

## GRUNDZÜGE DES VERGABERECHTES FÜR GEMEINDEN (überarbeitete Version Oktober 2016)

### VORWORT DES HERAUSGEBERS:

Im Bereich des Vergaberechts herrscht nach wie vor eine große Rechtsunsicherheit. Mit 01.03.2016 ist zudem eine Novelle zum Bundesvergabegesetz in Kraft getreten.

Diese Broschüre soll ein Leitfaden zum Vergaberecht sein und die wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen des Vergaberechts aufzeigen. Eine Nichtbeachtung vergaberechtlicher Bestimmungen kann unter Umständen zu Schadenersatzansprüchen führen. Mit Hilfe dieser Broschüre sollten Sie in konkreten Fällen entscheiden können:

- ob Vergaberecht anzuwenden ist
- in welchen Bereich des Vergaberechts Ihr Auftrag fällt
- welche Vergabeverfahren Sie anwenden können oder müssen
- wann welches Verfahren zu empfehlen ist
- was im Vergabeverfahren zu berücksichtigen ist

### I. IST VERGABERECHT ANZUWENDEN?

Ob Vergaberecht anzuwenden ist, hängt vom Auftraggeber und vom Auftrag ab.

#### 1. Auftraggeber

Vergaberecht ist von öffentlichen Auftraggebern anzuwenden, das sind der Bund, die Länder und die Gemeinden und Gemeindeverbände.

aber auch: Einrichtungen, die gegründet wurden, um nicht gewerbliche Aufgaben im allgemeinen Interesse zu erfüllen, und die hinsichtlich ihrer Leitung und/oder der Finanzierung von öffentlichen Stellen abhängig sind. (Beispiele: Altersheime, Kindergärten, Sportanlagen usw.) und Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern bestehen (Beispiel: Schulverbände usw.)

Neben diesen öffentlichen Auftraggebern unterliegen auch bestimmte Tätigkeiten (z.B. die Versorgung der Öffentlichkeit mit Trinkwasser, Strom, Gas oder Wärme, aber auch Verkehrsleistungen) besonderen Regelungen des Vergaberechtes. Es können daher auch private Unternehmen als sogenannte Sektorauftraggeber den Vergabebestimmungen unterliegen.

## 2. Auftragsarten

Es wird zwischen folgenden Auftragsarten unterschieden:

### Lieferauftrag:

- = die Lieferung von Waren, egal ob gekauft, geleast, gemietet, gepachtet oder in sonstiger Weise erworben, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation

### Baufauftrag:

- = die Ausführung eines Bauwerkes oder die Planung und Ausführung von Bauvorhaben und die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte (Beispiele: die Errichtung eines Gebäudes, einer Straßen- oder Weganlage oder einer Brücke, Asphaltierungsarbeiten, Revitalisierung von Gebäuden, Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen an Gebäuden usw.)

### Dienstleistungsauftrag:

- = die Erbringung einer Dienstleistung (Beispiele: Instandhaltung und Reparatur von Fahrzeugen oder Geräten, Datenverarbeitung und damit verbundene Tätigkeiten, Unternehmensberatung, Architektur, Marktforschung, Werbung, Abfall- und Abwas-

serbeseitigung usw.)

#### Baukonzessionsvertrag:

- = Bauauftrag. Die Gegenleistung für die Bauleistungen besteht jedoch ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises.

#### Dienstleistungskonzessionsvertrag:

- = Dienstleistungsauftrag. Die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung besteht jedoch ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises.

Die Verwertung oder der Verkauf von Rechten und Gegenständen eines öffentlichen Auftraggebers und Miet- oder Kaufverträge über Grundstücke oder bereits vorhandene Gebäude unterliegen nicht dem Vergaberecht!

## **II. IN WELCHEN BEREICH DES VERGABERECHTES FÄLLT DER AUFTRAG?**

Das Vergabegesetz erfasst sämtliche Beschaffungen und unterscheidet zwischen dem sogenannten Ober- und dem sogenannten Unterschwellenbereich. Im Oberschwellenbereich hat eine Ausschreibung EU-weit zu erfolgen und sind weitere besondere Bestimmungen zu beachten.

