

Unser heutiges Thema:

## **Die Dienstleistungsvergabe – Ein Muster an Sittenwidrigkeit?**

Gleich vorweg muss gesagt werden, dass die bei weitem überwiegende Anzahl an Dienstleistungsvergaben im vergaberechtsunterworfenen Bereich korrekt abläuft. Freilich hat in letzter Zeit der Sparzwang zu übertriebenem Wettbewerbsdruck auch und vor allem auf die Dienstleister geführt, sodass es das Zusammenwirken einerseits übermäßigen wirtschaftlichen Drucks und andererseits des zusätzlichen Heraushandelnwollens von Sonderkonditionen ist, die ein häufig wiederkehrendes Muster erkennen lassen, dass auf Sittenwidrigkeit überprüft werden soll.

1. Eingangs eine schwierige Frage bzw. Definition:

### **Was sind gute Sitten?**

Das ist das, was in keinem Gesetzbuch steht, weil es jedem klar ist ( „[...] der Inbegriff jener Rechtsnormen verstanden, die im Gesetz nicht ausdrücklich angesprochen sind, sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergeben“. Sittenwidrigkeit liegt nach OGH vor, wenn „die vom Richter vorzunehmende Abwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den Interessen der Beteiligten ergibt. Die guten Sitten werden mit dem ungeschriebenen Recht

gleichgesetzt, zu dem jedenfalls die allgemeinen Rechtsgrundsätze gehören“, siehe Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, Band I<sup>13</sup>, S. 179).

Mit dem Argument der Sittenwidrigkeit kann man daher prinzipiell jedem Anspruch entgegentreten, ebenso prinzipiell ist aber Vorsicht angesagt, die Rechtsordnung darf nicht durch unbestimmte Begriffe ausgehöhlt werden.

Was sind nun gute Sitten im Umgang mit Ingenieurbüros?

Früher einmal war klar, der, der einen Freiberufler beauftragt, schuldet ihm ein angemessenes Honorar, das nicht nur die empfangene Leistung vergütet, sondern auch bis zu einem gewissen Grad jedenfalls wenigstens oder doch irgendwie auch die Dankbarkeit des Auftraggebers für das vollbrachte Werk widerspiegeln sollte.

### **Angemessenes Honorar als Dank?**

### **Wertschätzung für die Dienstleistung?**

Gute Sitten sind einem ständigen Wandel unterworfen. Die gesellschaftlichen Wertmaßstäbe verändern sich stetig. War ursprünglich der Wettbewerb nur etwas für die Kaufleute, so fordert man heute, dass sich auch jeder Dienstleister einem harten Wettbewerb stellt, um möglichst effizient zu werden.

### **Ein neues Motto entsteht: Ist Geiz geil?**

Was ist der grundlegende Unterschied zwischen Ware und Dienstleistung?

Dienstleistung: Kauf vor Produktion!

Ein beinhardter marktwirtschaftskonformer Vergleich der Leistung ist nicht möglich, weil jede Dienstleistung individuell erbracht wird, niemand kann sich 10 Mal scheiden lassen (von derselben Frau) oder 10 Mal den Blinddarm operieren lassen, probierhalber, und dann jene Dienstleistung wählen, die ihm am angenehmsten war.

### **Dienstleistung – Kauf vor Produktion!!!**

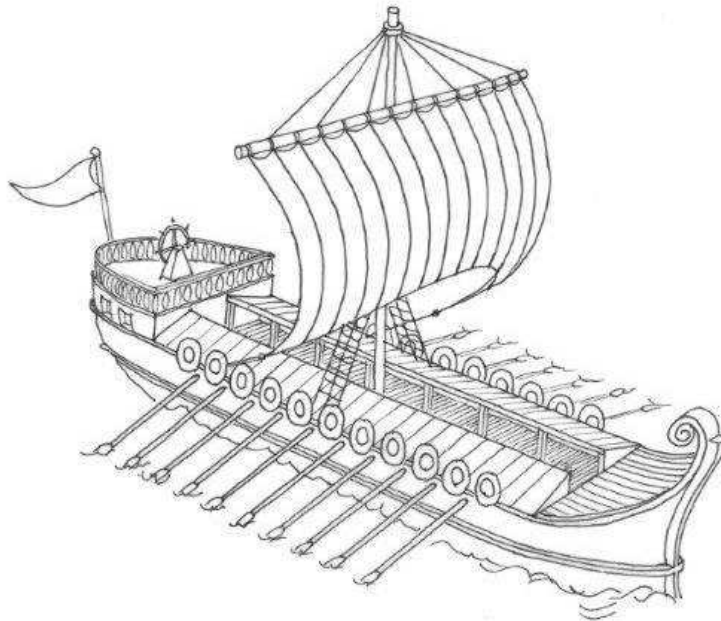
#### **Gute Sitten:**

1. gut:            angemessenes Honorar – Lohn für den Wert der Arbeit (Auch als Anerkennung war einmal selbstverständlich!)
  
