

Leitfaden zu den einzelnen Fallgruppen des "neuen" Bestbieterprinzips nach §79 Abs 3 BVergG

| Tatbestand | Wann ist Tatbestand erfüllt? | Anmerkungen/Erläuterungen |
|---|--|---|
| <p>Z1 – geistige Dienstleistung (§ 2 Z 18)</p> | <p>Geistige Dienstleistungen sind Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung ist in der Regel nicht möglich (§ 2 Z 18 BVergG).</p> | <p>Es bedarf eines originären und kreativen Elements des Lösungsansatzes; wesentlicher Leistungsinhalt ist eine gedanklich konzeptive Tätigkeit, selbst wenn sie in Form eines körperlichen Werkes zugänglich gemacht wird (zB in einem Plan, Konzept etc). Beispiele: Planungs- und Forschungsleistungen, Softwareentwicklung (IT-Lösungen), Werbekonzepte usw. Es müssen im Wesentlichen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Unmöglichkeit einer vollständigen und eindeutigen konstruktiven Leistungsbeschreibung und Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit. Ziel der über den Preis hinausgehenden Zuschlagskriterien sollte es sein, den Mehrwert eines Angebots (bzw Bieters) im Hinblick auf die anstehende Dienstleistung zu bemessen (Erfahrung, Ausbildung, Qualität eines Konzepts etc). Diese Bemessung des qualitativen Mehrwerts kann zB im Wege der Bewertung von Präsentationen, Hearings, Fragerunden oder auch (nur) der Bewertung von Planentwürfen oder Konzepten erfolgen. Es kann also neben der Qualität des Angebots auch die Qualität des Bieters (des für die Auftragsabwicklung einzusetzenden Schlüsselpersonals) bewertet werden.</p> |
| <p>Z2 – ausdrückliche Zulassung von Alternativangeboten (§ 81 Abs 1)</p> | <p>Alternativangebote (=ein vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt abweichendes Angebot, das eine gleichwertige Leistung enthält) sind nur zulässig, wenn der AG diese in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zulässt und <u>dürfen nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot</u></p> | <p>Ein Alternativangebot muss vom Bieter immer als solches gekennzeichnet werden. Mindestanforderungen für Alternativangebote müssen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt und inhaltlicher Art sein (zB betreffend Preis, bestimmte Vertragsregelungen, Ausführungsfrist, Erfüllung Bescheid-Auflagen, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert); ein bloßer Verweis, dass eine technisch gleichwertige Ausführung oÄ vorliegen muss, ist nicht ausreichend. Hintergrund dieser Regelung ist die Vermutung des Gesetzgebers,</p> |

| | | |
|--|---|--|
| | <p><u>gelegt werden</u> (sofern nichts anderes in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurde). Zur Vergleichbarkeit <u>müssen Mindestanforderungen</u> an die Alternativangebote in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden; nur Angebote, die diese Anforderungen erfüllen, dürfen im Verfahren berücksichtigt werden.</p> | <p>dass der Preis unzureichend ist, um Hauptangebote und Alternativangebote vergleichend zu bewerten. Ziel der über den Preis hinausgehenden Zuschlagskriterien sollte es daher sein, den Mehrwert von Alternativangeboten im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung zu bemessen (kürzere Bauzeit, Umweltschonung etc).</p> |
| <p>Z3 – Beschreibung der Leistung erfolgt im Wesentlichen funktional (§ 95 Abs 3)</p> | <p>Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung werden die Leistungen als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben (§ 95 Abs 3).</p> | <p>Prinzipiell besteht ein Wahlrecht des Auftraggebers, ob er Leistungen funktional oder konstruktiv beschreibt (§ 95). Wann eine Leistungsbeschreibung "im Wesentlichen" funktional erfolgt, ist jedoch unklar: Laut den Materialien soll die Verpflichtung zur Wahl des Bestbieterprinzips "nur dann greifen, wenn bei einer Gesamtbetrachtung die Leistungsbeschreibung dergestalt erfolgt, dass die Vergleichbarkeit der Angebote deswegen nicht gewährleistet ist, weil wesentliche Elemente in funktionaler Weise ausgeschrieben werden" (RV 776, 25. GP, S. 7). Sofern also wesentliche Leistungsteile bzw Hauptleistungen (nur) funktional beschrieben werden (können), muss wohl idR eine Vergabe nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.</p> <p>Hintergrund dieser Regelung ist die Vermutung des Gesetzgebers, dass der Preis unzureichend ist, um auf (bloß) funktionalen Leistungsbeschreibungen basierende Angebote vergleichend zu bewerten, da diese die ausgeschriebene Funktionalität der Leistung uU auf unterschiedliche Art gewährleisten. Ziel der über den Preis hinausgehenden Zuschlagskriterien sollte es daher sein, die in den jeweiligen Angeboten vorgesehenen unterschiedlichen Wege der Zielerfüllung vergleichend zu bewerten. Dies ist aus AG-Sicht natürlich oftmals nicht vorhersehbar. Es muss aber versucht werden, einen sinnvollen Ausgleich zwischen Preis und Qualität zu finden.</p> |
| <p>Z4 – Ausschreibung erfolgt im Verhandlungsverfahren,</p> | <p>Jeweils wenn aufgrund der Ausnahmetatbestände der §§ 28 Abs 1 Z 3, 29 Abs 1 Z 2, 30 Abs 1 Z 2 die</p> | <p>Eine vorherige globale Preisgestaltung ist unmöglich, wenn der Leistungsgegenstand sehr komplex oder wenig beschreibbar ist und daher erst nach Durchführung von Verhandlungen</p> |

