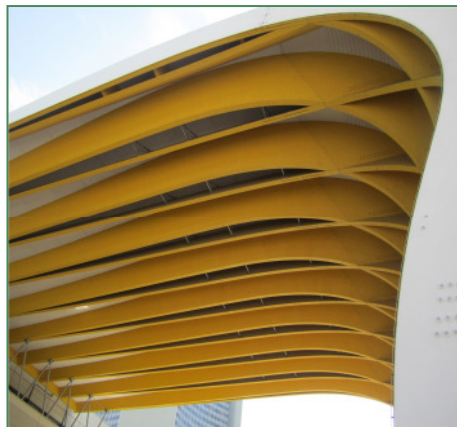
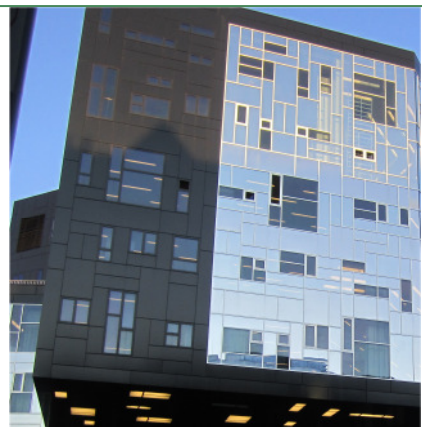


MASTERARBEIT



ALTERNATIVANGEBOTE – INNOVATIVE IDEEN IN DER BAULEISTUNGSVERGABE

Mag. Lena Paar, BSc

Vorgelegt am
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft
Projektentwicklung und Projektmanagement

Betreuer
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

Mitbetreuender Assistent
Bmstr. Dipl.-Ing. Dr. techn. Dieter Schlagbauer

Graz am 27. September 2013

„Wissen ist der einzige Rohstoff, der auf unserer Erde unbeschränkt zur Verfügung steht und der sich durch Gebrauch nicht abnutzt, sondern sogar vermehrt.“

(Aus dem Grußwort des ehem. deutschen Bundespräsidenten Horst Köhler bei der Eröffnung des 2. EuroScience Open Forum und des Wissenschaftssommers 2006 in München)

EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen/Hilfsmittel nicht benutzt, und die den benutzten Quellen wörtlich und inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, am

.....

Lena Paar

STATUARY DECLARATION

I declare that I have authored this thesis independently, that I have not used other than the declared sources / resources, and that I have explicitly marked all material which has been quoted either literally or by content from the used sources.

Graz,

date

.....

Lena Paar

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich allen Personen danken, die mir während meiner Masterarbeit mit Rat und Tat zur Seite standen.

Für die Betreuung von universitärer Seite bedanke ich mich ganz herzlich bei Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck und Herrn Dr.techn. Dipl.-Ing. BM Dieter Schlagbauer.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, meinen Eltern Brigitte und Gerhard und meinem Freund Roman, die mich während meiner gesamten Ausbildungszeit sowohl moralisch als auch finanziell großzügig unterstützt haben. Ohne sie wäre ich nicht der Mensch, der ich heute bin!

Bedanken möchte ich mich weiters bei meinen Freunden sowie bei allen Studienkolleginnen und Studienkollegen, die ein Stück des Weges gemeinsam mit mir gegangen sind.

Schlussendlich gebührt auch meinen ehemaligen Arbeitgebern, Dr.techn. Dipl.-Ing. Georg Krieburnegg und Dipl.-Ing. Bernhard Kaufmann sowie meinen Kollegen, ein Dank für die flexible Zeiteinteilung während des Verfassens dieser Arbeit und für Anmerkungen zu dem in dieser Arbeit behandelnden Thema.

