



## **Bericht zum ERF/GSV Seminar „Neue Vergabe-Richtlinien für öffentliche Beschaffung – der steinige Weg zu einem fairen Bestbieterprinzip“**

An Baeyens, EU-Kommission, Generaldirektion für Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU, betont in ihrem Einleitungsstatement, dass die neuen Richtlinien öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit geben, mittels des Vergabeprozesses Innovationen anzustoßen, aber auch soziale Herausforderungen zu adressieren. Mit den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU, die bis 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen sind, gibt es dann nur mehr ein Zuschlagskriterium: das wirtschaftlich günstigste Angebot (MEAT - most economically advantageous tender). Das wirtschaftlich günstigste Angebot soll auf der Basis des Preises oder der Kosten (ermittelt z.B. durch eine Lebenszykluskostenrechnung) oder auf Basis des besten Preis-Leistungsverhältnisses (auf Basis von Zuschlagskriterien, die mit dem Gegenstand des Vertrages verbunden sein müssen), ermittelt werden. Zuschlagskriterien können neben dem Preis und/oder den Kosten auch andere qualitative, umweltbezogene und/oder soziale Kriterien sein. Welches Kriterium auch immer angewandt wird, es muss immer ein wirtschaftliches Element enthalten sein. Es wird extra die Möglichkeit erwähnt, das Festpreis- oder Fixkostenprinzip anzuwenden, um damit einen reinen Qualitäts-Wettbewerb zu bewirken. Die Mitgliedsstaaten können die Verwendung von Preis oder Kosten als alleiniges Kriterium ausschließen oder einschränken.

### **Was ist fair?**

Michael Fruhmann, Vergaberechterspezerte im Bundeskanzleramt, analysiert anschließend die österreichische Situation. Er stellt anfangs gleich zwei Fragen in den Raum: Was heißt „fair“ im Kontext eines Beschaffungsprozesses? Was kennzeichnet ein faires Bestbieterprinzip? Das Wort fair sehe jeder anders. All diese unterschiedlichen Sichtweisen sollten optimaler Weise durch das Vergabegesetz abgedeckt werden. Wenn bei der Vergabe der billigste Anbieter zum Zug komme, ist das aus Sicht von Fruhmann auch fair, da das Kriterium Preis für alle gelte und offen und transparent sei. Fair ist aber auch die Berücksichtigung weiterer sozialer, ökologischer und innovativer Kriterien.

Aktuell gibt es eine „kleine“ Novelle 2015 des österreichischen Bundesvergabegesetzes, die zwar mit den neuen EU-Richtlinien konform ist, jedoch nicht alle Punkte der EU-Richtlinie umsetzt. Mit dieser Novelle wird das Ziel verfolgt, Sozial- und Lohndumping zu vermeiden, die als zu großzügig wahrgenommene Anwendung des Billigstbieterprinzips in der Praxis einzudämmen und das politische Ziel nach fairen und qualitätsvollen Vergaben zu erfüllen. Hauptinhalte sind die Stärkung des Bestbieterprinzips, mehr Transparenz und Kontrolle bei Subvergaben und eine verpflichtende Abfrage nach § 7n AVRAG (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz) zwecks Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping.

### **In Normen werden bereits hohe Qualitätsstandards festgelegt**

Anlass war – wie bereits erwähnt – die starke Fokussierung auf den Preis. Wenn bei einer Vergabe zu 97% der Preis und nur zu 3% z.B. eine Gewährleistungsverlängerung eine Rolle spiele, kann man hier von einem Feigenblattkriterium sprechen. Aber, so Fruhmann: „Die Festlegung nur auf den Preis ist nicht immer falsch.“ Schließlich werden in all den 12.000 österreichischen Normen, die konsensual vereinbart wurden und damit keinen Anbieter bevorzugen, bereits hohe Qualitätsstandards festgelegt. Und die öffentliche Hand müsse diese Normen auch einhalten, „das garantiert hohe

Qualität.“ Man könne sich also schon die Frage stellen, warum man weitere Kriterien benötigt, wenn sowieso schon hohe Qualitätsstandards einzuhalten sind.

Bei der Novelle gibt es wenig überraschend zwei Positionen: Die einen begrüßen sie, die anderen sehen keinen Sinn darin. Jedenfalls bringt die Novelle mindestens ein verpflichtendes (Qualitäts-) Kriterium neben dem Preis, womit eine geringere Gefahr für Sozialdumping bewirkt werden soll. Fruhmann: „Ob dieser Effekt auch wirklich eintritt, wird die Zukunft zeigen.“

Fruhmann erinnert aber auch an die Sparsamkeitsverpflichtung der öffentlichen Hand, der Preis muss entsprechend berücksichtigt werden: „Das sieht auch die EU so.“ Jedoch könne durch die Reduktion auf einen reinen Preiswettbewerb hoher Kostendruck auf die Unternehmen entstehen, was das Risiko von Lohn- und Sozialdumping wiederum erhöht.