| | | |
|--|--|--|
| <p>weil es sich um Leistungen handelt, die aufgrund ihrer Natur oder der mit der Erbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen (§§ 28 Abs 1 Z 3, 29 Abs 1 Z 2, 30 Abs 1 Z 2)</p> | <p>Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Verhandlungsverfahren durchgeführt wird.</p> | <p>vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Die Unmöglichkeit der globalen Leistungsbeschreibung ist anhand von objektiven Kriterien zu beurteilen und muss in der Natur des ausschreibungsgegenständlichen Leistungsgegenstandes liegen (darf also nicht durch den AG herbeigeführt sein). Hintergrund dieser Regelung ist die Vermutung des Gesetzgebers, dass der Preis unzureichend ist, um Angebote vergleichend zu bewerten, die auf so ungenauen Leistungsbeschreibungen basieren. Ziel der über den Preis hinausgehenden Zuschlagskriterien sollte es daher sein, die unterschiedlichen Lösungsansätze in den jeweiligen Angeboten vergleichend zu bewerten.</p> |
| <p>Z5 – In der Ausschreibung wird von geeigneten Leitlinien (§ 97 Abs 2 und § 99 Abs 2) abgewichen</p> | <p>Wenn in den Ausschreibungsunterlagen von einzelnen geeigneten Leitlinien, also vor allem von ÖNORMEN, abgewichen wird und (zusätzlich, RV 776, 23. GP, 8) daher eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gegeben ist.</p> | <p>Grundsätzlich haben AG bei der Erstellung der Ausschreibung geeignete Leitlinien (zB ÖNORM B2110 für Bauleistungen) heranzuziehen. Der AG darf aber in einzelnen Punkten von den Leitlinien abweichen (wenn er die Gründe dafür festhält); die Judikatur ist relativ großzügig bei der Beurteilung der (zulässigen) Abweichung von Leitlinien. Wann aufgrund der Abweichung von Leitlinien keine Vergleichbarkeit von Angeboten (mehr) vorliegt, ist schwierig zu beurteilen (und wird vom Gesetzgeber auch nicht erläutert). Dies wird wohl insbesondere dann der Fall sein, wenn die abweichende Regelung in der jeweiligen Branche sehr unüblich ist und daher bei Bietern eine risikoreichere Kalkulation bzw verschiedene Kalkulationsansätze bewirkt. Wenn dies dazu führt, dass die Angebote nicht mehr vergleichbar sind, ist das Bestbieterprinzip anzuwenden. Ziel der über den Preis hinausgehenden Zuschlagskriterien sollte es wiederum sein, die unterschiedlichen Lösungsansätze in den jeweiligen Angeboten vergleichend zu bewerten.</p> |
| <p>Z6 – Die zu erbringenden Dienstleistungen sind dergestalt, dass vertragliche</p> | <p>Insbesondere bei Dienstleistungen iSd Anhang III, Kategorie 6 (=Finanzdienstleistungen: Versicherungs- und Bankenleistungen und Wertpapiergeschäfte). Daneben auch bei geistigen Dienstleistungen</p> | <p>Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ist im Gegensatz zu Z4 gesetzlich nicht gefordert! Ähnlich wie Ziffer 4 (Leistungen, die aufgrund ihrer Natur oder der mit der Erbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen); hier ist aber das Problem</p> |

