei jenen Angeboten, die in die engere Wahl kommen³⁷³, zu prüfen.

Die Eignung ist zwar **unternehmerbezogen** zu sehen, sie kann aber nicht losgelöst von Art, Umfang und Spezifika des jeweiligen Auftrags gesehen werden. Referenzen (als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit) können „mitgenommen“ werden, wenn die entsprechenden Kapazitäten (Personen, Geräte) übernommen wurden³⁷⁴. Referenzen „kleben“ auch an verantwortlichen Personen.

Die Befugnis, die finanzielle oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit müssen **zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung** gegeben sein; differenzierter kann die technische Leistungsfähigkeit gesehen werden, sie hat jedenfalls zu Beginn der in der Ausführung vorgesehenen Leistungsfrist gegeben zu sein³⁷⁵.

10.3.3.1 Befugnis³⁷⁶

Zur Begriff der Befugnis siehe. Abschnitt 4.1

Die Befugnis muss dem Auftragsgegenstand entsprechen, d.h. es kann sich nicht um „irgendeine“ Befugnis handeln; der sachkundige Auftraggeber sollte daher die für die Ausführung des Auftrags notwendige(n) Befugnis(se) vorgeben, ergänzt um den Zusatz „oder vergleichbare Befugnis“.

10.3.3.2 Zuverlässigkeit

„Zuverlässigkeit“ ist ein gewerberechtlicher Begriff, bezüglich dessen auch die Rechtsprechung der Höchstgerichte Aussagen trifft.

Zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit siehe Abschnitt 4.2.1

10.3.3.3 Leistungsfähigkeit

10.3.3.3.1 Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit³⁷⁷

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit siehe Abschnitt 4.3.1

Falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt, so hat er von diesen auch eine Erklärung über die solidarische Haftung gegenüber dem Auftraggeber beizubringen.³⁷⁸

10.3.3.3.2 Technische Leistungsfähigkeit³⁷⁹

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit siehe Abschnitt 4.3.2

Bezüglich der Erbringung der geforderten technischen Leistungsfähigkeit und des Nachweises dafür darf sich der Unternehmer eines oder mehrerer Subunternehmer bedienen. Ein völliger Ausschluss

³⁷² §§ 69 - 77 bzw. §§ 228 - 235

³⁷³ § 123 bzw. § 267

³⁷⁴ So etwa Vergabekammer Südbayern, Beschluss 02-02/01 vom 5.3. 2001 im Falle der Vergabe eines Tunnelbauauftrags.

³⁷⁵ VwGH 9.10.2002 2000/04/0037 [Lieferung von Heißmischgut für die Stadt Graz].

³⁷⁶ §§ 70f. bzw. § 230f.

³⁷⁷ § 74 für die öffentlichen Auftraggeber; in stark abgeschwächter Form § 231 für die Sektorenauftraggeber.

³⁷⁸ § 74 Abs 1 Z bzw § 233

³⁷⁹ § 75 BVergG 2006 für die öffentlichen Auftraggeber; in stark abgeschwächter Form § 231 für die Sektorenauftraggeber.

von Subunternehmerleistungen ist seit der "SV-Chipcard"-Entscheidung des EuGH³⁸⁰ de facto nicht mehr möglich.

VwGH: Waren für die Erbringung wesentlicher Teile der Leistung Subunternehmer mit dem Angebot bekannt zu geben, so ist deren nachträgliche Namhaftmachung unzulässig.³⁸¹

In der Ausschreibung war ein Kästchen vorgegeben, das durch die Bieter anzukreuzen war, falls die Beschäftigung von Subunternehmern vorgesehen war. Die Fa. N OEG hatte in ihrem Angebot dieses Kästchen nicht angekreuzt, sondern in ihrem Begleitschreiben darauf hingewiesen, dass im Bedarfsfall Subunternehmer beschäftigt und diese im Auftragsfall rechtzeitig genannt werden. Der Auftraggeber schied das Angebot aus, da die Fa. N OEG auch auf Aufforderung nach Angebotsöffnung zunächst keinen Subunternehmer namhaft gemacht hatte und die Kapazitäten der Fa. N OEG infolge zu geringen Personalstands für die Ausführung des Auftrags (in Höhe von ca. 1,5 Mio. Euro) nicht ausreichend waren. Der UVS Niederösterreich als Nachprüfungsbehörde bestätigte die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Fa. N OEG, wogegen diese den VwGH anrief (u.a. mit dem Argument, dass sie zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebotes noch nicht gewusst habe, ob sie zur Ausführung des Auftrags externe Kapazitäten benötige und die ÖNORM B 2110 die nachträgliche Namhaftmachung von Subunternehmern regle); das NÖ Vergabegesetz hatte bezüglich der hier anzuwendenden Vorschriften die Bestimmungen des BVergG 1997 übernommen.

Dazu der VwGH, v.a. unter Bezug auf BVergG und ÖNORM A 2050, Ausgabe 1.1. 1993:

„Würde sich die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Subunternehmer auf einen Zeitpunkt nach Zuschlagserteilung beziehen, so könnte, wie dies die belangte Behörde [UVS Niederösterreich] in ihrer Gegenschrift zutreffend bemerkt, das Angebot im Falle eines Verstoßes gegen die unter Pkt. 6 erwähnte Verpflichtung bei der Angebotsprüfung gar nicht mehr ausgeschieden werden.

War nach dem oben Gesagten die beschwerdeführende Partei (als Bieterin) verpflichtet, (bereits) im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden (wobei nach Pkt. 3.2.5 Abs. 3 letzter Satz ÖNORM A 2050 Personalüberlassungsfirmen Subunternehmern gleichzusetzen sind) und ist die beschwerdeführende Partei dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden im Grunde des § 52 Abs. 1 Z. 8 Bundesvergabegesetz 1997 zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich - anders als die beschwerdeführende Partei meint - auch nicht um einen behebbaren. Ist - wie bereits ausgeführt wurde - der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (aus diesem Grund vertreten auch Heid/Hauck/K. Preslmayr, a.a.O., die Auffassung, dass ein "Nachschieben" eines Subunternehmers nach Angebotseröffnung "grundsätzlich unzulässig" sei).