2. heute:        „Un“sitte: Geiz ist geil?

**Kunde kauft HOFFNUNG!**

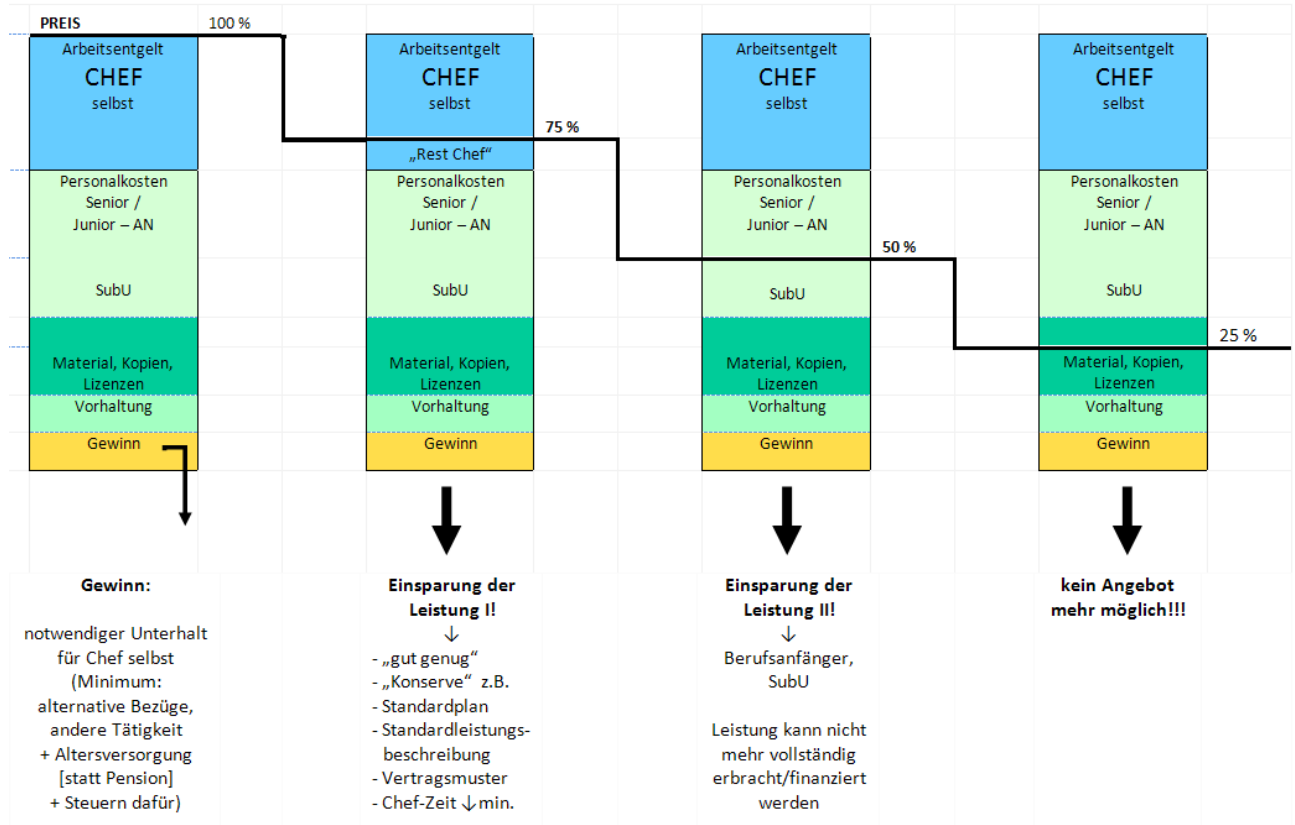
Wenn an der LEISTUNG gespart wird (werden muss) – wo sonst soll der Dienstleister sparen?

Daraus folgt



**Auch Sklaven müssen essen.**

### KALKULATION DES DIENSTLEISTERS



Gelingt es einem Auftraggeber, durch welche Umtriebe immer, ausnahmslos unter Selbstkosten zu vergeben, so ist die Folge nicht billiger bauen, sondern gar nicht mehr bauen!

Häufige Fälle von Sittenwidrigkeit bei Dienstleistungsvergabe:

1. Wahl des falschen Vergabeverfahrens:

Momentan (s. Bauaufträge in Salzburg) sind die öffentlichen Kassen leer, guter Rat ist (wie immer) teuer und man versucht es mit der Auktion von Bauleistungen.

Die Auktion von Dienstleistungen ist verboten.

