

**Wer ist der Beste?
Brauchen wir Vergebung
für dieses Vergaberecht?**

Planning Day 2016

Velden

16. - 17.06.2016

1. Die Frage ist (wie immer bewusst und vorsätzlich) provokativ.

Aber gerechtfertigt provokativ!

Der Gesetzgeber hat nach langem zähem Ringen eine Mininovelle zum BVergG 2015 zustandegebracht, die eigentlich aus dem Gemeinschaftsrecht resultierende Aufgabe, die Richtlinien

- 2014/24/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/18/EG
- 2014/25/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/17/EG
- 2014/23/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe

umzusetzen, bislang jedoch einfach verfehlt.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

EU-Richtlinien

- 2014/24/EU
- 2014/25/EU
- 2014/23/EU

Umsetzungsverzug:

- Gemeinschaftsrecht bricht Landesrecht
- Unmittelbare Anwendung?

Der Vorteil ist, dass dann die Richtlinien eines Tages unmittelbar anwendbar sein werden (Gemeinschaftsrecht bricht Landesrecht). Man fragt sich wozu man sich dann die Arbeit mit der nationalen Gesetzgebung überhaupt noch antun soll, der Bonus besteht klarerweise darin, dass man dadurch ein Vertragsverletzungsverfahren vermeidet und sich (so völlig nebenbei und untergeordnet) auch an die EU-Verträge halten könnte.

Heute soll aber nur von einem Teilaspekt der Teilnovelle BVergG 2015 die Rede sein, nämlich vom Herzstück der Vergabe selbst, der grundlegenden Wendung zum Bestbieterprinzip.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Bestbieterprinzip

- schon immer möglich
- theoretisch zu bevorzugen
- jetzt teilweise obligatorisch

Das gilt allerdings nur aus der Praktikersicht. Theoretisch war eine Präferenz des österreichischen Gesetzgebers für das Bestbieterprinzip schon immer klar niedergelegt. Nur durch kollektive Ignoranz der Vergabepaxis der überwiegenden Zahl der öffentlichen Auftraggeber kam es so weit, dass der im Prinzip verfehlt Eindruck entstehen musste, in Österreich wäre das Billigstbieterprinzip das Maß der Dinge.

BESTBIETERPRINZIP

- Zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping?
- Vergabefremdes Ziel
- Wer will VR überhaupt?
- Möglichst wirtschaftliche Beschaffung bleibt so auf der Strecke

Mit diesem Irrtum ist der Gesetzgeber nun gewissermaßen radikal abgefahren.

Bemerkenswerterweise allerdings keineswegs mit einer vergaberechtlichen Motivation.

Wir erinnern uns an die Wurzeln dieses Vergaberechts, an die allerersten Anfänge, wonach das Ziel war, eine möglichst sparsame und wirtschaftliche Beschaffung, dies durch Stärkung des Wettbewerbs und der Transparenz, da und dort ein wenig auch Zurückdrängung der Korruption (die in Österreich ohnedies bei Weitem unterentwickelt ist [Gott sei Dank]) zu schaffen.

Vergabefremde Ziele

- Vollbeschäftigung von möglichst vielen
- weiblichen Lehrlingen über
- 50 Jahre! bei
- umweltgerechter Leistung

Wer so arbeitet, braucht (viel) mehr Geld!

Über die Jahre gelang es dann, vergabefremde Aspekte zu diskutieren und dann auch zu berücksichtigen, bekannt ist das geflügelte Wort Hubers, dass unter angemessener Berücksichtigung von Sozialkriterien derjenige den Zuschlag verdient, der die meisten über 50-jährigen weiblichen Lehrlinge beschäftigt.

In der Praxis kam allerdings eine angemessene Würdigung solcher Angebots Elemente nie vor, weswegen auch heute noch die Anzahl von Frauen, die mit über 50 im ersten Lehrjahr sind, vernachlässigbar gering geblieben ist.

Und dann kamen die unsäglichen Zeiten der überbordenden Ausländerbeschäftigung, des Zuzuges von Fremden, der Grenzöffnung, der trickreichen Umgehungsgeschäfte, wonach heutzutage selbst kroatische Mitarbeiter temporär überlassen werden dürfen, wenn sie nur vom EU-Ausland nach Österreich überlassen werden.

Ausländerbeschäftigung

- Fremdenzuzug
- Grenzöffnungen
- Umgehungsgeschäfte
- Kroaten in Deutschland anmelden, aber temporär nach Österreich überlassen?