Graz, am

Lena Paar

Kurzfassung

Alternativangebote stellen eine Möglichkeit innerhalb des Vergabeprozesses dar, alternative Lösungsvorschläge seitens der Bieter (der Bauunternehmer) zu berücksichtigen. Das europaweit vorherrschende Vergaberegime steht diesen Alternativangeboten skeptisch gegenüber, weshalb sich öffentliche Auftraggeber vermehrt gegen die Zulassung von Alternativangeboten entscheiden. Aber gerade in der Baubranche, in der Leistungen vorrangig und im Hintergrund der Wirtschaftskrise immer stärker vom Billigstbieterprinzip geprägt sind, versuchen Bauunternehmer mit innovativen Lösungen aus der breiten Masse der Bieter herauszustechen und Bauausschreibungen nicht ausschließlich über den Preis zu entscheiden. Von Alternativ(angeboten) können beide Vertragsparteien (sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer) und nicht zuletzt auch die Volkswirtschaft profitieren. Daher wird im Zuge dieser Arbeit auch nach Alternativen gesucht, die statt eines Alternativangebots ebenfalls innovative Lösungsvorschläge in ein Bauprojekt einzubringen geeignet sind. Neben der Möglichkeit von Bieterlücken, funktionalen Ausschreibungen und Pauschalpreisverträgen werden auch relativ neue Methoden der Bauwirtschaft, nämlich das Value Engineering und der wettbewerbliche Dialog untersucht und deren Eignung als Alternative zu Alternativangeboten sowie deren konkreter Anwendungsbereich definiert.

Abstract

Alternative offers provide tenders with the opportunity to submit proposals deviating to the tender requirements, within the bidding process. The European-wide sceptical tendency to these alternative offers has driven many public clients to reject alternative tenders. However in times of financial crises and in particular in the building sector, where the lowest bidder principle prevails, contractors try to rise above the masses by implementing innovative solutions and tender assessment, that is not solely based on cost. Both parties of a contract (the client as well as the supplier) can benefit from alternative tenders, as consequently the national economy itself. Therefore in this thesis, alternatives to alternative tenders will be presented and analysed, in accordance to the suitability of implementation of innovative solutions. Apart from „Bieterlücken“, functional tender descriptions and lump-sum contracts, new practices in the building sector, like Value Engineering and competitive dialog, will be researched, critically evaluated and their field of incorporation defined.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Allgemeine Grundlagen	3
2.1	Alternativ-, Abänderungs-, Variantenangebote.....	4
2.1.1	Alternativangebote.....	4
2.1.2	Abänderungsangebote	5
2.1.3	Variantenangebote	6
2.1.4	Zusammenfassung	7
2.2	Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien.....	8
2.2.1	Eignungskriterien.....	8
2.2.2	Auswahlkriterien	9
2.2.3	Zuschlagskriterien.....	9
2.3	Die Leistungsbeschreibung.....	11
2.3.1	Konstruktive Leistungsbeschreibung.....	11
2.3.2	Funktionale Leistungsbeschreibung.....	12
3	Zulässigkeit von Alternativangeboten	14
3.1	Zwingende Normen für öffentliche Auftraggeber	14
3.1.1	Europarechtliche Grundlagen	14
3.1.2	Exkurs: Normenbindung	18
3.1.3	ÖNORM A 2050	20
3.1.4	Das Bundesvergabegesetz.....	21
3.1.5	VOB – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen	28
3.2	Zwingende Normen für alle Auftraggeber.....	30
3.2.1	Vorvertragliches Schuldverhältnis	30
3.3	Dispositive Regelungen und Normen.....	32
3.3.1	Die ÖNORM B 2110	32
3.3.2	Die FIDIC-Verträge	34
4	Bewertungskriterien	37
4.1	Öffentlicher Auftraggeber	37
4.1.1	Formale Anforderungen an Alternativangebote.....	37
4.1.2	Mindestanforderungen an Alternativangebote.....	39
4.1.3	Gleichwertigkeit der Leistung.....	44
4.1.4	Die Rolle des Planers bei Alternativangeboten	55
4.1.5	Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten	57
4.2	Privater Auftraggeber.....	61
5	Alternative Handlungsmöglichkeiten	63
5.1	Das System der Bieterlücken und Wahlpositionen.....	64
5.1.1	Bieterlücken.....	64
5.1.2	Chancen und Schwächen der Bieterlücken.....	66
5.1.3	Auslegungsfragen von Bieterlücken.....	66
5.1.4	Wahlpositionen.....	70
5.2	Funktionale Ausschreibungen.....	71
5.2.1	Voraussetzungen für funktionale Ausschreibungen.....	74
5.2.2	Funktionale Ausschreibung als Alternative.....	76
5.2.3	Alternativangebote bei funktionalen Ausschreibungen	77
5.2.4	Chancen und Schwächen der funktionalen Ausschreibung.....	78
5.3	Pauschalpreisvertrag	81
5.3.1	Pauschalpreisvertrag als Alternative	84