1.1. Wahl der Auktion:

1.2. Wahl des offenen Verfahrens:

1.3. Wahl der Direktvergabe (mit und ohne Bekanntmachung) in einzelnen Fällen:

Anerkannt ist, dass der öffentliche Auftraggeber einen breiten Handlungsspielraum bei der Auswahl des Vergabeverfahrens hat. Nur, wenn er zu missbilligender Kommerzialisierungsabsicht oder zur Durchsetzung verpöner Zwecksetzungen eine Vergabeart wählt und/oder ausdrückliche vergabegesetzliche Verbote missachtet, besteht die Gefahr der Sittenwidrigkeit. Katary hat in seinem Beitrag „Schlupfloch Direktvergabe?“ (in Katary „Schlupfloch Direktvergabe?“ in Standpunkte zum Vergaberecht, S. 77 ff.) darauf hingewiesen, dass die rechtswidrige Wahl einer Direktvergabe Nichtigkeit bewirken kann. Dies beispielsweise bei gravierenden Fällen des Überschreitens der Schwellenwerte für Direktvergaben, oder bei Kollusion (sittenwidrigen Zusammenwirkens zum Nachteil eines Anderen).

„Unter den guten Sitten wird der Inbegriff jener Rechtsnormen verstanden, die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergeben.<sup>74)</sup> Durch die Regelung in Form einer Generalklausel, die durch die Rechtsanwendung zu konkretisieren ist, ist zu prüfen, ob sich aus den Wertungen zu bisher entschiedenen Sachverhalten eine Nichtigkeit bei einer rechtswidrigen Wahl der Direktvergabe ergeben kann. Dazu ist zu erwähnen, dass diesbezüglich noch keine explizite Entscheidung, insbesondere der Zivilgerichte vorliegt.

Es ist vorweg festzuhalten, dass die Wertung des Gesetzgebers, dass hinsichtlich des BVergG auf Grund eines gesetzlichen Verbotes nur in den bestimmten Fällen Nichtigkeit gegeben sein soll, nicht zu schließen ist, dass damit per se auch keine

Sittenwidrigkeit vorliegen kann. Denn auch der Gesetzgeber ist etwa davon ausgegangen, dass „aus einer systematischen Betrachtung des BVergG 1997 im Zusammenhang mit § 879 ABGB“ die Ableitung von Nichtigkeiten möglich war.<sup>75)</sup> Sittenwidrigkeit ist durch die gesetzlichen Nichtigkeitstatbestände also offensichtlich nicht ausgeschlossen worden. Bei der Sittenwidrigkeit sind andere Maßstäbe wesentlich. Denn für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes ist das Gesamtbild entscheidend, das sich aus Inhalt, Zweck, Beweggrund und Begleitumstände des Rechtsgeschäfts ergibt, wobei die einzelnen Elemente in einem beweglichen System zusammenspielen.<sup>76)</sup>

Dazu wird auf eine Vielzahl von Grundsätzen rekurriert. Nach der Judikatur des OGH ist „ein Geschäftsmann dann sittenwidrig, wenn es, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, also ungeschriebenes Recht – insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze – verletzt. Dies ist unter Berücksichtigung aller Umstände an Hand der von der Gesamtrechtsordnung geschützten Interessen zu beurteilen, wobei es auf Inhalt, Zweck und Beweggrund des Geschäftes, also auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung ankommt. Gegen die guten Sitten verstößt, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, dh aller billig und gerecht Denkenden, widerspricht. Die Beurteilung hat auf allgemein anerkannten Wertungsgesichtspunkten zu beruhen“ (Apathy in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> Rz 8 zu § 879 mwN).<sup>77)</sup> Als Element der Sittenwidrigkeit nennt Mayer-Maly die Absicherung anerkannter Ordnungen, die Abwehr von Freiheitsbeschränkungen, der Ausnutzung von Machtpositionen, der Schädigung Dritter, von schweren Äquivalenzstörungen und missbilligter Kommerzialisierung bzw. von verpönter Zwecksetzung.<sup>78)</sup> (Katary „Schlupfloch Direktvergabe?“ in Standpunkte zum Vergaberecht, S. 77 ff.)

Verpönt sein kann die **Umgehung des Wettbewerbsziels** des BVergG, das **Zuschancen des Auftrages** als eine Stufe der Korruption an einen von vornherein auserwählten Mitbewerber, ebenso wie das **Entfesseln eines unerlaubt starken Preisdrucks**.

Während aber unerlaubte Zusammenarbeit um einem von vornherein auserwählten Bieter den Auftrag zu verschaffen, klarerweise vergaberechtswidrig

ist und auch strafgesetzlich verpönt sein kann, und nebenbei auch unlauteren Wettbewerb darstellt, also die Rechtsordnung hier gleich alle Register zieht (und nur das aus juristischer Sicht lapidare, eher sekundäre Problem der Beweisbarkeit besteht), ist umgekehrt der Übereifer des Entfesselns eines übermäßigen Preisdruckes häufiger, aber vergaberechtlich ebenfalls verpönt:

- Umgehen des Wettbewerbs
- Zuschancen eines Auftrages
- Entfesseln unerlaubt starker Preisdruck
- alleiniger Preiswettbewerb für DL

Die elektronische Auktion ist kein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern kann im Anschluss an offenes, nicht offenes Verfahren, mit Bekanntmachung, einige Typen des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung einer Rahmenverarbeitung oder eines dynamischen Beschaffungssystems erfolgen, und dient nur der Ermittlung des zu beauftragenden Angebotes.