Beispielsweise ist also für die Beschäftigung eines Kroaten in einem österreichischen Unternehmen nach wie vor eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich, wohingegen wenn selbiger beispielsweise dauerhaft (Stammarbeitsplatz) in Deutschland beschäftigt wird, die temporäre Überlassung nach Österreich nach den Grundsätzen von EuGH vom 11.09.2014, Rs C91/13 Essent:

"Mit seinem richtungsweisenden Urteil vom 11.09.2014, Rs C-91/13 Essent, hat der EuGH nunmehr seine bisherige Judikatur zur Entsendung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern durch ein in einem Mitgliedsstaat der Union ansässigen Dienstleistungsunternehmen zur Erbringung von Dienstleistungen die *keine* Arbeitskräfteüberlassung darstellen (z.B. grenzüberschreitende Erbringung von Bauleistungen auf Werkvertragsbasis, vgl. Urteile Kommission/Deutschland C-244/04 und Kommission/Österreich C-168/04) auf den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung ausgedehnt. Der Urteilstenor lautet wie folgt: "Die Art. 56 und 57 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie einer Regelung eines Mitgliedsstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, wonach eine Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer, wenn diese von einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Unternehmen an ein im ersten Mitgliedsstaat ansässigen entleihendes Unternehmen, das sie einsetzt, um Arbeiten für Rechnung eines anderen, in demselben Mitgliedsstaat ansässigen Unternehmens durchzuführen, überlassen

werden, davon abhängig ist, dass für diese Arbeitnehmer eine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden ist".

In seiner Entscheidung Zl.: Ra 2015/09/0006 vom 21.04.2015 sprach der Verwaltungsgerichtshof in Bezugnahme auf das EuGH-Urteil "Essent" aus, dass die bisherige Rechtsprechung betreffend die Überlassung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern durch ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU in Hinblick auf die Erfordernis einer Bewilligung des Arbeitsmarktservices für die Verwendung der überlassenen Arbeitskräfte durch ein inländisches Unternehmen nicht mehr aufrecht erhalten werden könne. Er hat allerdings ausdrücklich auf die Ausführungen des EuGH in dessen Rz 57 hingewiesen. **Demnach ist wesentlich, ob die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer** in dem Mitgliedsstaat, in dem sie von einem Unternehmen dieses Mitgliedsstaates beschäftigt werden, **legalen Status** haben, was **Aufenthalt, Beschäftigungserlaubnis** und **soziale Absicherung** betrifft und weiters, dass sie ihre **Haupttätigkeit in dem Mitgliedsstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist.**"

zulässig ist, solange keine Störung des österreichischen Arbeitsmarktes entsteht, mithin der Arbeiter nach getaner Arbeit wieder nach Deutschland zurückkehrt (oder zumindest dann auf eine andere Baustelle bei einem anderen Auftraggeber entsendet werden kann).

<i>Rechtsanwalt Dr. Rainer Kurbos</i>		
8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a	0316 / 82 77 22	kanzlei@kurbos.at
EuGH Essent		
Überlassung von DN = Dienstleistung DL-Freiheit des Überlassenden!		
VwGH:		
Drittstaatsangehörige (z.B. Kroaten) müssen in Entsendestaat (z.B. BRD) legalen Status haben.		
- Aufenthalt		
- Beschäftigungserlaubnis		
- Sonstige Absicherung		
UND Haupttätigkeit dort ausüben (=DAUERARBEITSPLATZ!)		
Wenn ja, dann temporäre Überlassung nach Österreich zulässig!		

Simultan mit dem Niedergang der Durchsetzungseffizienz des AuslBG stieg der Wunsch nach rigoroser Bekämpfung des Lohn- und Sozialdumpings im Sinne der österreichweiten, wenn nicht europaweiten Durchsetzung österreichischen Mindestlohniveaus.

Und für diesen Zweck, nämlich nicht für die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung, sondern für die Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping ist es dann gelungen, "jetzt aber wirklich" das Bestbieterprinzip einzuführen.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Mindestlohn am Bau durch Bestbieterprinzip?

▪ Kroaten in Deutschland	ja
▪ Übersendung nach Österreich	ja
▪ Kroaten in Österreich	nein !

(für Ü-Frist 5 Jahre!)
So richtig schlüssig also!

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Grundsätzlich gilt:

- Aufenthaltsrechts- und Beschäftigungsrechts-“Shopping“
- Jeder (auch Drittstaatsangehörige, Chinesen, Turkmenen oder Nigerianer),
- der irgendwo legal in der EU beschäftigt werden darf,
- dort einen „DAUERARBEITSPLATZ“ nachweisen kann,
- kann rechtswirksam temporär nach Österreich überlassen werden,
- nur die Mindestlohn-/angemessenen Lohn?-Bestimmungen müssen eingehalten werden.