Der jeweils zugrunde liegende Schwellenwert ist der geschätzte Auftragswert (ohne USt.) und beträgt für die einzelnen Auftragsarten:

#### Lieferauftrag:

Klassischer Auftraggeber	EUR	209.000,00
Sektorenauftraggeber	EUR	418.000,00

#### Baufauftrag:

Klassischer Auftraggeber	EUR	5.225.000,00
--------------------------	-----	--------------

Sektorenauftraggeber	EUR 5.225.000,00
<u>Baukonzessionsverträge:</u>	
Klassischer Bereich	EUR 5.225.000,00
<u>Dienstleistungsaufträge:</u>	
Klassischer Auftraggeber	EUR 209.000,00
Sektorenbereich	EUR 418.000,00
<u>Durchführung von Wettbewerben, die zu einem</u>	
<u>Dienstleistungsauftrag führen sollen</u>	
Klassischer Auftraggeber	EUR 209.000,00
Sektorenauftraggeber	EUR 418.000,00

Der Bereich unter diesen Schwellenwerten ist der sogenannte Unterschwellenbereich, der Bereich oberhalb dieser Schwellenwerte ist der sogenannte Oberschwellenbereich.  
 Beträgt der geschätzte Auftragswert ohne USt. nicht mehr als EUR 100.000,00 spricht man vom Bereich der Direktvergabe.

Erreicht der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer den entsprechenden Schwellenwert, so fällt er in den Oberschwellenbereich, liegt der Auftragswert darunter, so ist der Auftrag nach den für den Unterschwellenbereich geltenden Regelungen zu vergeben. Der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte (= Sachverständige) beizuziehen.

Nur im Oberschwellenbereich sind Vergaben EU-weit bekannt zu machen!

Im Unterschwellenbereich bestehen Erleichterungen vor allem durch zusätzliche Verfahren, beispielsweise Verfahren ohne vorige Bekanntmachung.

Da der überwiegende Anteil der Gemeinde-Projekte unter dem Schwellenwert von EUR 5,225 Mio. liegt, wird im Rahmen dieser Abhandlung nur auf den Unterschwellenbereich und die Direktvergabe eingegangen.

### **III. WELCHE VERGABEVERFAHREN KÖNNEN ODER MÜSSEN SIE ANWENDEN?**

Das Vergabegesetz unterscheidet insbesondere folgende Verfahrensarten:

- Offenes Verfahren
- Nicht offenes Verfahren mit und ohne Bekanntmachung
- Verhandlungsverfahren mit und ohne Bekanntmachung
- Rahmenvereinbarung (bei wiederkehrenden Leistungen)
- Dynamische Beschaffungssysteme
- Wettbewerblicher Dialog
- Direktvergabe

Die Sonderverfahren Rahmenvereinbarung, dynamische Beschaffungssysteme und wettbewerblicher Dialog werden im Rahmen dieser Broschüre nicht behandelt.

Wettbewerbe (Ideenwettbewerbe und Realisierungswettbewerbe) sind nicht zu den genannten Vergabeverfahren zu zählen, können aber einem Vergabeverfahren vorgeschaltet werden.

#### **1. Offenes Verfahren**

Beim offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich mit Bekanntmachung zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Gebietsmäßige Beschränkungen sind unzulässig. Der Auftraggeber hat denjenigen Unternehmern, die vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber gegenüber ihr Interesse an einem bestimmten offenen Verfahren bekunden, die Ausschreibungsunterlagen unverzüglich zu übermitteln. Selbstverständlich können die Ausschreibungsunterlagen auch schon gemeinsam mit der Bekanntmachung veröffentlicht werden. Die Anzahl und die Namen der Unternehmer sind

bis zur Angebotseröffnung geheim zu halten. Zu beachten ist, dass der Auftraggeber während des offenen, aber auch des nicht offenen Verfahren mit den Bietern über ein Angebot nicht verhandeln darf. Der Bieter ist während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden.

Beim offenen Verfahren hat eine Bekanntmachung zwingend zu erfolgen. Beim nicht offenen und beim Verhandlungsverfahren kann ausnahmsweise eine Bekanntmachung unterbleiben. Eine EU-weite Bekanntmachung (Veröffentlichung) kann im Unterschwellenbereich entfallen, es genügt eine nationale Bekanntmachung.

Das offene Verfahren ist ein einstufiges Verfahren: Es findet keine Vorauswahl unter den Angeboten statt. Die Eignungsprüfung und die Angebotsbegutachtung erfolgen zwar rechtlich geteilt in zwei Schritten, doch nicht in unterschiedlichen Verfahrensabschnitten.