So ist es beispielsweise möglich, Waren (z.B. Computer) im Rahmen eines dynamischen Beschaffungssystems oder einer Rahmenvereinbarung zu beschaffen, in der man überhaupt mit allen Bietern einen Vertrag abschließt, und jede einzelne Tranche des Angebotes auktioniert. § 31 (1) BVergG 2006 sieht die elektronische Auktion als iteratives Verfahren vor, wobei nur **nach unten** korrigierte Preise bekannt gegeben werden dürfen.

§ 31 BVergG 2006: Arten der elektronischen Auktion und Wahl der Auftragsvergabe im Wege einer elektronischen Auktion



(1) Eine elektronische Auktion ist ein iteratives Verfahren zur Ermittlung des Angebotes, dem der Zuschlag erteilt werden soll, bei dem mittels einer elektronischen Vorrichtung nach einer ersten vollständigen Bewertung der Angebote jeweils neue, nach unten korrigierte Preise und/oder neue, auf bestimmte Komponenten der Angebote abstellende Werte vorgelegt werden, und das eine automatische Klassifikation dieser Angebote ermöglicht.

(2) Im Fall der Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, eines **Verhandlungsverfahrens** gemäß den §§ 28 Abs 1 Z 1, 29 Abs 1 Z 1 oder 30 Abs 1 Z 1, bei der Vergabe von Aufträgen auf Grund einer Rahmenvereinbarung gemäß dem Verfahren des § 152 Abs 4 Z 2, Abs 5 und 6 oder bei der Vergabe von Aufträgen auf Grund eines dynamischen Beschaffungssystems gemäß dem Verfahren des § 158 können Aufträge über Leistungen **wahlweise** im Wege einer **einfachen elektronischen Auktion** oder im Wege einer **sonstigen elektronischen Auktion** vergeben werden, sofern die Spezifikationen des Auftragsgegenstandes eindeutig und vollständig beschrieben werden können. Die Auktion kann sich nur auf Angebotsteile beziehen, die in eindeutiger und objektiv nachvollziehbarer Weise so quantifizierbar sind, dass sie in **Zahlen oder in Prozentangaben** darstellbar sind. **Bau- oder Dienstleistungsaufträge**, die geistige Leistungen zum Gegenstand haben – wie etwa die Konzeption von Bauleistungen – **können nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion** sein.

(3) Bei einer einfachen elektronischen Auktion hat der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erfolgen.

(4) Bei einer sonstigen elektronischen Auktion hat der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen.

(5) Der Auftraggeber kann frei zwischen der Durchführung einer einfachen oder einer sonstigen elektronischen Auktion wählen.

**Bau- oder Dienstleistungsaufträge, die geistige Leistungen zum Gegenstand haben – wie etwa die Konzeption von Bauleistungen – können nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein.**

### **Zu Salzburg:**

Die elektronische Auktion ist nur für Aufträge für Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen zulässig, für die eine präzise Spezifikation erstellt werden kann. Prinzipiell können auch mehrere Zuschlagskriterien in die Auktion einbezogen werden, wenn die Zuschlagskriterien mathematisch darstellbar sind und eine automatische Klassifikation der Angebote möglich ist. Es ist allerdings noch nicht bekannt geworden, dass im Rahmen eines Punktesystems etwas anderes als der Preis auktioniert wurde.

Geistige Leistungen aber entziehen sich von vornherein der automatischen Bewertung auf elektronischem Wege.

Was sind geistige Leistungen?

§ 2 (18) BVergG 2006: 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. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung) möglich.

§ 30 (1) Z 3 BVergG 2006: Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn die zu erbringenden Dienstleistungen, insbesondere geistige Dienstleistungen wie Bauplanungsdienstleistungen und Dienstleistungen der Kategorie 6 des Anhangs III, dergestalt sind, dass **vertragliche Spezifikationen nicht so genau** festgelegt werden

können, dass der **Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren** mit vorheriger **Bekanntmachung** vergeben werden kann.