Gerade der Beschwerdefall zeigt, dass dann, wenn es dem Bieter erlaubt wäre, Subunternehmer auch nach Angebotseröffnung namhaft zu machen, es dem Auftraggeber verwehrt wäre, die Eignung des Bieters (zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - vgl. § 16 Abs. 1 BVergG) - in Ansehung einer Substitution der Leistungsfähigkeit des Bieters durch diejenige eines Subunternehmers - entsprechend zu beurteilen.“

10.3.3.4 Prüfung der Eigenerklärung

Der Gesetzgeber ermächtigt den Auftraggeber, von **bestimmten** Bewerbern oder Bieter, die sich einer Eigenerklärung bedient haben, die Vorlage **bestimmter** Nachweise verlangen.³⁸²

Anmerkung: Die Verwendung des Begriffes „bestimmt“ verlangt quasi die nominelle Kenntnis des Bieters bzw. dezidierte Nennung der Nachweise und soll verhindern, dass Auftraggeber bereits in der Angebotsphase generell von allen Bieter alle Nachweise verlangen und so das System der Eigenerklärung unterlaufen. Es steht jedoch meines Erachtens nichts dagegen, in der Phase der Angebotsprüfung dies bei den jetzt nominell bekannten Bieter zu tun, speziell dann, wenn es ggf. um das Ausscheiden eines Angebotes geht.

Bei Aufträgen > 80.000,--€ (Dienst- und Lieferleistungen) bzw. > 120.000,-- € (Bauleistungen) sind zumindest vom Bestbieter alle Nachweise zu verlangen.

³⁸⁰ EuGH, Rs. C-314/01 vom 18.3. 2004, "Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner gegen Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger", Vorabentscheidungsverfahren, vorgelegt vom Bundesvergabeamt.

³⁸¹ VwGH, 2002/04/0023 vom 29.5. 2002, „Trockenausbauarbeiten A.Ö. Krankenhaus St. Pölten“.

³⁸² § 70 Abs. 3

10.3.4 Ausscheiden von Angeboten aus inhaltlichen Gründen

Es ist zu prüfen, welche Angebote - zwingend - aus inhaltlichen Gründen auszuschneiden sind. Das sind jedenfalls:

10.3.4.1 Angebote, welche den Ausschreibungsbedingungen widersprechen³⁸³

Das sind insbesondere

- den Ausschreibungsbedingungen inhaltlich widersprechende Angebote und Alternativangebote, z.B. solche, mit denen eine der ausgeschriebenen Leistung nicht gleichwertige Leistung angeboten wird, weiters solche, deren Umfang unklar ist, ebenso unzulässige oder unvollständige Alternativangebote.
- Alternativangebote ohne ausschreibungsgemäßes Angebot, wenn Alternativangebote nur zusätzlich zu einem ausschreibungsgemäßen Angebot zugelassen worden waren;
- Angebote, bei denen die vom Auftraggeber vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen, etwa in einem Begleitschreiben oder im Text des Leistungsverzeichnisses, abgeändert wurden (hier ist aber inhaltlich zu prüfen, inwieweit es sich tatsächlich um eine Abänderung handelt).

10.3.4.2 Unvollständige Angebote³⁸⁴

Das sind jedenfalls

- Angebote, bei denen ein oder mehrere Einheitspreis(e) fehlt bzw. fehlen.
- Angebote, bei denen Teile fehlen, die für den Leistungsumfang oder die Preise relevant sind. Schwierig zu beurteilen ist, wenn beispielsweise die Seiten mit den rechtlichen Vertragsbedingungen fehlen, das Angebot aber ordnungsgemäß rechtsgültig gefertigt ist - bei kleineren Aufträgen sind nicht alle Bieter gewohnt, dass sie diese Seiten beim Angebot angeschlossen lassen müssen. Haben Sie den Verdacht, dass der Bieter manipulieren wollte, dann haben Sie ein derartiges Angebot auszuschneiden, ansonsten können Sie ein solches Angebot in der Wertung belassen.
- Nicht zulässige Teilangebote.

10.3.4.3 Unklar formulierte Angebote³⁸⁵

Häufig sind etwa Formulierungen in Begleitschreiben, die zwei oder mehr Auslegungsmöglichkeiten zu den Bestimmungen der Ausschreibung zulassen und diese zweifelhafte Formulierung nicht Nebensächlichkeiten betrifft.

Als Sonderfall sind hier beispielsweise unklare Formulierungen über Nachlässe oder Skonti anzusehen, wobei aber dann nicht das gesamte Angebot zwingend auszuschneiden sein muss, sondern die Nachlass- oder Skontobedingungen - sozusagen als Alternativangebote - nicht anerkannt werden dürfen.

³⁸³ § 129 Abs 1 Z 7 bzw § 269 Abs 1 Z 5

³⁸⁴ ebda

³⁸⁵ ebda

10.3.4.4 Angebote, die nur zur Unterbietung anderer Angebote gestellt wurden³⁸⁶

Diese Bestimmung spielt in der Praxis keine nennenswerte Rolle.

10.3.4.5 Rechnerisch fehlerhafte Angebote, sofern dies in der Ausschreibung vorgesehen wurde³⁸⁷

Angebote mit Rechenfehlern, die ihrem Absolutwert nach gerechnet 2 % oder mehr des Gesamtpreises (ohne USt) betragen, sind auszuschneiden, sofern dies in der Ausschreibung mit dem Ausscheiden des Angebotes bedroht wurde; sinngemäß gleiches gilt für Teilangebote. Bezugsgröße ist hier immer die gesondert anbietbare und vergebbare Teilleistung, d.h. Teilleistung A ist von einem Rechenfehler in Teilleistung B > 2 % nicht betroffen, wenn Teilleistung A und Teilleistung B als gesondert vergebbar (und gesondert anbietbar) ausgeschrieben worden sind.

Sofern dies in der Ausschreibung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, gilt jedenfalls ein Vorreihungsverbot für jene Angebote, die rechnerisch fehlerhaft sind³⁸⁸.

10.3.4.6 Angebote, bei denen die geforderte Aufklärung unterblieb oder nicht nachvollziehbar war³⁸⁹

Angebote – auch Alternativangebote –, bei denen eine vom Auftraggeber geforderte und sachlich begründbare Aufklärung unterblieb oder bei denen die Aufklärung nicht schlüssig ist, v.a. zum Gesamtpreis oder zu den Preisen allfälliger wesentlicher Positionen können vom Auftraggeber ausgeschlossen werden.

10.4 Prüfung der Preisangemessenheit

Spätestens ab dieser Phase der Angebotsbewertung kann sich die Prüfung auf jene Angebote beschränken, die für die Vergabe in Frage kommen³⁹⁰.

Das BVergG³⁹¹ legt fest, dass die Preisangemessenheit von Angeboten „in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird“, zu prüfen ist, wobei „von vergleichbaren Erfahrungswerten und sonst vorliegenden Unterlagen auszugehen“ ist. Methodische Grundlage der Prüfung ist, sofern sich gegenüber vergleichbaren Erfahrungswerten eine spürbare Abweichung ergibt, die bei der „vertieften Angebotsprüfung“ gesondert angeführte Zuschlagskalkulation.

Durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssachen C-76/81 („SA Transporoute et Travaux“) und C-304/96 („Hera“) wurde es als unzulässig erklärt, dass öffentliche Auftraggeber nach dem 31.12. 1992 ungewöhnlich niedrige Angebote ausscheiden, ohne dem Bieter zuvor Gelegenheit zu Aufklärung zu geben. Die mit 1.1. 1993 umzusetzende „Baukoordinierungsrichtlinie 1993“ verlangt eine Prüfung der Einzelpreise durch den Auftraggeber und schließt in Art. 30 Abs. 4

³⁸⁶ § 129 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 für die öffentlichen Auftraggeber; keine gleichartige (zwingende) Regelung für die Sektorenauftraggeber.

³⁸⁷ § 129 Abs. 1 Z 9 für die öffentlichen Auftraggeber; keine gleichartige – zwingende – Regelung für Sektorenauftraggeber).

³⁸⁸ § 79 Abs. 6

³⁸⁹ § 129 Abs.1 Z. 7 bzw. § 269 Abs 5

³⁹⁰ § 123 Abs. 2

³⁹¹ § 125 bzw. § 268

derartige Angebotsausscheidungen ohne Gelegenheit des Bieters zur Aufklärung aus, wobei dem Bieter eine angemessene Frist einzuräumen ist.

Das Bundesvergabeamt hat im Nachprüfungsverfahren N-1/98³⁹² festgestellt, dass ein Ausscheiden eines Angebotes wegen - möglicher - Unterpreise rein auf der Grundlage des Vergleichs mit Konkurrenzofferten bei der selben Ausschreibung gleichfalls unzulässig ist und dass ein derartiges methodisches Vorgehen innovative Lösungen ausschließen würde:

"Die Auftraggeberin hat die Ausscheidung des Angebotes nicht bloß mit der Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften begründet. So hat sie beispielsweise auch vorgebracht, daß ein Unterangebot, also ein nicht kostendeckend kalkuliertes Angebot vorliegt. Zur Qualifizierung als Unterangebot hat sie vornehmlich Methoden verwendet, welche im wesentlichen auf einem Vergleich mit den Preisen der anderen gelegten Angebote beruhen. Dies ist ein Widerspruch zu den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes, da es unter Berücksichtigung dieses vergaberechtlichen Grundsatzes jedenfalls nicht der Auftraggeberin obliegt, einen Preiswettbewerb zwischen den Bietern zu verhindern. Bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat (vgl. hierzu auch Oberndorfer/Straube, Kommentar zu den österreichischen Normen betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen, Rz 10 zu Pkt. 1.3.1. der ÖNORM A 2050). Ein Abstellen auf die Preise anderer eingelangter Angebote würde im Ergebnis den ökonomischen Fortschritt hemmen und gerade die wirtschaftlich innovativsten Bieter von der Erlangung öffentlicher Aufträge ausschließen."

Vor diesem Hintergrund ist klar, dass eine **Angebotsausscheidung durch ausschließliche Anwendung mathematischer Methoden völlig unzulässig** ist, da dies als wettbewerbswidrig anzusehen ist, wie der EuGH in der Rechtssachen C-103/88 („Fratelli Costanzo SpA“) und C-295/89 („Donà Alfonso“) feststellte, wobei auch in diesen beiden Anlassfällen den Bietern keine Gelegenheit zur Aufklärung der niedrigen Preise gegeben worden war. Derartige mathematische Methoden waren früher in Italien und bis vor wenigen Jahren auch in der Schweiz angewandt worden.

Selbstverständlich gilt der Grundsatz der Preisangemessenheit auch gegenüber Angeboten, die nach Auffassung des Auftraggebers durch hohe Preise gekennzeichnet sind, wobei die individuellen Bedingungen, unter denen die Leistung erbracht werden soll, auch hier der Betrachtung zugrunde gelegt werden müssen. Richtschnur für die Betrachtung wird ebenso eine seriöse Kostenschätzung des Auftraggebers sein müssen wie budgetäre Zwänge, sofern diese nicht durch Fahrlässigkeit oder Unachtsamkeit des Auftraggebers herbeigeführt wurden.

10.4.1 Vertiefte Angebotsprüfung³⁹³

Eine spezielle Form der Preisangemessenheitsprüfung ist die „vertiefte Angebotsprüfung“, die nach geltender Rechtslage **nur bei Positionen, die als wesentliche gekennzeichnet wurden**, sowie bei ungewöhnlich niedrigen Preisen heranzuziehen ist. Die "vertiefte Angebotsprüfung" ist aus den bayrischen Vergabebestimmungen abgeleitet und entspricht der inhaltlichen Ausgestaltung des Bestbieterprinzips.

Die vertiefte Angebotsprüfung kommt von den Bauvergabevorschriften her, sie kann aber zur Prüfung von Preisen in Angeboten über alle Leistungen herangezogen werden. Ausgangspunkt ist die betriebswirtschaftliche Zuschlagskalkulation, also ein Kalkulationsverfahren der **Vollkostenrechnung**.

³⁹² BVA 19.1.1998 N-1/98-15 (Brenner Eisenbahn AG, "Geologische und hydrogeologische Erkundungen, Bodenmechanik").

³⁹³ § 125 bzw. § 268

Dazu aus "Gabler Wirtschaftslexikon"³⁹⁴:

„**Zuschlagskalkulation**: In der Praxis am weitesten verbreitetes Verfahren der Kalkulation von Kostenträgern im Rahmen der Kostenträgerrechnung.

Vorgehensweise: Im ersten Schritt ordnet die Zuschlagskalkulation den Kostenträgern die für sie in der Kostenartenrechnung gesondert erfassten Einzelkosten zu.

Im zweiten Schritt werden anteilige Gemeinkosten prozentual auf der Basis von Einzelkosten zugeschlagen. (...)“

Die vertiefte Angebotsprüfung ist eine **Plausibilitätsprüfung** auf der Basis "wesentlicher Positionen"

Ausgangspunkt: Grundsatz der ordnungsgemäßen Kalkulation von Angeboten und Hintanhaltung von Spekulationen, vor allem bei wesentlichen Positionen.

Wesentliche Positionen: Jedenfalls solche Positionen, die der Auftraggeber als wesentlich kennzeichnet und die

- entweder für die Gesamtleistung von Bedeutung sind oder
- bei Massenänderungen eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken könnten.