## **2. Nicht offenes Verfahren mit und ohne Bekanntmachung**

Beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurden, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Es handelt sich somit um ein zweistufiges Verfahren: In der ersten Stufe des Verfahrens wird nicht zur Abgabe von Angeboten, sondern lediglich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen öffentlich aufgefordert.

Aus den Bewerber/innen, die einen Teilnahmeantrag abgegeben haben, werden anhand von bestimmten Kriterien jene ausgewählt, die in einer zweiten Stufe zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

Beim nicht offenen Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert bzw. eingeladen. Die Einladung zur Angebotsabgabe darf nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer erfolgen. Dies hat der Auftraggeber vorab zu prüfen und festzuhalten.

Bei Durchführung eines nicht offenen Verfahrens (mit oder ohne vorherige Bekanntma-

chung) sind im Unterschwellenbereich zumindest drei Unternehmer zur Angebotsabgabe einzuladen.

### **3. Verhandlungsverfahren mit und ohne Bekanntmachung**

Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeaufträgen aufgefordert wurden, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntgabe wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Auch bei diesem Verfahren kann danach über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

Zu beachten sind die Grundsätze des fairen und lautereren Wettbewerbs und des Diskriminierungsverbots. Auch darf der Auftraggeber nach Angebotsabgabe und während der Verhandlungsphase die Zuschlagskriterien grundsätzlich nicht ändern. Eine Änderung der Zuschlagskriterien während des Verhandlungsverfahrens ist nur dann zulässig, wenn dies in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurde.

### **4. Direktvergabe**

Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Zulässig ist das Einholen unverbindlicher Preisauskünfte und auch das Einholen von Angeboten.

Für Gemeinden, die Interesse an einer "regionalen Ausschreibung" haben, sind folgende Verfahren im Unterschwellenbereich bedeutend:

- a) Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung
- b) Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung
- c) Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

sowie die Vergabeart:

d) Direktvergabe

a) Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung

In diesem Verfahren wird eine beschränkte Anzahl (mindestens drei!) von Unternehmern zur Abgabe von Angeboten eingeladen. Dieses Verfahren setzt somit voraus, dass dem Auftraggeber eine ausreichende Zahl geeignete Unternehmer bekannt ist. Mit den Bietern darf nicht über ihr Angebot verhandelt werden.

Unternehmer haben übrigens keinen Anspruch eingeladen zu werden. Die Bieter sollten jedoch aus Gründen der Gleichbehandlung so oft wie möglich gewechselt werden. Es steht den Auftraggebern zudem frei, und ist es im Hinblick auf die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sicherlich empfehlenswert, auch den Bestbieter einer alten Ausschreibung erneut einzuladen.

Das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist zulässig bis zu einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer

- bei Bauaufträgen bis EUR 1 Mio.
- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis EUR 100.000,00

b) Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

Davon ausgehend, dass bei den Gemeinden das Interesse an einer "regionalen Ausschreibung" überwiegt, soll lediglich angemerkt werden, dass auch im Unterschwellenbereich, bis EUR 209.000,00, ein offenes Verfahren mit öffentlicher Bekanntmachung und ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt werden kann. So können im Unterschwellenbereich Liefer- und Dienstleistungsaufträge im gesamten Unterschwellenbereich also bis EUR 209.000,00 im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Bauaufträge können im Unterschwellenbereich im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auf-



tragswert von EUR 1.000.000,00 vergeben werden.

### c) Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

In diesem Verfahren wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern (mindestens drei!) unmittelbar zu Abgabe von Angeboten eingeladen und in weiterer Folge mit ihnen über ihr Angebot verhandelt. Diese Verfahrensart kann im Unterschwellenbereich angewendet werden, bis zu einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer

- bei Bauaufträgen bis EUR 100.000,00
- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis EUR 100.000,00

Weiters für Gelegenheitseinkäufe, oder wenn in einem bestimmten vorangegangenen Verfahren kein oder kein geeignetes Angebot abgegeben wurde und die ursprünglichen Bedingungen nicht grundlegend geändert werden.

Die für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens maßgeblichen Gründe sind schriftlich festzuhalten. Diese Dokumentation ist wichtig für ein allfälliges Nachprüfungsverfahren!