Dazu hat der Gesetzgeber (Ausschussbericht) auf Art. 30 Abs 1 lit c) EU-RL hingewiesen, wonach im Fall der geistigen Dienstleistungen „kann“ als „muss“ zu lesen ist. Geistige Dienstleistungen sind a priori einer Festlegung des Leistungsgegenstandes nicht zugänglich. Dies „bezieht sich insbesondere auf die Qualität der Leistung“. Die Konsequenz sind Angebote, die im folgenden Verfahren erst durch Verhandlungen miteinander vergleichbar gemacht werden können. **Aus der Eigenart der Leistung folgt somit unmittelbar das Erfordernis des Verhandlungsverfahrens, um eine ordnungsgemäße Angebotsbewertung überhaupt durchführen zu können:**

**Gesetz und sittenwidriger Verstoß: Preisdruck durch offenes Verfahren oder nicht offenes Verfahren mit Angebotslegung und ohne Wertung anderer Kriterien bzw. Nichtdurchführung eines Verhandlungsverfahrens um der besonderen Eigenart, der Dienstleistung Rechnung zu tragen.**

Neu: Direktvergabe mit Bekanntmachung (§§ 33 BVergG 2006): Hier ist nicht die Wahl an sich problematisch, sondern die Nutzung dieses Systems zur Entfaltung eines reinen Preiswettbewerbs.

Ein ähnlicher Verstoß kann darin liegen, dass die geistige Dienstleistung als Bestandteil einer Baudienstleistung ausgeschrieben wird, und damit dieses Verbot des unangemessenen Preisdruckes umgangen wird:

Beispielsweise: Planungsleistungen als Bestandteil eines Bauauftrages, wobei gleichzeitig ein Subplaner zu bestellen ist.

Z. B. eine Stadt wie Salzburg auktioniert nicht nur die Bauleistungen, sondern auch die Ingenieurleistungen als Bestandteil der ausgeschriebenen Bauleistungen, wodurch ein verpönter Preisdruck auch auf die Planerleistungen der Ingenieurbüros stattfindet/ausgeübt wird.

Problematisch: Anfechtungszeitpunkt: Gefahr der Fristversäumnis!

Anfechtung wie spätestens mit der Anfechtung sonstiger Ausschreibungsbedingungen.

### **§ 321 BVergG: Fristen für Nachprüfungsanträge**

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(2) Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Frist - außer im Fall der Anfechtung einer gemäß den §§ 55 Abs. 5 oder 219 Abs. 5 freiwillig bekannt gemachten Entscheidung - auf sieben Tage.

(3) Bei der Durchführung einer Direktvergabe beträgt die Frist sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

(4) Anträge auf **Nachprüfung der Ausschreibung** sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages können über die in den Abs. 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus bis **spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist**, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs-, Wettbewerbs- oder Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim

wettbewerblichen Dialog, Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auf brieflichem Weg übermittelt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmefrist mehr als 22 Tage beträgt.

### **Rechtsformen für die Übernahme von Gesamtplanungen:**

Häufig braucht es nicht nur ein Ingenieurbüro, um ein Projekt erfolgreich durchzuführen.

Welche Möglichkeiten gibt es:

a) Auftraggeber beauftragt jeden Fachplaner gesondert

*Problem:* Koordinierung, Verantwortung für das Gesamtkonzept?

b) Auftraggeber beauftragt einen Generalplaner:

*Problem:* Befugnis: Typisches Beispiel Haustechnikplaner als Generalplaner, Architekt, Baumeister, Statiker etc. als Subunternehmer: Grund: Haustechnik TGA verursacht heute 60 bis 85 % der Gebäudekosten (z.B. Spital), sodass es ökonomisch sinnvoll sein kann, einen Fachmann auf dem Gebiet einer besonderen Sparte zum Generalplaner zu bestellen, mit der Auflage, die übrigen Fächer durch Subunternehmer abzudecken.

*Achtung:*

gem. EuGH vom 15.03.2012, Rs C-574/10 besteht bei Dienstleistungsaufträgen Zusammenrechnungspflicht (keine Stückelung in z.B. Architektur, Statik, Haustechnik, etc., sondern zusammenrechnungspflichtige Lose!)

Problembereiche: Honorar – Befugnis – Haftung – Kooperation – Federführung:

Gestaltungsvorschläge: Projektgesellschaft (Anteile Befugnis?)

Zusammenarbeit gemäß

### **§ 76 BVergG**

#### **Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer**

Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

### **§ 108 (1) BVergG**

#### **Inhalt der Angebote**

2. Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind

bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt.

Gefahr der Haftung: Einer für Alle - Alle für Einen.

Ein Generalplaner beschäftigt Subunternehmer (in der Ausschreibung ausdrücklich so vorgesehen, dann zulässig, aber Achtung auf Details/Verträge/Nachweise?)

Bezug zur Sittenwidrigkeit: Wenn bekannt ist, dass eine bestimmte Branche (z.B. Architektur) besonders elastisch auf Auftraggeber-Honorarvorstellungen reagiert, und diese Gruppe bevorzugt als Generalplaner ausgewählt wird, anstatt die eher honorarresistenten Fachplaner heranzuziehen, könnte, wenn dies in der Absicht geschieht, den angemessenen Preis zu unterlaufen (ohne den ohnedies nicht vergeben werden dürfte), auch Sittenwidrigkeit vorliegen.