Doch auch durch die neue Novelle bleibt eine Ausnahme: Wenn der Qualitätsstandard der Leistung in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist (und dies vergleichbare Angebote zu Folge hat), kann nach wie vor nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Zwingend soll das Bestbieterprinzip hingegen zur Anwendung kommen, wenn es sich um eine geistige Dienstleistung handelt, der Auftraggeber Alternativangebote zulässt, die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, bei Leistungen, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine globale Leistungserbringung nicht zulassen oder in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien abgewichen wird und dies voraussichtlich nicht vergleichbare Angebote zur Folge haben wird. Vor allem der letzte Punkt ist in der Entstehung sehr umstritten gewesen. Des Weiteren soll das Bestbieterprinzip angewendet werden, wenn vertragliche Spezifikationen im Vorhinein nicht exakt festgelegt werden können, wenn bei der Angebotsbewertung Folgekosten berücksichtigt werden sollen und wenn es sich um Bauaufträge mit einem geschätzten Gesamtwert von über 1 Mio. € handelt. Zum letzten Punkt ergänzt Fruhmann, dass auch die jeweiligen Lose dieses Bauauftrages über 1 Mio. dem Bestbieterprinzip unterliegen. Außerdem soll das Bestbieterprinzip im Sektorenbereich auch bei besonders komplexen Aufträgen zum Einsatz kommen. Also wenn der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Spezifikationen eindeutig festzulegen und stattdessen eine Problembeschreibung tätigt.

### **Zeitpunkt der Realisierung derzeit noch offen**

Abschließend hinterfragt Fruhmann die Novelle aus persönlicher Sicht: „Die Frage ist für mich, ob die politischen Ziele mit dieser Novelle, so wie sie jetzt vorliegt, auch tatsächlich erreicht werden können. Wären Alternativmaßnahmen wie Kontrollen der Arbeitsbedingungen etc. vielleicht effektiver gewesen?“ Ein Beispiel ist die Baustellendatenbank, die jedoch nicht verpflichtend befüllt werden muss. Die parlamentarische Behandlung ist jedenfalls noch für Herbst 2015 geplant, ein Inkrafttreten der Novelle mit 1.1.2016 sei theoretisch noch möglich. Allerdings seien die Länder, die noch Einspruch erheben können, alles andere als glücklich mit der Novelle, da sie sich „übergangen“ fühlen.

Christoph Nicodème, Generaldirektor der European Union Road Federation (ERF), geht auf die sozioökonomische Bedeutung der Straßen ein: Das europäische Straßennetzwerk umfasst rund 5 Millionen Kilometer und hat einen Wiederbeschaffungswert von 8 Billionen € (Schätzung der ERF).

Straßen erlauben den Zugang zu Handel und Services, Arbeit und wirtschaftlicher Entwicklung. Der gesamte Straßensektor beschäftigt 5 Millionen Menschen direkt (5% des EU BIP), inklusive verwandten/zugehörigen Arbeitsplätzen sind es sogar 14 Millionen (11% des EU BIP). 83% des inländischen Passagierverkehrs und 72% des inländischen Güterverkehrs wird in der EU über Straßen abgewickelt. Derzeit werden viele Straßenbauprojekte nach dem billigsten Preis ohne längerfristige Überlegungen ausgeschrieben. Mit den neuen EU-Richtlinien sieht Nicodème die Chance, die Beschaffung grüner, innovativer und sozialer zu gestalten. Das führt zu optimalerer Ressourcennutzung und lässt bessere und länger haltbare Straßen erwarten. Davon würde die gesamte Gesellschaft profitieren. Daher begrüßt die ERF die neuen Richtlinien, sieht aber jetzt die Herausforderung, diese in die Praxis umzusetzen.