Die Idee: Durchsetzung von Mindestlohn durch Bestbieterprinzip.

Ein Laie, der nicht schon Jahrzehnte im Vergaberecht sozialisiert, und in der Wolle quasi schizophren gefärbt wurde, vermutet hier noch einen inneren Widerspruch.

Was soll denn das Bestbieterprinzip mit der Einhaltung von Lohndumpingbestimmungen zu tun haben?

Die positive Korrelation liegt hier gewissermaßen "medizinistisch" unter 5 %.

Oder glaubt jemand wirklich, dass ein Anbieter, weil er nun durch das Füllhorn des Überpreises, der durch das Bestbieterprinzip über die Bieter ausgeschüttet wird, in überreichlichem Geldsegen schwimmt, fahrlässigerweise selbiges dadurch vergeuden könnte, dass er seine Leute anständig zahlt?

Warum denn, wenn es bisher auch oder mit wenig Geld gegangen ist?

Das wäre doch eine völlige Verkehrung marktwirtschaftlicher Prinzipien?

Und solange die Bieter nicht dem direkten Kommando eines Zentralkomitees planwirtschaftlicher Art unterstehen, kann man ihnen wahrscheinlich Geld hineinstopfen, so viel man will, freiwillig werden die ihren Mitarbeitern nicht mehr bezahlen, als der Arbeitsmarkt verlangt.

Und am Arbeitsmarkt gilt: Lohn = Widerspiel von Angebot und Nachfrage.

Solange die Unterbeschäftigung = Überangebot an Arbeitskräften breit aufgestellt ist, ist die Unterschreitung und das Lohn- und Sozialdumping hochattraktiv.

Verboten war und ist das ohnedies immer schon.

Untersuchen wir daher in Folge, ob die unsachliche Motivation der Politik wenigstens "zweckentsprechend" (d.h. entweder den Zielen des Vergaberechtes förderlich, d.h. im Sinne einer möglichst wirtschaftlichen Beschaffung) oder doch allerwenigstens so geeignet erfolgt ist, dass tatsächlich Lohn- und Sozialdumping mildernde Effekte zu erwarten sind:

Wie unschwer zu erwarten ist keines von beiden eingetreten, mithin die Maßnahme erfüllt nur insofern Beschäftigungswirkung, als dass auf die Mühlen der vergaberechtskundigen Juristen weiterhin vielfältig neue Energie zugeleitet wird:

§ 79 (3) BVergG sieht Fälle von obligatorischem Bestbieterprinzip vor, d.h. im Übrigen kann der Auftraggeber auch das Bestbieterprinzip wählen, die Wahl des Billigstbieterprinzips ist aber noch nicht per se ein Vergabeverstoß.

Merke: Die fehlerhafte Wahl des Zuschlagsprinzips ist ein anfechtbarer Mangel, der durch Verlauf der Frist (3/7 Tage) vor Angebotsöffnung präkludiert!

Mithin, der Auftraggeber, dem es gelingt, die Bieter von Anfechtungen abzuhalten, gleich wie, beispielsweise durch das Versprechen exzessiver illegaler Preisverhandlungen nach Auftragserteilung?? (die Antikorruptionsstaatsanwaltschaft lässt grüßen), profitiert durch Nichtanfechtung und Bestandsfestigkeit im Sinn vom Schutzschild Vergaberecht.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Schutzschild Vergaberecht?



- **Rügeflicht der Bieter**
- **Präklusionsfristen**
- **„Heilung“ von Ausschreibungsfehlern**
- **Antrags- und Teilnahmeobliegenheiten**
- **Verlust des Schadenersatzes**

Es heißt also: Der Zuschlag ist jedenfalls dem technischen und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wenn es sich um eine geistige Dienstleistung handelt:

Das stimmt nun überhaupt hoffnungsfroh:

Der Auftraggeber muss jetzt den besten (Dienstleister) Österreichs für seine Zwecke ermitteln.

Also das beste Ingenieurbüro, den besten Steuerberater oder auch den besten Rechtsanwalt.

Wenn also die Österreichische Bundesbahn wieder einmal einen vergaberechtskundigen Rechtsanwalt benötigen sollte, ist die Ermittlung dieses spezifisch besten Rechtsanwaltes Aufgabe der Österreichischen Bundesbahn.

Österreich ist also das selige Land, in dem der beste Anwalt von der Bundesbahn gekürt wird.