### **Ausgewählte Einzelfälle von Sittenwidrigkeit:**

**1. Stadt im Osten von Österreich (anonymisiert):**

8. Honorar: Das Angebot beruht auf die angeführte **Kostenschätzung** gemäß Kapitel 1.2 des Bauherrn.

Die angebotenen Gebührensätze bleiben auch bei Eintreten folgender Änderungen unverändert:

1. Änderung der Baukosten (Kostenschätzung des Bauherrn zu Kostenfeststellung).
2. Verschiebung des Baubeginns bzw. eine Verlängerung der Bauzeit.

3. Änderungen des Projektumfanges, die sich im Zuge von magistratsinternen Besprechungen (Wirtschaftlichkeitsbesprechung, Bezirksgremien, etc) ergeben (z.B. eingereichtes Projekt: Generalsanierung und Zubau; in Wirtschaftlichkeitsbesprechung genehmigtes Projekt: nur Generalsanierung).
4. Planungs- und ausführungsbedingte Änderungen jeglicher Art während der Realisierungsphase.

Wegzeiten und Fahrtkosten sind, unabhängig ob innerhalb des Gemeindegebietes oder darüber hinaus und unabhängig der Verrechnungsart der Leistung, einzurechnen.

Das tatsächliche Honorar (exkl. USt.) errechnet sich aus den tatsächlichen Baukosten (Kostenfeststellung der Baukosten) der Kostenbereiche lt. Kapitel 1.2 x angebotener Gebührensatz.

*Problem:* Niemandem darf eine unlösbare Aufgabe gestellt werden, z.B. wie kalkuliere ich eine Verlängerung der Bauzeit bei der ÖBA? Wie kalkuliere ich planungs- und ausführungsbedingte Änderungen jeglicher Art während der Realisierungsphase?

## **2. bekanntes Infrastrukturunternehmen:**

### Besondere Vertragsbestimmungen Dienstleistung:

„4.3 Vertragsstrafen

Die Höhe der Vertragsstrafen ist insgesamt mit 50 % der Auftragssumme beschränkt.

#### 4.3.1 Vertragsstrafe bei Verzug (Pönale)



Die Vertragsstrafe ist nach Tagen festgesetzt. Es zählt jeder begonnene Kalendertag.

Eine Pönalisierung wird dergestalt vereinbart, dass bei Nichterfüllung von vertraglichen Festlegungen bzw. des Vertrages eine Pönale in der Höhe von 0,5 % der Auftragssumme je Kalendertag fällig wird.

#### 4.3.2 Vertragsstrafe bei Änderung der Subunternehmer/Subunternehmerleistung

Jede ohne Zustimmung des AG durchgeführte Änderung der im Anbot angegebenen Subunternehmer/Subunternehmerleistungen führt zu einer Vertragsstrafe von 2,5 % der Auftragssumme.“

#### Allgemeine Vertragsbestimmungen Dienstleistung:

##### „4.1.8 Leistung

Der AN verpflichtet sich ausdrücklich, die vereinbarten Leistungen vertragsgemäß auszuführen. Die Leistungen des AN haben den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu entsprechen.

Soweit Entscheidungen oder Freigaben durch den AG erfolgen müssen, sind die entsprechenden Entscheidungsvorlagen so rechtzeitig vorzulegen, dass dem AG eine angemessene Prüffrist im Rahmen der Terminpläne verbleibt.

Der AN hat seine Leistungen nach den Anordnungen und Anregungen des AG zu erfüllen und etwaige Bedenken hiergegen dem AG unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Der AN hat sich rechtzeitig zu vergewissern, ob seinen Leistungen öffentlich-rechtliche Hindernisse und Bedenken (z.B. Bescheidaufgaben usw.) entgegenstehen. Die Haftung des AN für die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Leistungen wird durch Anerkennung oder Zustimmung des AG oder durch die

Entgegennahme von Arbeitsergebnissen durch den AG nicht eingeschränkt, es sei denn, es liegt ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Mitverschulden des AG vor.

Der AN ist aufgrund des zwischen ihm und dem AG bestehenden Treueverhältnisses zur umfassenden Wahrung der Interessen des AG in fachlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher und terminrechtlicher Hinsicht, unbeeinflusst von den eigenen Interessen oder Interessen Dritter, verpflichtet. Der AN darf aufgrund des Treueverhältnisses keine Interessen Dritter (insbesondere der ausführenden Unternehmer, Lieferanten etc.) vertreten. Es ist dem AN und seinen Mitarbeitern nicht gestattet, etwaige Vorteile anzunehmen, die ihm von dritter Seite im Zusammenhang mit der Erfüllung dieses Vertrags übertragenen Aufgaben angeboten werden.