| | | |
|--|---|---|
| <p>Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass eine Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung erfolgen kann (§ 30 Abs 1 Z 3)</p> | <p>und Planungsdienstleistungen.</p> | <p>einer Festlegung von Vertragsbestimmungen im Vorhinein nicht möglich (während Ziffer 4 eher auf eine eingehendere Definition und "Absteckung" des technischen Leistungsgegenstandes abzielt). Im Resultat gilt für beide Ziffern: erst nach Verhandlungen mit den Bietern liegen kalkulierbare und vergleichbare Angebote vor.</p> <p>Hintergrund dieser Regelung ist die Vermutung des Gesetzgebers, dass der Preis unzureichend ist, um Angebote vergleichend zu bewerten, die auf Verträgen basieren, die erst im Zuge eines Verhandlungsverfahrens auf die ausgeschriebene Leistung "zurechtgeschneidert" werden können. Ziel der über den Preis hinausgehenden Zuschlagskriterien sollte es daher auch hier sein, die unterschiedlichen Lösungsansätze in den jeweiligen Angeboten vergleichend zu bewerten.</p> |
| <p>Z7 – Berücksichtigung von mit der Leistung in Zusammenhang stehenden künftigen kostenwirksamen Faktoren</p> | <p>Sobald eine <u>gesonderte Bewertung</u> von Betriebs-, Erhaltungs-, Servicekosten (etc) erfolgt.</p> | <p>Diese Bestimmung ist praktisch nur eine Klarstellung: Wenn ein Auftraggeber künftige kostenwirksame Faktoren im Rahmen der Angebotsbewertung berücksichtigen möchte, dann führt er regelmäßig eine Ausschreibung nach dem Bestbieterprinzip durch (was in der Vergangenheit von AG teilweise nicht erkannt wurde). In der RV wird aber klargestellt, dass diese Bestimmung keine verpflichtende Bewertung von Folgekosten einführen will. Selbst wenn Folgekosten in die Angebotsbewertung miteinfließen sollen, kann, wenn die Folgekosten als Teil eines Pauschalpreises kalkuliert werden sollen, nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden (dem liegt wohl die Annahme des Gesetzgebers zugrunde, dass die Qualität in diesem Fall über den Preis bereits hinreichend abgebildet bzw in die Bewertung einbezogen wurde).</p> <p>Praktisches Beispiel sind hier die Life Cycle Cost- und TCO-Modelle (TCO steht für total cost of ownership). Ein TCO-Modell liegt etwa vor, wenn alle zukünftigen kostenwirksamen Faktoren eines Produkts mitberücksichtigt werden sollen (zB Betriebsstoffe und Wartungs- sowie Reparaturkosten von Straßenbahnen oder Triebfahrzeugen etc).</p> |
| <p>Z8 – Bauauftrag mit</p> | <p>Wenn ein Bauauftrag mit einem</p> | <p>Die Berechnung des geschätzten Auftragswertes erfolgt nach den</p> |

| | | |
|---|---|---|
| <p>geschätztem Auftragswert von mind. 1 000 000 Euro</p> | <p>Auftragswert von <u>mindestens</u> EUR 1.000.000 ausgeschrieben wird.</p> | <p>allgemeinen Kriterien der §§ 13 und 14 BVergG. Die Festlegung von sinnvollen Zuschlagskriterien für Bauaufträge ist durchaus herausfordernd. Die am häufigsten verwendeten Kriterien sind derzeit die Bauzeitverkürzung und die Gewährleistungsverlängerung. Diese Kriterien sind aber nicht in jedem Projekt sinnvoll zu verwenden. Beispiele für ergänzende Kriterien wären umweltbezogene Aspekte (Bewertung zB eines Transportkonzepts – je höher der CO2-Ausstoß, desto schlechter) oder soziale Kriterien (Frauenanteil in leistungsrelevanten Unternehmensbereichen; Zahl der beschäftigten Lehrlinge oder älterer Arbeitnehmer, etc).</p> |
| <p>Z9 – Beschaffung von Lebensmitteln</p> | <p>Wenn es sich um die Beschaffung von Lebensmitteln mit den KN-Codes 02 (Fleisch und genießbare Schlachtnebenerzeugnisse), 0401 (Kuhmilch), 0405 (Butter), 0407 (Eier), 0701-0709 (Gemüse) sowie 0808-0810 (Obst) handelt.</p> | <p>Die KN-Codes sind die Codes des Anhangs I der kombinierten Nomenklatur (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv%3A111003); weitere Hinweise finden sich in den Erläuterungen dazu. Sinnvolle Kriterien hierbei wären zB Gütesiegel, die die Art und Weise der Herstellung belegen (Fair Trade, Bio, etc), die Bewertung der Versorgungs- und Ausfallsicherheit bei längerfristigen Verträgen mit wiederkehrenden Lieferungen oder auch die Art der Vorbehandlung bzw Aufbereitung der Produkte für den weiteren Verarbeitungsprozess beim Auftraggeber.</p> |

Glossar:

- AG... Auftraggeber
- BVergG... Bundesvergabegesetz
- RV... Regierungsvorlage
- EBRV... Erläuternde Bemerkungen zur RV

DISCLAIMER / HAFTUNGSAUSSCHLUSS

Für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Präsentation wird keine Haftung übernommen. Diese Präsentation wurde nach bestem Wissen und Gewissen erstellt, sie dient jedoch lediglich der generellen Information der Präsentationsteilnehmer und kann daher eine juristische Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Wolf Theiss ist daher nicht haftbar, sollten Sie – im Vertrauen auf die Angaben und Informationen in dieser Präsentation – Handlungen setzen oder unterlassen und aus diesen Handlungen oder Unterlassungen Schäden oder sonstige nachteilige Folgen erleiden.