Aber wie macht das die Bundesbahn:

Ein der Dienstleistung fundamentales Problem, welches zur unüberwindlichen Hürde für jede rationale Bestbieterermittlung wird, ist, dass Dienstleistung von Warenkauf genau dadurch zu unterscheiden ist, dass in der Dienstleistung der Kauf vor der Leistung zu erfolgen hat.

Beispielsweise schon eine einfache Blinddarmoperation kann nicht etwa so wie ein Topfenstrudel in der Weise bearbeitet werden, dass man sich 10 Topfenstrudel beschafft, diese kostet, und dann den geschmacklich besten wählt, (abgesehen von der mangelnden Transparenz dieser Form der geschmacklichen Bestbieterermittlung), wobei bei einem Blinddarm offenkundig ist, dass man ihn nicht 10 Mal ein- und wieder ausbauen kann, nur damit sich der Patient den besten Chirurgen wählen kann.

Das gleiche gilt übrigens auch für Ehescheidungen, Verkehrsunfälle, sogar für die Betreuung in Vergaberechtscausen:

Kein Auftraggeber, nicht einmal die Bundesbahn, ist in der Lage, ein- und dasselbe Vergaberechtsverfahren durch 10 verschiedene Anwälte 10 Mal durchführen zu lassen, und dann sozusagen den besten "Outcome" als Kriterium zu wählen.

Das gilt für Waren keineswegs: Bei einem Winterreifen, selbst bei einem ganzen Bundesadler (als Intarsientischlerei) kann man sich ein Probestück machen lassen.

Und wenn man dann vor 10 Puzzlesteinen unseres gedachten Intarsientischlerei-Bundesadlers sitzt, kann man dann (sofern man 10 Mal dasselbe Stück gewählt hat) jenes aussuchen, das einem am besten gefällt.

Genau das geht prinzipiell mit der Dienstleistung nicht.

Was ist daher Gegenstand des Vergabeverfahrens?

Gegenstand des Vergabeverfahrens, und nebenbei bemerkt jeder Kaufentscheidung im Dienstleistungsbereich, ist das Prinzip Hoffnung.

Der Dienstleister kann im Vorhinein immer nur versprechen, eine qualitätvolle Dienstleistung erbringen zu wollen.

Der beste Chirurg, der schon die 1000ste schwierigste Operationen vollkommen komplikationslos und erfolgreich durchgeführt hat, kann just bei der nächsten dadurch, dass er am vergangenen Sonntag vom Hochsitz gefallen ist und sich den kleinen Finger verstaucht hat, nur mehr zweite Wahl sein.

Da freut es einen dann, dass die Frage, welche Kriterien man denn zur Ermittlung **beispielsweise des besten Ingenieurbüros anzuwenden hätte**, jeder Auftraggeber vom Gesetzgeber einen geradezu universellen Spielraum erhalten hat.

Alles, was irgendwie zweckdienlich, nicht diskriminierend, gerade noch gemeinschaftsrechtskonform ist, kann verwendet werden.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Dienstleistung: Prinzip Hoffnung

- DL-Vergabe
- Vaporware der Versprechung
- qualitätsvolle Dienstleistung
- rigorose Kontrolle dieses Versprechens
- vor Auftragserteilung,
- wie soll das gehen?

HOFFNUNG gegen HOFFNUNG also?

Wenn man so will, treffen hier aufeinander quasi kompensierend die bloße Vaporware der Versprechung einer qualitätvollen Dienstleistung auf die rigorose Kontrolle dieses Versprechens durch quasi hypothetische Zuschlagskriterien, Hoffnung gegen Hoffnung, wenn man so will.

So gelingt es mühelos, Wissenschaft durch Zufall zu ersetzen, ein stattliches Auftragsroulette zu betreiben und die Beteiligten jahrelang darüber in die Irre zu führen, alle glauben, dass das, was dann abläuft, mehr oder weniger rationalistische Elemente enthält (was vielleicht teilweise sogar stimmen mag) und damit dem Ideal des transparenten, nachvollziehbaren, das heißt im Vorhinein für jeden Bieter antizipierbaren Ausgang des Vergabeverfahrens nahekommt.

Das eigentliche Problem dürfte die Angst der Auftraggeberschaft vor sinnstörenden Kriterien sein.

Beispielsweise wurde ein Fall bekannt, in dem ein Auftraggeber neben dem billigsten Preis das Dienstalter der im Projektteam des Ingenieurbüros angebotenen Senioringenieure (z.B. ein Punkt pro Dienstjahr) bewertete.