#### 4.1.9 Freigabe von Leistungen

Erfolgt eine Freigabe von Entwürfen des AN durch den AG, so bedeutet dies nicht, dass diese Entwürfe von dem AG auf technische Richtigkeit, Ausführbarkeit oder Kompatibilität mit anderen Teilen oder Gewerken geprüft wurden. Die Freigabe durch den AG bedeutet lediglich, dass der AG den Entwurf in Bezug auf Plausibilität und Einhaltung der Vorgaben des AG zugestimmt hat und entbindet den AN daher nicht von seiner alleinigen Haftung für die Richtigkeit und Vertragskonformität der erbrachten Leistungen.“

#### 4.1.11 Verzug

Bei Nicht-Einhaltung der festgelegten Termine kann der AG entweder

- a) nach Mahnung unter Setzung einer angemessenen Nachfrist auf Erfüllung der Leistung beharren oder
- b) unter Setzung einer Nachfrist vom gesamten Vertrag oder hinsichtlich einzelner, noch ausständiger Leistungen zurücktreten.

Sobald der AN in Verzug – in Bezug auf die festgelegten pönalisierten Zwischen- und Endtermine – gerät und nicht nachweisen kann, dass er den Verzug nicht zu

vertreten hat, wird eine Vertragsstrafe fällig, wobei der Nachweis eines Schadens nicht notwendig ist.

#### 4.1.13 Änderungen von Leistungen, zusätzlicher Leistungen, Zusatzangebote

Ist eine vom AG geforderte Leistung nach Meinung des AN in dessen vertraglichen Verpflichtungen nicht enthalten, so ist dies sofort dem AG schriftlich anzuzeigen und noch vor Erbringung der Leistung die Vereinbarung einer zusätzlichen Vergütung zu begehren. Ein Vergütungsanspruch für eine solche Leistung besteht nur dann, wenn vom AG ein schriftlicher Auftrag erteilt wurde. Sollte es zu keiner Einigung über die Vergütung kommen, ist der AN jedenfalls verpflichtet, die geforderten Leistungen zu erbringen, wenn dies vom AG schriftlich verlangt wird. Dies bedeutet kein Präjudiz für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vergütungsanspruchs.“

### **3. Leistungsgegenstand: Spitalsplanung:**

#### 1.6 Art des Vergabeverfahrens:

Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung erfolgt in einem offenen Verfahren zum Abschluss einer Vereinbarung mit einem einzigen Unternehmen nach vorheriger europaweiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich gemäß BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007 („BVergG 2006“).

#### 1.22 Wesentliche Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen:

Die Auftraggeberin behält sich vor, bei einer wesentlichen Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (insbesondere bei einer massiven Einschränkung der aus derzeitiger Sicht vorliegenden Mittelfreigabe oder einer wesentlichen Änderung ihrer Organisationsstruktur) von einer Vergabe der Leistung Abstand zu nehmen und das Verfahren zu widerrufen. Diese Bestimmung

berührt nicht das Recht der Auftraggeberin, die Ausschreibung allenfalls aus anderen Gründe zu widerrufen.

#### 1.24 Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen

Der Bieter hat die Ausschreibungsunterlagen auf Vollständigkeit zu prüfen. Der Bieter bestätigt mit der Abgabe des Angebotes, dass die Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen vollständig beschrieben sind und auch keine Teilleistungen fehlen, die zur einwandfreien Erfüllung des Vertrages notwendig sind. Bestehen nach Ansicht des Bieters bei der Auslegung des Ausschreibungstextes mehrere Möglichkeiten bzw. erscheint etwas unklar, so hat der Bieter vor Abgabe des Angebotes eine Klärung mit der Auftraggeberin herbeizuführen (s. dazu Punkt 1.16).

Sollten sich bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben, so hat der Bieter sie umgehend der Auftraggeberin mitzuteilen. Mit der Angebotsabgabe bestätigt der Bieter, dass die Ausschreibungsunterlagen einer vollständigen Prüfung unterzogen worden sind, dass die Ausschreibungsbestimmungen den gesetzlichen Vorgaben (insbesondere dem BVergG 2006) entsprechen, dass die Ausschreibungsunterlagen für seine Kalkulation ausreichend sind und dass der Bieter die zu erbringenden Leistungen sowie alle damit verbundenen Kosten mit der erforderlichen Genauigkeit beurteilen kann. Mit Abgabe des Angebotes bestätigt der Bieter darüber hinaus, dass (Kalkulations)Irrtümer, sowie Fehleinschätzungen des Bieters in Zusammenhang mit der Erstellung seines Angebotes einen Teil des Unternehmensrisikos bilden und zu seinen Lasten gehen. Eine Irrtumsanfechtung aus diesen Gründen ist daher ausgeschlossen.