Nicht-Bauleistungen: Es ist zunächst zu prüfen, ob die vertiefte Angebotsprüfung von der Art der Leistung bzw. Ausschreibung in Frage kommt.

Bauleistungen: Die vertiefte Angebotsprüfung ist im Regelfall möglich, die Beurteilungsmodelle können jedoch unterschiedlich sein.

10.4.1.1 Vorgangsweise

Die Überprüfung erfolgt nach verschiedenen Kriterien:

- zu hoher oder zu niedriger Gesamtpreis
- zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in den wesentlichen Positionen

Darüber hinaus ist wichtig:

- Einheitspreise der wesentlichen Positionen müssen alle nach der Zuschlagskalkulation direkt zuordenbaren Kosten enthalten.
- Einheitspreise für höherwertige Leistungen müssen höher angeboten werden als für geringerwertige Leistungen.
- Preisauflgliederung (etwa in die Anteile Lohn und Sonstiges) muss plausibel sein.
- Für Wahlpositionen gilt gleiches.

10.5 Prüfung, welche fehlenden Unterlagen nachgereicht werden können

Bei der Möglichkeit der Nachreichung von Unterlagen, bei denen zwingend die Abgabe mit dem Angebot verlangt war, gibt es zwei Denkansätze:

- Den **sehr rigorosen**, dass Angebote, bei denen bereits ein zwingend dem Angebot anzuschließender Nachweis nicht angeschlossen wurde, auszuschneiden sind.

³⁹⁴ Gabler Wirtschaftslexikon, Wiesbaden: Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler GmbH, 1993

- Den **großzügigeren**, eher der wirtschaftlichen als der formalrechtlichen Betrachtungsweise aufgeschlossenen: Danach sind alle jene Nachweise binnen angemessener Frist nachbringbar, die
 - weder an den Preisen
 - noch an der Leistung
 etwas ändern und damit den Wettbewerb beeinflussen würden, sofern der Inhalt dieser Nachweise zum Ende der Angebotsfrist beim Bieter vorgelegen hat (z.B. ein zwingend gefordertes ISO-Zertifikat).³⁹⁵

Dieser zweite Denkansatz bzw. Standpunkt ist rechtlich nicht unumstritten, wenngleich sich die Vergabekontrollinstanzen ihm des öfteren anschließen, sofern Manipulationsversuche im weitesten Sinne ausgeschlossen werden können:

Er „benachteiligt“ klarerweise den „ordentlichen Bieter“, der vor der Einreichung des Angebotes mehr Aufwand hat als jener Bieter, der mit der Nachbringbarkeit von Belegen rechnet bzw. sogar damit spekuliert.

Es könnte passieren, dass ein Bieter „spielt“ und abwartet, wie seine Position im Wettbewerb ist - falls er weit vor seinen Konkurrenten liegt, bringt er den (bei ihm vorliegenden) Nachweis nicht nach, damit sein Angebot ausgeschieden werden müsste - entlassen Sie den Bieter nicht aus der Bindungswirkung seines Angebotes, falls Sie wissen, dass der Bieter über die geforderten Nachweise verfügt bzw. für den Auftraggeber andersverfügbar sind.

Für diesen Denkansatz spricht auch, dass man anderenfalls Bieter bzw. deren Angebote auch dann ausscheiden müsste, wenn Nachweise fehlen, obwohl Sie als Auftraggeber wissen, dass der Bieter über diese Nachweise verfügt, diese aber (aus welchem Grund immer) dem Angebot nicht angeschlossen *hat* - *das kann kein inhaltlich sinnvoller Grund für die Ausscheidung eines Angebotes sein!*

Das BVergG³⁹⁶ sieht vor, dass der Auftraggeber solche Angebote ausscheiden **KANN** (aber nicht muss!).

„**Zumutbare Frist**“ für das Nachbringen von Nachweisen sollten etwa 4 Arbeitstage (maximal eine Woche) sein - werden die Nachweise binnen einer zumutbaren Frist nicht beigebracht, dann werden Sie das Angebot ausscheiden können, wenn nicht sogar ausscheiden müssen.

Zwingend geforderte Nachweise, deren Voraussetzungen zum spätesten Zeitpunkt der Einreichung eines Angebotes beim Bieter nicht vorgelegen haben, sind nicht nachbringbar, das Angebot ist daher auszuscheiden (insbesondere bezüglich Berufsberechtigung!).

³⁹⁵ So genannte "Aicher-Formel" (AICHER, Josef: Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: Österreichische Gesellschaft für Baurecht (Hrsg.): Forschungsprojekt Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters, Wien 1981).

³⁹⁶ § 129 Abs. 2

10.6 Inhaltliche Prüfung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien³⁹⁷ haben

- im Hinblick auf die Eigenart des Auftrags, also sachlich,
- im voraus in den Ausschreibungsunterlagen, soweit wie möglich in Form einer Gewichtung, allenfalls in Form einer Marge bzw. in Ausnahmefällen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung,

festgelegt zu werden und stellen jetzt den Maßstab für Bewertung und Reihung der Angebote dar. Siehe dazu auch Abschnitt 7.2 bis 7.5.

Sofern der Preis das einzige Kriterium war, ist die Wertung einfach, da es sich um ein quantifizierbares Kriterium handelt; sinngemäß gleiches gilt bei anderen quantifizierbaren Kriterien (z.B. Leistungsdaten einer Maschine oder Energieverbrauch in der Zeiteinheit).

Bei schwierig zu bewertenden Leistungen - insbesondere bei der Wertung von Kriterien, bei denen eine Quantifizierbarkeit nicht möglich ist - ist eine **Bewertungskommission** des Auftraggebers zu empfehlen (der auch externe Personen angehören dürfen, die natürlich in keinerlei Befangenheitsverhältnis zu einem der Bieter im konkreten Verfahren stehen dürfen und für die die Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflichten des Auftraggebers gelten). Wenn eine anonyme Bewertung möglich ist, wie dies häufig bei Ideen-, Entwurfs- und Planungswettbewerben gemacht wird (z.B. aber auch bei der Bemusterung mit Möbeln), dann sollte davon Gebrauch gemacht werden.

Die Bewertung nach (vorgegebenen) wirtschaftlichen Parametern ist im Normalfall völlig unproblematisch, schwieriger ist es mit der Bewertung äußerlicher Merkmale, soweit nicht Ästhetik oder Design aus sachlichen Gründen als Kriterien in Betracht kommen.

Subjektive Momente sind nicht immer vermeidbar (z.B. bei der Bewertung von Möbeln, aber auch von Schutzkleidung), stellen allerdings im Normalfall als Teil der Kollektivmeinung der Kommission kein vergaberechtliches Problem dar.