Der durchschlagende Erfolg war: Bestbieter wurde, wer die meisten Hundertjährigen im Projektteam hatte.

Es sei daran erinnert, dass das Vergaberecht die wirtschaftliche und vernünftige Vergabe nicht prinzipiell inhibiert und ausschließt, bisweilen aber ganz erheblich durch subtile Denksportaufgaben erschweren kann.

Immerhin, es gibt auch einfache, rein mechanistische Zuschlagskriterien, beispielsweise die Verkürzung der Ausführungsfrist.

Wenn man also für eine Ingenieurleistung beispielsweise 100 Manntage benötigt, dann kann man die jeweilige Halbierung dieser Ausführungszeit im Angebot des Bieters mit jeweils weiteren 10-%-Punkten bewerten.

Beschränkt man dann die Ausführungsfrist nicht irgendwie rational, so gewinnt der Bieter, der in der Lage ist, die Erledigung in Lichtgeschwindigkeit anzubieten.

Nachdem er den Beweis erst später antreten muss, wird jeder Bieter die Lichtgeschwindigkeit anbieten. Bei der tatsächlichen Ausführung besteht die Aufgabenstellung dann darin, penibel zu untersuchen, warum aus der Lichtgeschwindigkeit quantenweise, das heißt pro Einwirkung seitens des Auftraggebers, wieder nur die ursprüngliche Ausführungsfrist geworden ist.

Das ganz besonders, wenn man als Auftraggeber vergisst, bei allfälligen zeitlichen Verkürzungselementen die doppelte Pönale des wirtschaftlichen Wertes des Vorteiles durch das Zuschlagskriterium vorzuschreiben.

Zeitbezogene Zuschlagskriterien haben den großen Vorteil der einfachen und transparenten Rechenhaftigkeit.

Man kann also beispielsweise bei jeder Art von Auftrag ausschreiben, dass eine Verkürzung der Ausführungszeit um einen Tag einen preislichen Vorteil von EUR 10.000,00 bewerkstelligt.

Wenn dann die Pönale EUR 100,00 ist, bieten alle eine Bauzeitverkürzung um 1000 Tage an.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Wenn schon Bauzeitverkürzung:

- Pönale:
- Mindestens das Doppelte des Vorteils aus der Z-kritischen Bauzeitverlängerung!
- Sonst werden opportunistische Angebote wirtschaftlich erfolgversprechend

Das heißt, die Pönale muss mindestens 200 % des Benefites sein, der wettbewerblich zu lukrieren war. Die ersten 100 % einfach nur einmal zur Kompensation und die zweiten 100 % zur Aufrechterhaltung der wettbewerblichen Reihung.

Das war aber ohnedies schon immer klar.

2. Alternativangebote:

Diese müssen nunmehr ausdrücklich für zulässig erklärt werden.

Alternativangebote

- müssen nunmehr ausdrücklich für zulässig erklärt werden
- doppelte Zuschlagskriterien
- wann Alternativangebote?
- wann Hauptangebote?
- wer ist wo Bestbieter?
- Es gibt dann immer 2 Bestbieter?
- Auswahlentscheidung muss für Bieter VORHERSEHBAR sein!

Das führt zu einem Doppelhaken:

Zum einen kann der Auftraggeber die Alternativangebote für zulässig erachten, zum anderen braucht er dann doppelte Zuschlagskriterien, nämlich einerseits für das Amtsoffert und andererseits für die Alternative, wobei er im Grunde genommen im Vorhinein nicht wissen kann, was die Alternative sein wird, weil sonst wäre es keine Alternative, sondern ein zweites oder drittes Amtsoffert geworden!

Das heißt, der Auftraggeber, der spekulativ ausschreiben will, der sich auf ein vergaberechtliches Abenteuer einlassen will, der endlich einmal etwas erleben will (im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht beispielsweise), der sieht vor, dass Alternativangebote ausdrücklich zugelassen sind. Dann wird er sich fragen müssen, wieso er für die Amtsofferte andere Zuschlagskriterien hat, wie für die Alternativofferte, und ob das denn überhaupt zulässig ist.

Weil die Gleichbehandlung würde es doch wohl verbieten, Ungleiches gleich zu behandeln.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Hauptoffert: Zuschlagskriterie Salz 1
Alternativoffert: Zuschlagskriterie Salz 2
Was gilt wenn Z-Krit. 1 \neq Z-Krit. 2 ??
(geht wahrscheinlich anders, weil
ALTERNATIVE = WAS ANDERES??)