### d) Direktvergabe

Die Direktvergabe ist ein formfreies Vergabeverfahren bei der die Leistung formfrei, unmittelbar und von einem ausgewählten Unternehmer bezogen wird. Ausdrücklich zulässig und selbstverständlich empfehlenswert ist es, im Rahmen der Direktvergabe auch Vergleichsangebote einzuholen. Werden solche unverbindlichen Preisauskünfte eingeholt, so sind sie entsprechend zu dokumentieren.

Die Direktvergabe ist zulässig bis zu einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von EUR 100.000,00.

Auch bei der Direktvergabe darf die Leistung nur von einem befugten leistungsfähigen

und zuverlässigen Unternehmer bezogen werden. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen. Das Abstellen auf den Vertragsabschluss bedeutet, dass der Auftraggeber den Zeitpunkt, an dem die Eignungsprüfung vorgenommen wird, selbst bestimmt. Auch ein Unternehmen, gegen das ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde, kann im Wege der Direktvergabe einen Auftrag erhalten.

Bei einer Direktvergabe ist, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, der Gegenstand und Wert des Auftrages sowie der Name des Auftragnehmers festzuhalten. Da grundsätzlich auch Direktvergaben angefochten werden können, ist diese Dokumentation wichtig für ein allfälliges Nachprüfungsverfahren!

#### Die häufigsten Fragen zur Direktvergabe:

1. In welcher Form ist ein Preisvergleich zulässig?

Ein Preisvergleich ist in der Form von Kostenvoranschlägen zulässig.

2. Sind Preisangaben verbindlich?

Preisangaben werden grundsätzlich mit dem Zugang an den Erklärungsempfänger verbindlich und können nicht mehr einseitig widerrufen werden. Diese Bindungswirkung des Angebots kann durch die Klauseln "unverbindlich" und "freibleibend" eingeschränkt werden. Durch derartige Klauseln hält sich der Angebotsleger den Widerruf offen. Diesfalls kann der Angebotssteller das Angebot rückgängig machen, solange es nicht angenommen ist.

3. Darf über das Preisangebot nachverhandelt werden?

Ja, im Rahmen des Verhandlungsverfahrens und der Direktvergabe darf über das Preisangebot nachverhandelt werden.

4. Was ist genau zu dokumentieren?

Die Gründe für die Wahl der Direktvergabe sind zu dokumentieren (z.B.: Auftragswert unter EUR 100.000,00 - Verhandlungsverfahren wäre zu aufwändig).

Festzuhalten ist zudem der Gegenstand und der Wert des Auftrages sowie der Name des Auftragnehmers. Werden im Rahmen der Direktvergabe Kostenvoranschläge eingeholt, sind auch diese zu dokumentieren.

5. Welche Möglichkeiten hat ein Unternehmer, der nicht zum Zug kam?

Auch bei der Direktvergabe ist die Wahl des Vergabeverfahrens eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Ein Unternehmer, der bei der Direktvergabe nicht zum Zug kam, kann daher im Rahmen eines Nachprüfungsantrages die Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe" als unzulässig anfechten, wobei eine Anfechtung nur dann erfolgreich sein wird, wenn der geschätzte Auftragswert den Wert von EUR 100.000,00 überschreitet und deshalb eine Direktvergabe unzulässig ist. Ratsam ist eine sorgfältige Kostenschätzung im Vorfeld und eine entsprechende Dokumentation der Kostenschätzung.

Zudem besteht die Möglichkeit einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, wenn der geschätzte Auftragswert

- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen EUR 130.000,00
- bei Bauaufträgen EUR 500.000,00

nicht erreicht.

Zusammengefasst ergibt sich für Bauaufträge folgendes Bild:

Vergabeverfahren	Höchstgrenze für geschätzten Auftragswert
Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung	EUR 1.000.000,00
Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung (mindestens drei Bieter)	EUR 1 Mio.
Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung (mindestens drei Bieter)	EUR 100.000,00
Direktvergabe	EUR 100.000,00
Direktvergabe mit voriger Bekanntmachung Baufträge	EUR 500.000,00

#### IV. GESAMTVERGABE; GETRENNTE VERGABE UND TEILVERGABE

- Kann ein Auftraggeber Leistungen gemeinsam vergeben oder muss er diese getrennt vergeben?
- Kann ein Auftraggeber Teile einer ausgeschriebenen Gesamtleistung auch in Teilen vergeben?

Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ob er Leistungen getrennt oder gemeinsam vergibt.

Das Ermessen des Auftraggebers ist nur durch wirtschaftliche und technische Aspekte begrenzt, etwa die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung oder einer eindeutigen Gewährleistung. Der Auftraggeber hat aber auch einzuschätzen, ob nicht eine Gesamtaufschreibung den Wettbewerb unter den Bietern reduziert oder ausschließt.

Der Auftraggeber kann grundsätzlich vorsehen, dass die ausgeschriebenen Leistungen in Teilen vergeben werden können. Dann muss der Auftraggeber den Bietern jedoch die Möglichkeit einräumen, auch nur einzelne Teile (Los, Gewerk) anzubieten. Ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungen ist unzulässig, genauso wie ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung.

Die Novelle 2016 zum Bundesvergabegesetz hat eine neue Begründungspflicht eingeführt: Erfolgt keine Unterteilung des Auftrags in Lose, so hat der Auftraggeber dies in der Ausschreibung oder im Vergabevermerk zu begründen.

##### Losregelung:

Von wesentlicher Bedeutung für die zulässige Wahl der einzelnen Verfahrensarten ist die sogenannte Losregelung.

Das Vergabegesetz bestimmt folgendes:

"Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Auftragswert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose gelten auch gewerbliche Tätigkeiten (Gewerke).

Erreicht oder übersteigt der zusammengerechnete Wert der Gewerke den maßgebenden Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen für die Vergabe im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Gewerke."

Davon besteht eine wichtige Ausnahme:

Gewerke bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 1 Mio. können im Unterschwellenbereich vergeben werden, sofern der zusammengerechnete Wert der ausgewählten Gewerke 20 % des zusammengerechneten Wertes aller Gewerke nicht übersteigt.

Auch gibt es eine spezielle Losregelung für den Unterschwellenbereich. Erreicht oder übersteigt der zusammengerechnete Wert der Gewerke den maßgeblichen Schwellenwert (EUR 5,225 Mio.) nicht, so gelten die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Gewerke. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Gewerkes.

Für die Baulose im Unterschwellenbereich wird also festgelegt, dass für die Wahl des Vergabeverfahrens der Wert des einzelnen Gewerkes als Auftragswert gilt. Ein Gewerk mit einem geschätzten Wert von unter EUR 100.000,00 kann daher auch dann im Wege der Direktvergabe vergeben werden, wenn dieses Gewerk Teil eines Bauauftrages ist, dessen geschätzter Auftragswert über EUR 100.000,00 (aber noch im Unterschwellenbereich, also bis EUR 5,150 Mio.) liegt. Dadurch wird den Auftraggebern bei der Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich ein größerer Freiraum eingeräumt!

Beispiel: Losregelung im Unterschwellenbereich:

Gewerk	Geschätzter Auftragswert in EUR	Jeweils „höchstes“ mögliches Vergabeverfahren
A	2.000.000,00	Offenes Verfahren oder nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung
B	100.000,00	Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung
C	70.000,00	Direktvergabe
D	35.000,00	Direktvergabe
gesamt	2.205.000,00	

Best- und Billigstbieterprinzip:

Bestbieterprinzip: "Technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot"

Billigstbieterprinzip: "Angebot mit dem niedrigsten Preis"

Mit 01.03.2016 ist eine Novelle zum Bundesvergabegesetz in Kraft getreten. Seither ist das Bestbieterprinzip in folgenden Fällen als verpflichtend vorgesehen:

- bei Vergabe von geistigen Dienstleistungen (zB Architekten- und Ingenieurleistungen)
- bei der Zulässigkeit von Alternativangeboten
- bei funktionaler Leistungsbeschreibung oder Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung, wegen der Natur der Sache oder der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken
- bei Abrücken von geeigneten Leitlinien
- bei Bauaufträgen mit einem geschätzten Auftragswert von mindestens EUR 1 Million
- bei Vergaben, bei denen im Rahmen der Angebotsbewertung mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (zB Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, Ersatzteillagerhaltung, Entsorgung usw.) berücksichtigt werden sollen.

In all diesen Fällen ist daher der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten

Angebot zu erteilen, und nicht dem billigsten!