Sofern nicht ausschließlich nach dem Billigstbieterprinzip vorgegangen wird, hat der Auftraggeber im Rahmen der Zuschlagskriterien einen Ermessensspielraum, innerhalb dessen er die Angebote zu bewerten hat.

Eine besondere Bedeutung spielen **Referenzen**, da sie auf die Gleichartigkeit von in der Vergangenheit vom Bieter erbrachter Leistungen abstellen, d.h. es ist ein zwar „sachlicher“, allerdings vergangenheitsorientierter Vergleich. Referenzen sind „Grenzgänger“ zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien, nach der „reinen Lehre“ dürfen sie nur einmal zur Bewertung herangezogen werden, d.h. **entweder** nur bei den Eignungskriterien **oder** aber nur bei den Zuschlagskriterien (*sonst könnte eine „Doppelmühle“ aufgemacht werden*).

Die Praxis ist komplexer, so unterscheiden beispielsweise HEIERMANN – RIEDL – RUSAM zwischen „allgemeiner Eignung“ und „besonderer Eignung“; für die „allgemeine Eignung“ wird im Normalfall eine (einzige), tatsächlich vergleichbare Referenz ausreichend sein.

³⁹⁷ § 2 Z 20d

Sofern es sich um „ganz einfache“ Leistungen handelt, wird eine tatsächlich vergleichbare Referenz ausreichend sein. Bei „durchschnittlichen“ Leistungen sollten 3 Referenzen ausreichend sein. Bei sehr schwierigen Leistungen können es mehr als 3 Referenzen sein, es ist jedoch zu überlegen, ob nicht, neben 3 Referenzen, Gespräche mit den für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bietern, wie sie sich die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vorstellen, zielführender sind.

Bei der inhaltlichen Bewertung der Angebote darf nicht von den in der Ausschreibung vorgegebenen Bewertungsmodalitäten abgegangen werden - siehe diesbezüglich etwa Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18.7. 1998 im Feststellungsverfahren F-5/98, wo im Zuschlagsverfahren nicht durch die Ausschreibungsbestimmungen gedeckte Punkteabzüge vorgenommen wurden:

"Aus der Wortfolge 'gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien' in § 53 BVerG ist ferner im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Bekanntmachungspflicht (vgl. EuGH vom 20.09.1988, Rs. C31/87, Gebroeders Beentjes gegen Königreich der Niederlande, Rz 34f; EuGH vom 22.6.1993, Rs C-243/89, 'Storebaelt' Rz 37f; EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, 'Wallonische Autobusse', Rz 70f) abzuleiten, dass bei der Bestbieterermittlung nicht von den in der Ausschreibung getroffenen Festlegungen abgegangen werden darf. Laut Ausschreibung waren die Referenzen nur zur Beurteilung der Kriterien 12b und 12c vorgesehen. Da die Auftraggeberin sie offenbar auch bei allen anderen Kriterien bewertet hat, ist sie insoweit von den in der Ausschreibung getroffenen Festlegungen abgegangen und verletzt daher die vorgenommenen Punkteabzüge das Gebot zur Ermittlung des wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebotes gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien i.S.d. § 99 BVerG."

Ebenso klar ist, dass die Bieter die Zuschlagskriterien in gleicher Weise verstehen können müssen (BVA mit Bescheid vom 2.7.1997, Nachprüfungsverfahren 4/97):

"Selbst wenn der Auftraggeber einem an sich zulässigen Angebot den Zuschlag erteilt hätte, hätte er gegen das Bestbieterprinzip verstoßen, indem er das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot nicht gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien ausgewählt hat. Im Hinblick auf das Bestbieterprinzip verpflichtet § 67 Abs 3 BVerG den Auftraggeber, in den Ausschreibungsunterlagen "... alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, grundsätzlich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben". § 74 Abs.1 BVerG verhält den Auftraggeber dazu, die Leistungen eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Diese einzelnen Bestimmungen sollen dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zum Durchbruch verhelfen, indem jeder Bieter in die Lage versetzt wird, alleine aufgrund der Angaben in der Leistungsbeschreibung und ohne zusätzliche Informationen ein technisch und wirtschaftlich optimales Angebot zu legen. Der Auftraggeber wollte bestimmte Leistungskombinationen vermeiden ("Friktionsanleger"), worüber er die Bewerber jedoch in den Ausschreibungsunterlagen nicht informiert hat. Die spätere Zuschlagsempfängerin kannte die Aufgabenstellungen im Bereich des Auftraggebers seit Jahren und hat deshalb keinen "Friktionsanleger" angeboten, wie ihn ein anderer Bieter verwendet. Das Bundesvergabegesetz geht jedoch davon aus, dass es einem Bieter alleine aufgrund der Ausschreibungsunterlagen möglich sein muss, die Erfordernisse ("Aufgabenstellungen") des Auftraggebers zu erkennen, ohne bereits seit längerer Zeit mit diesem in Geschäftsbeziehungen zu stehen. Der Auftraggeber hat seine Ausschreibungsunterlagen daher - wie oben bereits ausgeführt - so zu gestalten, dass ein Informationsvorsprung einzelner Bieter möglichst verhindert wird."

Das bedeutet, dass bei einem Abgehen von den festgelegten Kriterien jedenfalls gegen den Wettbewerbsgrundsatz, aber auch gegen das Sachlichkeitsgebot verstoßen wird.

Das bedeutet jedoch nicht, dass dadurch das Ermessen des Auftraggebers vollständig eingeschränkt würde, wie das Europäische Gericht (1. Instanz) mit Entscheidung vom 8.5.1996, Rs. T-19/95, Adia interim SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, erkannte:

Die Europäische Kommission schrieb periodisch, so auch 1994, Rahmenverträge für die Überlassung von Leiharbeitern an die Kommission aus. Aus Ziffer 2 dieser Ausschreibung ergab sich, dass die Kommission beabsichtige, Rahmenverträge mit drei Leiharbeitsunternehmen zu schließen.

- 2 In Ziffer 15 der Ausschreibung wurden folgende Kriterien für die Erteilung des Zuschlags aufgestellt: Fähigkeit, das breitgefächerte Aufgabenspektrum abzudecken sowie Sprachkenntnisse
Organisation, Kundendienst und Verfügbarkeit
Preis.
- 3 Die Berechnung des Preises war nach Anweisung vorzunehmen, die in den Verdingungsunterlagen festgelegt waren. Die Bieter mussten aufgrund von der Kommission angegebenen Referenzlöhnen für jede Art von Leistungen zunächst einen Nettostundenlohn, sodann einen Bruttostundenlohn und anschließend einen in Rechnung gestellten Stundentarif aufstellen. Dieser bildet den Angebotspreis.