Wie werden Haupt- + Alternativangebote gegeneinander
abgewogen, (wo sie doch unvergleichlich = was anderes sein
sollen?)
D.h. nötig Z-Kriterie Salz 3: wann ist Hauptoffert besser als
Alternative?

Wie kann man also das Amtsoffert und die Alternativangebote über den gleichen
Leistern der identen Zuschlagskriterien scheren wollen?

Das heißt, die Problematik kann innert Sekunden potenziert werden. Man muss zwei
Sets von Zuschlagskriterien erfinden, die nicht diskriminierend kompensatorisch alle
möglichen Bieterideen erfassen.

Ein Himmelfahrtskommando schlechthin. Für Ingenieure, die haftpflichtversichert
sind, keineswegs zu empfehlen, weil die Einlassungsfahrlässigkeit schon erkennbar
ist.

Und damit wird eine an sich gute Idee, nämlich Alternativangebote zuzulassen, von
vorneherein sterilisiert, wenn nicht abgetötet.

Aber, das liegt doch auf der Hand: Wenn ich einen Topfenstrudel ausgeschrieben
habe, und alternativ andere Desserts zulasse, werde ich beim Topfenstrudel das
Gewicht, die Kalorienanzahl, den Zuckergehalt, den Vitamin C-Gehalt etc. etc. als
Zuschlagskriterium benennen.

Für die alternativen Desserts, die möglicherweise aus Elementen des Abendessens bestehen, wie beispielsweise Physalis, Mango oder Mandelmus, wird es ziemlich schwer werden, dem Argument zu entgehen, dass das eine oder andere quantifizierende Zuschlagskriterium vollkommen undiskriminierend ist, weil wie gesagt, wie soll man denn Ungleiches gleich behandeln, ohne es ungleich zu machen?

Wenn man also jetzt für den Topfenstrudel und jedes weitere Dessert verschiedene Sets Zuschlagskriterien hat, dann braucht man eine Art "Oberset", indem man nämlich den Bestbieter des Amtsdesserts mit dem Bestbieter aus dem Universum der alternativen Desserts vergleicht.

Und wo bleibt der Vertreter der modernen Molekularküche, der mit Hilfe von Vakuumschaum aus Marillenparfait ein geschmackliches Feuerwerk zaubert?

Und einmal Hand aufs Herz, wie wird das eigentliche Zuschlagskriterium des Geschmacks bewertet?

Die Frage ist von nicht trivialer, aber existenzieller Bedeutung:

Seitdem im Krankenhauswesen die Lebensmittellieferungen nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben werden müssen, also das beste geschmackliche Erlebnis der Patienten Zuschlagskriterium sein soll, stehen wir vor einer ganz neuen Generation von Herausforderungen:

Wir Vergabegerichte müssen den Geschmack der zukünftigen Patienten antizipieren.

Wohlgeschmack als Z-Kriterium?

- Kommissioneller Test?
- Punktesystem?
- Das Z-Kriterienwesen als Speerspitze der österreichischen Vergaberechtsentwicklung am Beispiel des Wohlgeschmacks von Krankenhauskost?

Zum Glück gibt es unter uns einige Connaisseure, die zumindest den Gault Millau lesen können. Ob das für die Schöpfung konsistenter, transparenter, nachvollziehbarer Zuschlagskriterien in Punkto Wohlgeschmack so ausreichend ist, dass nicht-diskriminierenderweise der jeweils beste Geschmack unterscheidbar wird, das ist eine fast schon philosophische Frage und damit glücklicherweise eine andere Fakultät. Kommen wir zum Punkt 3., wo die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt:

Wenn man nach meinen bisherigen Erfahrungen gedacht hat, dass jetzt das Ende der Fahnenstange des vergaberechtlichen Irrsinns bereits erreicht worden wäre, so wird man radikal eines Besseren belehrt:

Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung stammt das Leistungsverzeichnis vom Bieter.

Das war zumindest bislang im Gesetz ausdrücklich so vorgesehen.

Nunmehr hat die funktionale Leistungsbeschreibung eine technische Spezifikation, das Leistungsziel hinreichend genau und neutral zu beschreiben. Daraufhin stellt der

Bieter ein Angebot, es ist also nach wie vor so, dass das Leistungsverzeichnis bei der funktionalen Ausschreibung vom Bieter stammt.

Damit ist vorgegeben, wie zu spekulieren ist, und außerdem gibt es größere Schwierigkeiten, wenn schon die Anzahl der Positionen zwischen einzelnen Bietern nicht übereinstimmen sollte.