Wenn sich ein Auftraggeber nicht daran hält, können übergangene Bieter das zu Grunde liegende Vergabeverfahren anfechten und für unzulässig erklären lassen. Einem Unternehmer steht somit zur Wahrung seiner Interessen und Rechte die Möglichkeit offen, sich gegen die Entscheidungen eines Auftraggebers im Rahmen eines eigenen Rechtsschutzverfahrens zu wehren. Dabei müssen jedoch bestimmte Fristen eingehalten werden! Unter bestimmten Voraussetzungen ist auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen möglich.

Will ein Auftraggeber ausschließen, dass ein Auftrag dem Billigstbieter vergeben werden muss, dann hat er in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll und muss der Auftraggeber alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, mit einer entsprechenden Gewichtung oder Reihenfolge angeben.

Zuschlagskriterien sind auftragsbezogene und vom Auftraggeber im Verhältnis ihrer Bedeutung festgelegte Kriterien, nach denen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieterprinzip) ermittelt wird.

Der Auftraggeber ist sowohl bei der Auswahl der Zuschlagskriterien grundsätzlich frei als auch bei deren Gewichtung. Die Frage der Gewichtung der ausgewählten Leistungskriterien und deren Auswirkung sollte mit einem sachverständigen Planer eingehend erörtert werden!

Die Zuschlagskriterien müssen grundsätzlich gewichtet werden. Das heißt, dass die Bedeutung der Kriterien im Verhältnis zu einander anzugeben ist, insbesondere durch Festlegung von Prozentsätzen.

In den Vergaberichtlinien sind als Zuschlagskriterien genannt: Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeit und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist.

Zuschlagskriterien müssen sich auf den zu vergebenden Auftrag beziehen und geeignet sein, das für den Auftraggeber günstigste Angebot zu ermitteln.

Wesentlich scheint, dass auch Faktoren, die nicht rein wirtschaftlicher Art sind, sich auf den Wert des Angebotes auswirken können (z.B. Ästhetik).

Die Zuschlagskriterien müssen unmittelbar die zu erbringende Leistung oder die Modalitäten ihrer Ausführung betreffen.

Wirtschaftliche Gesichtspunkte können auch Umweltschutzaspekte umfassen, wie beispielsweise der Energieverbrauch eines Produkts. Kriterien können sich aber auch auf die Höhe der Schadstoffemission oder den verursachten Lärmpegel beziehen.

Beschließt ein öffentlicher Auftraggeber, dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen, so bewertet er die Angebote unter dem Gesichtspunkt des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses.

Zu beachten ist, dass der Auftraggeber an die von ihm gewählten Zuschlagskriterien gebunden ist!

## **V. WANN IST WELCHES VERFAHREN ZU EMPFEHLEN?**

Bei Bauaufträgen mit einem Auftragswert über EUR 1.000.000,00 und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit einem Auftragswert über EUR 100.000,00 ist ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder ein offenes Verfahren zu empfehlen.

Bei Bauaufträgen mit einem Auftragswert von EUR 100.000,00 bis EUR 1 Mio. und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit einem Auftragswert bis zu EUR 100.000,00 ist das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder eine Direktvergabe mit Bekanntmachung zu empfehlen. Dieses Verfahren bietet die Möglichkeit nur eine be-



schränkte Anzahl von mindestens drei Unternehmer zu einer Abgabe von Angeboten einzuladen. Im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntgabe darf über die Angebote jedoch nicht verhandelt werden.

Bei einem Auftragswert bei Bauaufträgen von EUR 100.000,00 bis EUR 1 Mio. und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zur EUR 100.000,00 ist auch das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu empfehlen. Dieses Verfahren bietet ebenfalls die Möglichkeit nur eine beschränkte Anzahl von zumindest drei geeigneten Unternehmer zur Abgabe von Angeboten einzuladen und in weiterer Folge mit ihnen über ihr Angebot zu verhandeln.

Bei Bauaufträgen und/oder Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zu EUR 100.000,00 ist die Direktvergabe zulässig und zu empfehlen, dies bei gleichzeitiger Einholung unverbindlicher Vergleichsangebote.

Die Vorteile des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung und des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sowie der Direktvergabe liegen darin, dass man sich die verfahrensteilnehmenden Unternehmen quasi selbst aussuchen kann. Die Nachteile liegen darin, dass bei diesen nicht offenen Verfahren Absprachen unter den einzelnen Teilnehmern nicht gänzlich vermieden werden können.