[Die notwendige Umrechnung von belgischen Franc in ECU und ein dadurch verursachter systematischer

Rechenfehler der Klägerin bleiben von der weiteren Betrachtung ausgeklammert, da dies hier ohne Belang ist.] (...)

- 7 Die Angebote wurden am 6. Oktober 1994 eröffnet. Bei der Bewertung der Angebote, die die formalen Voraussetzungen und die Auswahlkriterien erfüllten, vergab der Auswahlausschuß für das Kriterium Abdeckung des Aufgabenspektrums sowie Sprachkenntnisse 30 Punkte, für das Kriterium Organisation, Kundendienst und Verfügbarkeit 30 Punkte und für das Preiskriterium 40 Punkte.
- 8 Wie sich aus Anhang 7 Buchstabe d des Protokolls des Auswahlausschusses ergibt, in dem die Bewertung der drei Zuschlagskriterien zusammengefaßt wird, kam die Klägerin nach der Prüfung der Kriterien Abdeckung des Aufgabenspektrums sowie Sprachkenntnisse einerseits und Organisation, Kundendienst und Verfügbarkeit andererseits auf den zweiten Platz.
- 9 Bei der Prüfung des Preiskriteriums wandte der Auswahlausschuß folgende Formel an: Er bewertete das preisgünstigste Angebot mit der Höchstzahl von Punkten (40) und zog sodann von den anderen Angeboten entsprechend der Preisspanne, um die diese das preisgünstigste Angebot überstiegen, 5 Punkte ab. So erhielten die Angebote, die bis zu 5 % teurer waren als das preisgünstigste Angebot, 35 Punkte, die Angebote, die 5 % bis 10 % teurer waren, 30 Punkte, die Angebote, die 10 % bis 15 % teurer waren, 25 Punkte und so weiter bis zu einem Minimum von 10 Punkten. Da die von der Klägerin vorgeschlagenen Preise die des preisgünstigsten Angebots um mehr als 50 % überstiegen, erhielt das streitige Angebot nur 10 Punkte für das Preiskriterium, und die Klägerin fiel vom zweiten auf den zehnten Platz zurück.
- 10 Die drei von der Kommission berücksichtigten Angebote erhielten 73 und 74 Punkte. Das Angebot der Klägerin erhielt 58 Punkte (28 für das Kriterium Abdeckung des Aufgabenspektrums sowie Sprachkenntnisse, 20 für das Kriterium Organisation, Kundendienst und Verfügbarkeit und 10 für das Preiskriterium).“(...)
- 49 Schließlich ist der Kommission kein offensichtlicher Fehler bei der Beurteilung der organisatorischen Fähigkeiten der Klägerin unterlaufen. Die Kommission verfügt nämlich über einen weiten Spielraum bei der Beurteilung der Gesichtspunkte, die bei einer Entscheidung über die Vergabe eines ausgeschriebenen Auftrags zu berücksichtigen sind, und die Kontrolle des Gerichts muss sich auf die Nachprüfung der Frage beschränken, ob kein schwerer und offenkundiger Fehler vorliegt (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 23. November 1978 in der Rechtssache 56/77, Agence européenne d'intérims/Kommission, Slg. 1978, 2215, Randnr. 20). Im vorliegenden Fall ist jedoch hinsichtlich der Note, die der Klägerin für ihren Kundendienst gegeben wurde, nicht bestritten worden, dass das Angebot der Klägerin im Unterschied zu dem der Firma Ecco keinen Hinweis auf die Qualität des Kundendienstes enthielt, zu dem sie sich verpflichtete, so dass der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie der Firma Ecco für ihren Kundendienst drei Punkte mehr gegeben hat als der Klägerin. Was die der Klägerin für ihre Verfügbarkeit gegebene Note betrifft, so hat sie sich im Unterschied zur Firma Ecco in ihrem Angebot nicht verpflichtet, ständig eine „Kontaktperson“ in den Räumlichkeiten der Kommission zu haben, so dass der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie der Firma Ecco für ihre Verfügbarkeit zwei Punkte mehr gegeben hat als der Klägerin.
- 50 Im übrigen bezieht sich [der von der Klägerin geltend gemachte] Artikel 37 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 92/50, wonach der Auftraggeber prüfen muss, ob sich die Bedingungen des Angebots nicht aus der Wirtschaftlichkeit der Dienstleistung, den gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der fragliche Bieter bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt, oder aus der Originalität seiner Dienstleistung ergeben, auf ein Angebot, das ungewöhnlich niedrig zu sein scheint, während es im vorliegenden Fall um ein Angebot geht, das ungewöhnlich hoch erscheint.
- 51 Aus alledem ergibt sich, dass die Kommission weder die Grundsätze der Gleichbehandlung und der ordnungsgemäßen Verwaltung noch Artikel 99 Buchstabe h Nr. 2 der Verordnung Nr. 3418/93 verletzt hat und dass ihr auch kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen ist.“ (...)

Mit diesem Urteil erfolgt ein klares Votum für einen Ermessensspielraum des Auftraggebers, der allerdings sachlich an die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gebunden ist.

10.7 Aufklärungsgespräche (während der Zuschlagsfrist)

Sinn von Aufklärungsgesprächen während der Zuschlagsfrist ist es,

- Unklarheiten zu beseitigen bzw. Mängel zu beheben,³⁹⁸
- nicht jedoch Verhandlungen über den Preis oder den Auftragsgegenstand zu führen. Dies ist nur im Verhandlungsverfahren und nur in den vorgegebenen Verhandlungsrunden möglich.

In Konkretisierung des Wettbewerbsprinzips dürfen nur behebbare, nicht jedoch unbehebbar Mängel aufgeklärt werden und dem (den) betroffenen Bieter(n) ist eine Chance zu geben, die jedoch nichts am Ergebnis des Wettbewerbs ändern darf.

Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes im Nachprüfungsverfahren N-10/98 mit Bescheid vom 3.4. 1998:

Die Relevanz der bereits grundsätzlich unzulässigen nachträglichen Angebotsänderung ergibt sich auch aus den durch diese beim Bieter eintretenden Kosten, deren Übernahme er unzulässigerweise beim Aufklärungsgespräch zusagte. Eine kostenrelevante Änderung des Leistungsinhalts stellt inhaltlich eine unzulässige nachträgliche Reduktion des angebotenen Preises dar und ist ein unzulässiges Nachtragsangebot, welches der Bestimmung des § 96 Abs 1 BVergG (Verhandlungsverbot) wie auch dem Gleichbehandlungsgebot (§ 21 Abs 1 BVergG) widerstreitet."