Sollte ein Auftraggeber jedoch auf die vollkommen abwegige Idee verfallen, auch bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ein konstruktives Leistungsverzeichnis in die Ausschreibungsunterlagen einzuschummeln und so eine Überbestimmung vorzunehmen, nämlich indem einerseits eine funktionale Leistungsbeschreibung und andererseits ein konstruktives Leistungsverzeichnis in sinnstörender Konkurrenz miteinander stehen, so liefert er einen Anfechtungstatbestand.

Glücklicherweise verstehen die Bieter meist das Sprengpotenzial solcher Konstellationen nicht, sodass man dann als Auftraggeber während der Ausführung wahlweise konstruktiv oder funktional argumentieren kann, wenn es um mehr Leistung oder weniger Geld geht.

Das Hauen und Stechen der gewöhnlich konstruktiven Leistungsbeschreibung wird so potenziert.

- **Funktionale Ausschreibung ist**
- **Wettbewerb im Weglassen.**
- **Und das Schöne am Bestbieterprinzip ist,**
dass dann der, der Bester ist, am meisten weglässt!

Wie soll man so etwas mit Kriterien verhindern?

Kein Wunder, dass Alternativangebote und funktionale Ausschreibungen in der ziemlichen Minderheit bleiben, zumal selbst allersportlichste Auftraggeber nach einigen unangenehmen Erfahrungen mit solchen Phänomenen (die durchaus

vorhersehbar sind) sich dann wieder auf das historisch versteinert konstruktive Ausschreibungsmodell zurückziehen.

Weitere Fälle des obligatorischen Bestbieterprinzips sind unkalkulierbare Risiken (Z 4), hätte man gedacht, dass, wenn man die Risiken nicht kontrollieren kann, die Angebote überhaupt nicht vergleichbar sind. Das stimmt auch, und deswegen wird dann anschließend verhandelt (Verhandlungsverfahren).

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Obligatorisches Bestbieterprinzip

- Unkalkulierbare Risiken
- Angebote überhaupt nicht vergleichbar!

Bei ÖNORM-Abweichungen:

- Angebote noch vergleichbar - Billigstbieter
- Angebote nicht mehr vergleichbar - Bestbieter

Innovation

Bisher: durften Ausschreibungen, die zu nicht vergleichbaren Angeboten führten, gar nicht veranstaltet werden.

Jetzt: Zufall statt Transparenz!
Oder eine echte Ingenieurleistung:
Mache sie unvergleichbarer vergleichbar! Durch miteinander nicht vergleichbare Z-Kriterien??
Angebotsöffnung im CASINO?

Das einzige, was hier leidet, ist die Transparenz und Antizipierbarkeit. Eine Abweichung von ÖNORMEN oder geeigneten Leitlinien ist nur bedingt pönalisiert mit Bestbieterprinzip: Nämlich wenn **dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind:**

Das heißt, es gibt nun zwei Gruppen von ÖNORM-Abweichungen, solche, die immer noch vergleichbare Angebote bewirken, und solche, die dazu führen, dass die Angebote nicht mehr vergleichbar sind.

Bis dato hätte man gedacht, dass es dem Auftraggeber schlicht verwehrt wäre, seine Ausschreibung so zu formulieren, dass er zwar mehrere Angebote bekommt, diese aber alle miteinander nicht vergleichbar sind.

Mittlerweile darf er also ohne weiteres gerne auch "Mittagessen" funktional ausschreiben, die ÖNORMEN ausschließen, muss aber dann mindestens zwei Kriterien wie beispielsweise billigster Preis und schnellste Lieferung (nach Drücken der Stoppuhr um 12:00 Uhr) ausschreiben, weil auf diese Weise die grundsätzlich überhaupt nicht vergleichbaren Angebote wenigstens zwei miteinander nicht vergleichbaren Zuschlagskriterien unterworfen sind.

Minus Vergleichbarkeit mal minus Vergleichbarkeit soll also hier offensichtlich Transparenz erzeugen.

Wenn das nicht Kabbala und Mystik des modernen Vergaberechtes in Reinkultur sind!

<i>Rechtsanwalt</i> <i>Dr. Rainer Kurbos</i>		
8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a	0316 / 82 77 22	kanzlei@kurbos.at
<p>Sind die zu erbringenden Dienstleistungen so diffizil, dass man keine ausreichenden vertraglichen Spezifikationen vorsehen kann, das heißt, eigentlich im Vertrag gar keinen Maßstab hat, ob selbiger auch erfüllbar ist, wird man dazu gezwungen, wenigstens zwei Zuschlagskriterien vorzusehen.</p>		

Das hohe Niveau des Sinnstörenden konnte auch in dieser Bestimmung vollkommen aufrechterhalten werden.