Die Kriterien für die Auswahl im Teilnahmeverfahren sind gesetzlich festgelegt, es handelt sich um Eignungsnachweise über Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der einzelnen Unternehmen.

## **VI. WAS IST IM VERGABEVERFAHREN ZU BEACHTEN?**

### Die Ausschreibung der Leistungen erfolgt

- in einem Leistungsverzeichnis aufgegliedert. Dabei sind die Leistungen eindeutig vollständig und neutral so zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist oder

- die Leistungs- und Funktionsanforderungen der Aufgabenstellung werden festgelegt. Sie müssen eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermitteln und die Vergabe des Auftrags ermöglichen.

In keinem Fall darf die Leistung so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

Die Angebotsprüfung: Die Prüfung der Angebote erfolgt in drei Etappen

- Rechtzeitigkeit, Vollständigkeit, rechnerische Richtigkeit
- Prüfung der Eignung des Anbieters (Befugnis, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit)
- Prüfung der Angebote selbst

Der Zuschlag: Nach Prüfung der Angebote und ihrer Reihung entsprechend der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien wird der Zuschlagsempfänger ermittelt. Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich Günstigsten ("Bestbieter") oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis ("Billigstbieter") erteilt.

Wesentlich ist die Unterscheidung zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung.

In der Zuschlagsentscheidung gibt der Auftraggeber den Bieterinnen/innen bekannt, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Ab dieser Bekanntgabe muss bis zur tatsächlichen Zuschlagserteilung, die die Annahme des Angebots des Bieters darstellt, der Ablauf der gesetzlichen Stillhaltefrist abgewartet werden. Die Stillhaltefrist beträgt bei Zustellung per Post 15 Tage im Oberschwellenbereich, bei elektronischer Zustellung oder Zustellung per Fax 10 Tage, im Unterschwellenbereich bei elektronischer Versendung oder Versendung per Fax 7 Tage. Der Tag der Versendung wird bei der Fristenberechnung nicht mitgezählt. Die Zuschlagsentscheidung kann gesondert angefochten werden. Ein diesbezüglicher Antrag ist binnen 10 bzw. 15 Tagen im Oberschwellenbereich bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde (Landesverwaltungsgericht) einzubringen. Die Vergabekontrollbehörde hat binnen zwei Monaten im Oberschwellenbereich und einem Monat im Unterschwellenbereich über einen Nachprüfungsantrag zu entscheiden. Ein vor Ablauf der Stillhalte-

frist erteilter Zuschlag ist absolut nichtig. Der Zuschlag selbst wird durch Auftragschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief erteilt.

Nachfolgende Empfehlungen dienen dazu, dem Auftraggeber einen größeren Spielraum bei der Prüfung der Angebote und der Zuschlagsentscheidung einzuräumen:

- Alternativ- oder Abänderungsangebote sollten nicht zugelassen werden, da dadurch die Vergleichbarkeit der Angebote schwierig ist.
- Der Auftraggeber sollte in der Ausschreibung angeben, dass bei rechnerisch fehlerhaften Angeboten eine Vorreihung nach Berichtigung eines Rechenfehlers möglich ist, sonst ist eine Vorreihung unzulässig.
- Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, dass nur die von ihm festgelegten wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, und die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind. Ansonsten hat der Bieter alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, und die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben.

Zudem sollte der Auftraggeber bei der Planung eines Projektes einen zusätzlichen zeitlichen Rahmen von zumindest zwei Monaten für mögliche und zulässige Nachprüfungsverfahren einkalkulieren.

## **VII. SCHLUSSWORT**

Die zulässige Anwendung der Vergabeverfahren

- Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung  
(bei Bauaufträgen bis EUR 1 Mio.)
- Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

(bei Bauaufträgen bis EUR 100.000,00)

- Direktvergabe (bis EUR 100.000,00)
- Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung  
(bis EUR 130.000,00 bzw. EUR 500.000,00)  
und die Anwendung der
- Losregelung, also: Zerlegung eines Auftrages in einzelne Gewerke

sowie

- das Bestbieterprinzip

ermöglicht es den Gemeinden als öffentliche Auftraggeber zumindest Teile ihrer Aufträge an regionale Unternehmer ohne öffentliche Bekanntmachung zu vergeben!

Feldkirch, Oktober 2016

tusch.flatz.dejaco. rechtsanwälte gmbh  
RA Dr. Günter Flatz