#### 4.4 Unterbrechung der Leistung:

- 1) Falls vom Auftraggeber eine zeitweilige Unterbrechung der Arbeiten angeordnet wird, ruhen die Leistungen des Auftragnehmers, ohne dass diesem hieraus ein Anspruch auf eine Sondervergütung zusteht.
- 2) Wenn eine solche Unterbrechung länger als 3 Monate dauert und kein Rücktritt vom Vertrag erfolgt, kann der Auftragnehmer die Vergütung der von ihm bis zur Unterbrechung vertragsgemäß erbrachten Leistungen verlangen. Die Gebühr ist hierbei aufgrund eventuell erbrachter Teilleistungen innerhalb von Leistungsphasen als Prozentanteil der jeweiligen Gesamtleistung der Leistungsphase jedoch ohne Zuschläge zu berechnen.

#### 4.5 Projektreduzierung, Projektabbruch:

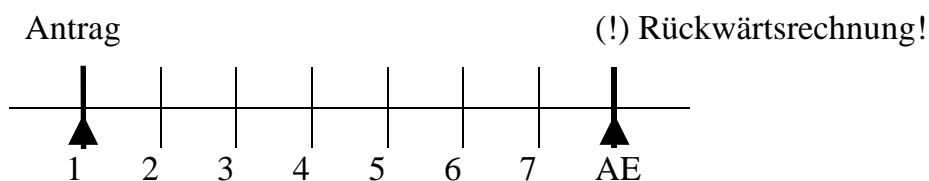
Der Auftragnehmer erhebt keinen Anspruch auf einen Verdienstentgang für den Fall, dass die beabsichtigten Planungsmaßnahmen nicht zur Gänze abberufen werden. In diesem Fall werden nur die bis dahin erbrachte Leistung ohne Zuschläge auf Grund der Auftragsreduzierung abgerechnet.

### **Sittenwidrigkeit, was tun?**

#### Vergabekontrolle:

Sowohl die Wahl des falschen Vergabeverfahrens als auch sittenwidrige Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen müssen rechtzeitig, d.h. spätestens **7 Tage vor Angebotsöffnung** (OSW 10 Tage) angefochten werden.

D.h.: 7 + 1 Tag



Versäumen Sie die Anfechtungsfrist, so tritt folgende paradoxe Situation ein:

Im Vergabeverfahren ist die angefochtene Wahl/Bestimmung unanfechtbar geworden.

Zivilrechtlich ist eine (effektiv) sittenwidrige Bestimmung aber gültig.

Zumindest dann, wenn allerdings die Sittenwidrigkeit die Intensität eines Wurzel mangels erreicht, d.h. so schwerwiegend und durchgängig ist, dass sie eine geordnete Vergabe überhaupt unmöglich macht, wird auch eine Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ähnlich wie in vergleichbaren Fällen (z.B. keine Zuschlagskriterien angegeben) möglich sein (müssen).

Letztlich besteht hier die Gefahr eines Wertungswiderspruches: Im Zivilrecht ist die sittenwidrige Bestimmung wirkungslos, daher muss ich sie nicht anfechten.

Im Vergabeverfahren ist die Bestimmung aber bestandfest geworden, d.h. der Wettbewerb wird unter Zugrundelegung anderer Bedingungen ausgetragen, als sie dann für die Ausführung gelten.

Lösungen:

- a) Jede sittenwidrige Bedingung führt zu einer schweren Störung des Wettbewerbes (zumal die Qualifikation Sittenwidrigkeit weit über gewöhnliche Rechtsschwierigkeit hinausgeht und daher immer schwerwiegende Umstände im Spiel sein müssen), d.h. wegen Sittenwidrigkeit könnte man auch noch die Zuschlagsentscheidung

anfechten, mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung.

*Problem:* Widerspruch zum Präklusionssystem des BVergG.

- b) Die sittenwidrige Bestimmung wird im Vergabeverfahren bestandfest, gilt daher für alle Beteiligten des Vergabeverfahrens, obwohl alle wissen, dass sie im Anschluss vor dem Zivilgericht nichtig ist.

Wettbewerb wird daher mit gezinkten Karten gespielt.

- c) Österreichvariante/vermittelnde Ausgleichsvariante:

Minderschwere Fälle von Sittenwidrigkeit: Bestandfest, d.h. sofort anfechten.

Gravierende Fälle von Sittenwidrigkeit: Angebotseröffnung kann abgewartet werden, Zuschlagsentscheidung dann anfechten, ist aber der riskante Weg!

Jedenfalls können sittenwidrige Ausschreibungsbedingungen jetzt keine Ausrede mehr für problematische Angebote sein: Sittenwidrige Ausschreibungen können daher zurückgedrängt werden, ob dies gelingt, liegt in der Hand der antragsberechtigten Ingenieurbüros.