Aufklärungsgespräche haben **kommissionell** zu erfolgen³⁹⁹ und mit einem Aktenvermerk dokumentiert werden, um Transparenz bemühte Auftraggeber werden einen derartigen Aktenvermerk auch dem betroffenen Bieter zur Kenntnis bringen oder sogar mit dem Bieter gemeinsam erstellen.

Speziell im Falle von Vergabekontrollverfahren kommt dem Ergebnis von Aufklärungsgesprächen und deren Dokumentation große Bedeutung zu.

10.7.1 Prüfvermerk des Auftraggebers auf Angeboten

Das BVergG legt diesbezüglich - wörtlich - nur fest, dass Berichtigungen im Angebot (selbst) zu vermerken sind⁴⁰⁰. Derjenige, der die Angebote prüft, hat einen Prüfvermerk auf dem Angebot vorzunehmen, ob das Angebot

- vollständig,
- sachlich richtig,
- rechnerisch richtig

ist, allfällige Korrekturen sind im Angebot vorzunehmen.

³⁹⁸ § 127 für die öffentlichen Auftraggeber; keine vollständig vergleichbare Regelung für die Sektorauftraggeber, bei diesen sieht § 268 lediglich eine Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung vor.

³⁹⁹ § 127 Abs 3 für die öffentlichen Auftraggeber; keine vergleichbare Regelung für Sektorauftraggeber.

⁴⁰⁰ § 124 Abs 2 für die öffentlichen Auftraggeber; keine vergleichbare Regelung für Sektorauftraggeber.

11 Niederschrift über die Angebotsprüfung⁴⁰¹ und den Vergabevorschlag⁴⁰²

Die Niederschrift wird im Wesentlichen aus folgenden Teilen bestehen:

- Allenfalls: **Vorgeschichte** (Ursache für den Beschaffungsvorgang; Kostenschätzung; Genehmigungsvorgänge).
- Allenfalls: Zahl der behobenen Ausschreibungsunterlagen.
- Wichtig und sinnvoll wird es sein, gegebenenfalls **Anfragen** der Bieter zum Angebot, die während der Angebotsfrist erfolgt sind, zu dokumentieren
- **Angebotsöffnung** und deren Ergebnis.
- Dokumentation der **Prüfschritte**, jedenfalls Feststellungen zu ausgeschiedenen Angeboten (welche Angebote und aus welchen Gründen) und Anführung der Angebote, die nicht zwingend auszuschneiden waren.
- **Ergebnis der inhaltlichen Prüfung** jedes in die engere Wahl kommenden Angebotes für sich (keine Vergleiche mit Konkurrenzofferten!). Sinn: Der Bieter hat das Recht auf Einsichtnahme in den sein Angebot betreffenden Teil des Prüfberichtes, nach österreichischer (und bundesdeutscher) Rechtslage aber nicht in die Teile, die die Angebote der Konkurrenten betreffen.
- Als Bestandteil des vorigen Punktes: Gegebenenfalls Ersuchen um Aufklärung an die einzelnen Bieter und Ergebnis der Aufklärung (steht auch jedem Bieter bezüglich Einsichtnahme in sein Angebot offen).
- Davon getrennter Berichtsteil: **Vorschlag für die Zuschlagserteilung** als Ergebnis der inhaltlichen Bewertung der einzelnen Angebote, d.h. hier auch mit Vergleichen zwischen den Angeboten. Jedenfalls sinnvoll, wenn nicht sogar notwendig: **Vergleich mit der Kostenschätzung**.

Bei kommissioneller Angebotsprüfung werden die Kommissionsmitglieder den Bericht oder aber zumindest das Ergebnis der inhaltlichen Angebotsprüfung zu fertigen haben.

⁴⁰¹ § 128 für die öffentlichen Auftraggeber; keine vergleichbare Regelung für Sektorauftraggeber.

⁴⁰² § 130 bzw § 271.

12 Berichts- und Verständigungspflichten

12.1 Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Von der Zuschlagsentscheidung sind der (bei Teilvergaben: die) erfolgreiche(n) Bieter und alle erfolglosen Bieter zu verständigen,⁴⁰³ bevor die Zuschlagserteilung erfolgt (Folge des „Ökopunkte-Urteils“ des EuGH⁴⁰⁴). Gibt es nur mehr einen Bieter im Zuschlagsverfahren, vorausgesetzt, dass Bieter, deren Angebote zwingend auszuschneiden waren, bereits ausreichend lange vor her verständigt worden waren, so kann die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung selbstverständlich entfallen.

Zwischen der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an die Bieter und der vorgesehenen Zuschlagserteilung mittels Auftragschreibens ist gemäß BVergG⁴⁰⁵ eine 10-tägige Stillhaltefrist⁴⁰⁶ einzuhalten, die mit einer Verständigung an die Bieter zu laufen beginnt; bei beschleunigten Verfahren wegen Dringlichkeit sowie bei Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich beträgt die Stillhaltefrist 7 Tage.

Eine Zuschlagserteilung (im Anwendungsbereich der Vergabegesetze) innerhalb dieser Frist ist mit Nichtigkeit bedroht und kann mit entsprechenden Schadenersatzpflichten des Auftraggebers behaftet sein.

12.2 Bekanntgabe der Zuschlagserteilung

Von der Zuschlagserteilung ist nur mehr der erfolgreiche Bieter zu verständigen.

12.3 Vergabevermerk

Im Oberschwellenbereich haben die öffentlichen Auftraggeber verpflichtend einen so genannten „Vergabevermerk“ zu erstellen.⁴⁰⁷

Der **Vergabevermerk** hat zu enthalten:

- den Namen und die Anschrift des Auftraggebers,
- Gegenstand und Wert des Auftrages (im weitesten Sinne),
- die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
- die Namen der ausgeschlossenen Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Ablehnung sowie die Namen der Bieter deren Angebote ausgeschieden wurden und die Gründe für das Ausscheiden,

⁴⁰³ § 131 bzw § 272

⁴⁰⁴ EuGH, Rs. C-81/98 Alcatel Austria AG u.a., Siemens AG Österreich, SAG-Schrack Anlagentechnik AG gegen Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr, Urteil vom 28.10. 1999. Dieses Problem trifft direkt nicht nur Österreich, sondern auch die Bundesrepublik Deutschland, das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland, das Königreich der Niederlande, das Königreich Dänemark, das Königreich Schweden und indirekt fast alle übrigen Mitgliedstaaten, auch Frankreich.

⁴⁰⁵ § 132 bzw 273

⁴⁰⁶ Diese Frist wird durch das Urteil des EuGH nicht bestimmt.