### **VIP: Vergabe als Handschlag für Partnerschaft**

Eine Gruppe von Stakeholdern auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite hat ein „Vergabemodell für Infrastrukturprojekte“ (VIP) entwickelt, welches einen stark partnerschaftlichen Ansatz bei Bauprojekten in den Vordergrund stellt. Wolfgang Holzer, Bernard Ingenieure ZT, stellt dieses Modell vor. Er betonte allerdings gleich eingangs, dass das VIP nur als Puzzleteil eines Ganzen gesehen werden kann. Ziele des VIP sind die konsequente Umsetzung des Bestbieterprinzips, realistische Kalkulationsansätze, Bauen mit angemessenen Preisen, ein ausgewogener Bauvertrag, Vermeidung von Negativspiralen im Prozess der Kooperation und Vergabe als Handschlag für Partnerschaft zu sehen. Prinzipiell wird beim VIP nach einem Zwei-Kuvert-System vorgegangen. Die Evaluierung des technisch-/qualitativen Angebotsinhalts (Kuvert 1) ist vor Öffnung des Gesamtangebotes (Kuvert 2) durchzuführen. Termin- und Qualitätskriterien befinden sich also im Kuvert 1 und das Preiskriterium im Kuvert 2. Der Ablauf ist vereinfacht folgender: Wenn die Angebote den Anforderungen entsprechen, wird das technisch-/qualitative Angebot durch eine Kommission geprüft und bewertet. Sämtliche Zuschlagskriterien müssen in einem einheitlichen, zielorientierten Bezugssystem abgebildet werden. Unter Berücksichtigung des Bietergesprächs wird von der Bewertungskommission ein Bericht der Bewertung erstellt. Der Bestbieter wird durch die Addition der bewerteten Einzelergebnisse (quantitative und qualitative Kriterien) ermittelt.

Hier müssen qualitative Kriterien eine beeinflussende Rolle spielen. Demnach müssen Qualitätskriterien mindestens 50% und der Preis maximal 50% ausmachen, betont Holzer.

Ein Projekt wurde bereits erfolgreich nach dem VIP Modell durchgeführt. Erste Erfahrungen zeigen, dass ein etwas höherer Personalaufwand notwendig wurde, da sich v.a. die Bewertung des technisch-/qualitative Angebots umfangreich gestaltet hat. Holzer sieht hier aber einen großen Nutzen für das Projekt.

Zum Vortrag von Fruhmann ergänzt Holzer, dass das Bestbieterprinzip das Problem des Lohnsozialdumping nicht lösen, aber als Mosaikstein zu einer Verbesserung beitragen wird. Er stellt die Frage in den Raum, ob auch andere Vergabemodelle im Bundesvergabegesetz vorstellbar sind.

### **Diskussion**

Anschließend diskutieren An Baeyens, Michael Fruhmann, Ewald Pulker, ÖBB, Christian Sauer, ASFINAG und Wolfgang Wiesner, PORR, über den „steinigen Weg zu einem fairen Bestbieterprinzip“.

Michael Fruhmann erläutert die Situation der Länder näher, die die Novelle 2015 noch zu Fall bringen könnten. Zwar haben die Länder vor einiger Zeit auf die materielle Vergaberechtskompetenz verzichtet, die Kontrolle ließen sie sich aber nicht nehmen. Darüber hinaus bedarf jede Änderung der materiellen Bestimmungen der Zustimmung der Länder. Eine große Sorge der Länder ist eine erwartete Überforderung derjenigen Personen, die dieses Gesetz dann anwenden müssen. Daher müsse es möglichst praxisgerecht sein. Der Preis allein sei eben einfach zu evaluieren.

Dass die neuen EU-Richtlinien vor allem KMU benachteiligen könnten, weist Baeyens zurück. Zwar sei es für KMU nicht ganz so einfach, die neuen Richtlinien umzusetzen, Baeyens hofft hier aber auf die Unterstützung der Mitgliedsstaaten und deren lokale Organisationen wie z.B. Wirtschaftskammern. Außerdem enthalten die Richtlinien gerade bestimmte Maßnahmen, die den KMU leichteren Zugang zu öffentlichen Aufträgen ermöglichen wie z.B., dass Aufträge in Lose aufgeteilt werden. Die Umsetzung der Richtlinien verläuft je nach Mitgliedstaat unterschiedlich, „manche sind bereits sehr weit und manche eher spät“.

### **ASFINAG setzt große Teile der Richtlinie schon jetzt um**

Die ASFINAG schreibt im Regelfall nach dem Bestbieterprinzip aus, betont Sauer: „Für uns ist das nichts Neues. Wir lassen auch Alternativen bei Bauleistungen zur Förderung des Innovationswettbewerbes zu. Die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zwingen uns zum Bestbieterprinzip. Wir müssen laufend unsere Projekte und Ausgaben, vor dem Hintergrund der Lebenszykluskosten, optimieren.“ Und: „Qualität kostet etwas, und es rechnet sich.“ Baufirmen können Asphalt besser einbauen und nicht nur so, dass er gerade noch den Normen entspricht. 18 standardisierte Qualitätskriterien kommen bei der ASFINAG zum Einsatz (9 aus dem FSV-Arbeitskreis und 9 eigene; 15 mathematische und 3 kommissionelle). Es können auch nur mehr gewisse Leistungen an Subunternehmer weitergegeben werden, da 50% der Leistungen als kritisch eingestuft werden, die der Auftragnehmer selbst übernehmen muss. Sauer: „Das hat die ASFINAG der neuen Richtlinie bereits vorweggenommen, das Richtige / Sinnvolle kann man auch schneller machen.“