Sinnvoll ist Pos. 7. "...im Rahmen der Angebotsbewertung mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (z.B. Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) berücksichtigt werden sollen".

Das heißt, die allseits beliebten Life-Cycle-Costs, die Energieverschwendung, die Deponieplatzverschwendung, alle umweltgerechten Elemente können hier kostenwirksam und zuschlagswirksam monetarisiert werden.

Das hat einmal einen Sinn, wenngleich der Teufel im Detail steckt, aufgrund der fortgeschrittenen Zeit soll nur allgemein darauf hingewiesen werden, dass die Gefahr unsachgemäßer und damit sinnstörender Ergebnisse nicht völlig gebannt ist. Und schließlich es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert mindestens EUR 1 Mio. beträgt:

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

- BAU -

**Im Bauwesen ist ab
EUR 1 Mio. das
Bestbieterprinzip obligatorisch!**

Ganz einfach, weil es sich um das Bauwesen handelt.

Da mag also jetzt das Angebot noch so billig sein, es kann niemals das beste sein, wenn das zweite Kriterium nicht stimmt.

Welches zweite Kriterium das ist, steht im vollkommen freien Ermessen des Auftraggebers. Nur monetarisierbar muss es sein.

Es braucht also ein Punktesystem.

*Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos*

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

Punktesystem

- 1 Punkt = 1 Euro
- Bestangebot: Angebot mit geringster Punkteanzahl!
- Andere Z-Kriterien:
 - + oder -Punkte
 - z.B. Bauzeitverlängerung
- Preisbonus EUR 1.000,00 pro Verkürzungstag
- Transportmalus:
 - 1 Punkt pro gefahrenen Tonnenkilometer
 - der Zulieferfracht!

Das ist generell erforderlich, weil sobald man zwei Disziplinen hat, Weitspringen und Hochhüpfen, jeder Sportler zu unterschiedlichen Leistungen neigt, und diese dann an sich das Unvergleichliche vergleichbar zu machen erfordern.

Damit sind mehrere Ebenen des Versagens eröffnet, man kann nun schon sinnstörende Zuschlagskriterien verwenden und/oder deren Gewichtung zu gering oder zu hoch würdigen oder die einzelnen Kriterien untereinander nicht messbar vergleichbar machen.

Eine Verschärfung liegt in der in Österreich kaum gebräuchlichen "Marge", wenn es nämlich dort heißt so sinngemäß, dass, wenn man es nicht genau ausrechnen kann, auch die Angabe einer Marge ausreicht.

Das heißt, Bestbieter ist, wer zwischen 10 und 20 % eines Kriteriums erreicht??

Und was ist, wenn ungünstigerweise beide Bieter innerhalb der Marge sind? Na ja, glücklicherweise werden sie dann wenigstens einen unterschiedlichen Preis haben.

Und last but not least erschließt sich ein völlig neues Feld der Ingenieurleistungen im Sinn des Degustations-Engineerings, weil das Bestbieterprinzip obligatorisch ist, wenn es sich um die Beschaffung von Lebensmitteln handelt.

Aber keineswegs alle Lebensmittel sind auf der schwarzen Liste des BVergG, nein, Fleisch und genießbare Schlachtnebenerzeugnisse, Kuhmilch, Butter, Eier, Gemüse sowie Obst erfordern das Bestbieterprinzip.

Rechtsanwalt
Dr. Rainer Kurbos

8042 Graz, Neue-Welt-Höhe 36a 0316 / 82 77 22 kanzlei@kurbos.at

- Degustations-Engineering
- Bestbieterprinzip obligatorisch bei schwarzer Lebensmittelliste des BVergG:
 - Fleisch
 - Kuhmilch
 - Butter
 - Eier
 - Gemüse
 - Obst

Was nun:
Ist Dörrobst
Konfekt (Billigstbieter) oder Obst (Bestbieterprinzip?)

Man wird hier wohl die Infektionstheorie gelten lassen müssen: Wenn in einer Ausschreibung mit gemischtem Inhalt, beispielsweise Schokolade, Konfekt und Obst, auch nur ein einziger bestbieterpflichtiger Artikel enthalten ist, wird das Billigstbieterprinzip zur Anfechtungsmöglichkeit führen.

Ungelöst ist die zentrale Frage, ob Dörrobst in diesem Fall als Konfekt oder als Obst gilt.

Mit diesem persönlichen Schlusswort darf ich die geschätzten Teilnehmer dann in die Pause entlassen.