⁴⁰⁷ § 136 - nur- für die öffentlichen Auftraggeber.

- den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes sowie – falls bekannt – den Anteil des Auftrages bzw. den Anteil an der Rahmenvereinbarung, den der erfolgreiche Bieter an Dritte weiterzugeben beabsichtigt,
- ausgenommen bei Baukonzessionsverträgen - die Begründung gemäß den §§ 36 und 42 für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens, eines wettbewerblichen Dialoges oder eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung,
- gegebenenfalls die Gründe, aus denen der Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrages, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems verzichtet hat.

Bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich ist der Vergabevermerk oder sind dessen Hauptpunkte der Kommission auf Anfrage zu übermitteln.

Bei Auftragsvergaben unter 120.000 € kann von der Erstellung eines Vergabevermerks bzw. eines Vermerks über den Widerruf eines Vergabeverfahrens Abstand genommen werden.

Der Vergabevermerk dokumentiert in nachvollziehbarer Weise die wichtigsten Daten eines Vergabeverfahrens.

Die Sektorenauftraggeber haben gemäß § 277 BVergG 2006 eine eingeschränkte Berichtspflicht und es gilt eine 4-jährige (Mindest-)Aufbewahrungspflicht (für die öffentlichen Auftraggeber gilt eine 7-jährige Aufbewahrungspflicht).

12.4 Statistikpflichten oberhalb der EU-Schwellenwerte⁴⁰⁸

Das bedeutet, dass Anzahl und Summe getrennt nach Lieferaufträgen, Bauaufträgen, Dienstleistungsaufträgen nach Anhang III BVergG und Dienstleistungsaufträgen nach Anhang IV BVergG je Jahr bis spätestens 31.8. des Folgejahres an die Europäische Kommission bekannt zu geben sind.

Unterhalb der Schwellenwerte sind - gegebenenfalls - nur die Auftraggeber nach Anhang V BVergG betroffen.

⁴⁰⁸ § 44 bzw § 205

13 Widerruf der Ausschreibung

Endet das Vergabeverfahren nicht mit dem Zuschlag, so endet es entweder mit einem förmlichen Widerruf⁴⁰⁹ oder einem faktischen Widerruf⁴¹⁰.

13.1 Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung

13.1.1 Widerruf vor Angebotsöffnung⁴¹¹

Wird die Ausschreibung vor Angebotsöffnung widerrufen, so ist der beabsichtigte Widerruf bei Verfahren mit Bekanntmachung genau so bekannt zu machen wie die Ausschreibung selbst, bei einstufigen nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren sind die vom Auftraggeber zur Angebotseinreichung eingeladenen Bewerber zu verständigen.

13.1.2 Widerruf nach Angebotsöffnung⁴¹²

Analog zum Zuschlagsverfahren ist auch beim Widerruf – hier: nach Angebotsöffnung – die Entscheidung des Auftraggebers allen Bietern, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden, bekannt zu geben, und zwar unter Angabe der maßgeblichen Gründe sowie des Endes der Stillhaltefrist des Auftraggebers⁴¹³. Dies gilt auch für Verfahren mit nur einem Bieter⁴¹⁴.

13.2 Stillhaltefrist

Die Stillhaltefrist beträgt im Oberschwellenbereich 10 Tage, im Unterschwellenbereich und bei Verfahren mit nur einem Bieter 7 Tage⁴¹⁵.

13.3 Verzicht auf die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung

Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber auf die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung verzichten und ohne Stillhaltefrist direkt den Widerruf erklären⁴¹⁶.

Anmerkung: Er vermeidet damit zwar ein Nachprüfungsverfahren, riskiert aber ein Feststellungsverfahren und die Aufhebung des Widerrufs mitten in einem neuen Verfahren.

13.4 Widerrufserklärung

Wird die Widerrufsentscheidung nicht oder nicht erfolgreich bekämpft, so kann der Auftraggeber die Ausschreibung widerrufen, wobei die Widerrufserklärung (allen Bietern, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden) bekannt zu geben ist.

⁴⁰⁹ §§ 138 und 139 bzw. § 278

⁴¹⁰ § 140 Abs. 9 bzw. 279 Abs. 9

⁴¹¹ § 138

⁴¹² § 139

⁴¹³ § 140 Abs. 1

⁴¹⁴ § 140 Abs. 1 Z 4

⁴¹⁵ § 140 Abs. 4

⁴¹⁶ § 140 Abs. 7

13.5 Aussitzen (de-facto-Widerruf)

Stellt das BVA - auf Antrag einer Bieters - fest, dass nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Vergabeverfahrens der Auftraggeber dieses weder durch Zuschlag noch durch Widerruf beendet noch in sonstiger angemessener Weise fortgeführt hat, so gilt dies als Erklärung des Widerrufs.

14 Wichtige websites auf dem Gebiet des Vergabewesens

<http://www.ris.bka.gv.at>

Abrufbar sind die Entscheidungen der Vergabekontrollorgane des Bundes (1994 - Ende 2001 und ab 1.9. 2002), der weiters der Höchstgerichte (VfGH, VwGH und OGH) sowie vereinzelte Entscheidungen der Vergabekontrollorgane der Länder, ferner über die Datenbank CELEX die Urteile des EuGH und Schlussanträge der Generalanwälte (wichtig vor allem für Verfahren vor dem 17.6. 1997, die über die Homepage des EuGH nicht abrufbar sind).

<http://www.bva.gv.at>

Abrufbar sind die – anonymisierten – Entscheidungen des Bundesvergabeamtes, sowohl in Form von Volltextdokumenten als auch in Form von Rechtssatzdokumenten.

<http://curia.europa.eu/>

Abrufbar sind die Urteile des EuGH und die Schlussanträge der Generalanwälte, jeweils ab dem 17.6. 1997; praktisch alle Dokumente sind (auch) in deutscher Sprache abrufbar.

<http://simap.eu.int>

Abrufbar sind v.a. die Standardformblätter für die Bekanntmachungen von Ausschreibungen, Vorinformationen und Auftragserteilungen sowie das gemeinsame Vergabevokabular (CPV).

<http://www.bmwfj.gv.at/Tourismus/HistorischeBauten/Seiten/StandardisierteLeistungsbeschreibungen.aspx>

Hier ist „Die Bauausschreibung“ abrufbar; die Autoren DI Dr. Dieter Offterdinger, DI Andrea Ilg und Ing. Rudolf Resch gehen in diesem Werk in fundierter Weise auf wichtige Punkte für die korrekte Anwendung standardisierter Leistungsbeschreibungen ein.