Wie sich das Bestbieterverfahren auf die Preise auswirkt, will sich auch Fruhmann nicht festlegen: „Es gibt keine Studie, die zeigt, wie sich das Bestbieterverfahren auf die Marktpreise auswirkt.“ Bei den internen Kosten für den Beschaffungsprozess kann eine Erhöhung um bis zu 20% stattfinden.

### **ÖBB legt großen Wert auf Kernleistungen aus einer Hand**

Die ÖBB hat sich bei der Vergabe eng mit der ASFINAG abgestimmt, berichtet Pulker. Bis Mai 2014 hatte die ÖBB den Anteil der Kernleistungen nicht definiert. Seit Mai 2014 müssen Auftragnehmer die Kernleistung zu einem festgelegten Anteil selbst erbringen. Alle genannten Subunternehmer müssen ihre Eigenleistung wieder zu einem definierten Mindestprozentsatz selbst erbringen. Damit könne die ÖBB zu langen Subunternehmerketten erfolgreich begegnen. Es müssen auch Bestimmungen zu Sozial- und Lohndumping eingehalten werden. Bei Zuwiderhandeln sind vertragliche Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen.

## **Bauindustrie begrüßt Bestbieterprinzip**

Wiesner begrüßt als Vertreter der Bauindustrie das Bestbieterprinzip sehr. Wiesner: „Schließlich schauen wir alle auch privat nicht immer nur auf den Preis.“ Die Qualität müsse auch entsprechende Gewichtung erhalten. Zwischen dem billigsten und teuersten Angebot kann es bei größeren Aufträgen schon einmal 100 Millionen Euro Preisunterschied geben. Bei der Qualität hingegen sei die Spreizung geringer. Die Bauindustrie ist grundsätzlich bestrebt, hohe Qualität zu liefern, aber, so Wiesner: „Hier noch eins draufzusetzen, ist eine Herausforderung. Um das zu realisieren, wird eine höhere Spreizung erforderlich sein. Der Preis allein lässt wenig Raum für Innovation“.

## **Statt neue Gesetze zu schaffen lieber bisherige vollziehen**

Fruhmann ruft auf zu bedenken, welche Regelung in welchem Bereich das optimale Ergebnis liefert. Im Bereich Lohn- und Sozialdumping wird schnell der Ruf nach neuen Gesetzen laut. Fruhmann: „In der Praxis kommt man aber bei ständig neuen Gesetzen mit dem Vollzug nicht mehr nach.“ Er sieht im Moment eher eine Verschärfung von Gesetzen statt deren effektiven Vollzug.

Auf den Ansatz im VIP-Modell, Qualitätskriterien mit mindestens 50% zu gewichten, erklärt Sauer, warum die ASFINAG Qualitätskriterien „nur“ mit bis zu 10% gewichtet: Die Prozentzahl repräsentiert einen Wert und ist nicht Selbstzweck zur Umreihung von Angeboten. Eine zu hohe Prozentzahl bei der Qualität könnte ökonomisch nicht mehr darstellbar und ein „Trugschluss“ sein.

Pulker stellt in Bezug auf die Nachhaltigkeitskriterien die Frage in den Raum, wie weit die Überprüfung von Sublieferanten, etwa mit weltweiten Produktionsstandorten, gehen solle: „Mit welchen Ressourcen werden wir das überprüfen können?“.

## **Europäisches Vergaberecht lässt viele Möglichkeiten zu**

Wiesner informiert über die Situation in England. Dort ist der wettbewerbliche Dialog üblich. Das heißt, ein Bauprojekt wird mit dem Baupartner konkretisiert (natürlich mit Ausstiegsklausel). Abgerechnet wird auf Basis einer Kostenerstattung mit Anreizsystem (Abrechnung auf Zielpreis, Preis unterschritten führt zu einem Bonus, bei Überschreitung kommt es zu einem Malus). Wiesner: „Das ist ein Beispiel, welche Gestaltungsmöglichkeiten das europäische Vergaberecht zulässt.“

Als valide Unterstützung für Ausschreibende merkt schließlich ein Vertreter des BMVIT an, dass das BMVIT unter dem Stichwort „Innovationsorientierte Öffentliche Beschaffung (IÖB)“ Hilfestellung gibt.

3.11.2015, WEINER