5.3.2	Alternativangebote bei Pauschalvereinbarungen	85
5.3.3	Chancen und Schwächen der Pauschalvereinbarung	85
5.4	Möglichkeiten nach der LB-HB.....	86
5.4.1	Positionstext „nach Wahl des Auftragnehmers“	88
5.4.2	Regiepreise	89
5.4.3	Position mit Verrechnungseinheiten (VE).....	91
5.5	Externes und Internes Bau-SOLL	92
5.6	Der wettbewerbliche Dialog	94
5.6.1	Chancen und Schwächen des wettbewerblichen Dialogs.....	95
5.7	Value-Engineering	96
5.7.1	Voraussetzungen.....	97
5.7.2	Chancen und Schwächen des Value Engineering.....	99
5.7.3	Empfohlene vertragliche Regelungen	100
5.8	Mehrfachbeteiligungen von Bietern.....	101
5.8.1	Mehrfachbeteiligung als Alternative	103
6	Conclusio	105
6.1	Pro & Contra Alternativangebote	106
6.2	Bewertung der „Alternativen“	110
6.3	Eignung als Alternative und konkrete Anwendungsbereiche	112
	Judikaturverzeichnis	118
	Literaturverzeichnis	121
	Linkverzeichnis	126

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 - Weg eines Alternativangebots nach dem BVergG.....	27
Abbildung 2 - Weg eines Abänderungsangebots nach dem BVergG.....	27
Abbildung 3 - Weg eines Nebenangebots nach der VOB	29
Abbildung 4 - Konnex zwischen Mindestanforderungen und Gleichwertigkeitsprüfung	45
Abbildung 5 - Die drei Teilbereiche der Gleichwertigkeit.....	48
Abbildung 6 - Gleichwertigkeit zu detailliert und deshalb faktisch nicht erfüllbar	50
Abbildung 7 - Handlungsspielraum für Alternativen vorhanden	50
Abbildung 8 - Handlungsspielraum für Alternativen auf einen Punkt beschränkt.....	51
Abbildung 9 - Von der Gleichwertigkeit zur Vergleichbarkeit und zum Zuschlag	57
Abbildung 10 - Gegenüberstellung Detailpauschalvertrag Globalpauschalvertrag ...	83

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1 - Übersicht der Begriffe "Alternativangebot"	8
Tabelle 2 - Bewertung der Alternativen hinsichtlich Bestbieter, Mindestanforderungen, Prüfzeitraum und Verhandlungsverbot.....	112
Tabelle 3 - Bewertung der Alternativen hinsichtlich Initiator, Mitwirkung und Aufwand AG und Anwendungsbereich.....	115

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS Nr. 1811/946 idgF
ABI	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI 1997 C 340, 1 (BGBl III Nr. 1999/86) idgF
AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
Art	Artikel
Asfinag	Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft
BauKG	Bauarbeitenkoordinationsgesetz BGBl I Nr. 37/1999 idgF
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesgesetz über die Vergabe von Leistungen (Bundesvergabegesetz 2006) BGBl. I Nr. 17/2006 idgF
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idgF
BVKK	Bundes-Vergabekontrollkommission
bzw.	beziehungsweise
dgl.	dergleichen
EB	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	
EisbG	Bundesgesetz über Eisenbahnen, Schienenfahrzeuge auf Eisenbahnen und den Verkehr auf Eisenbahnen (Eisenbahngesetz 1957), BGBl 60/1957 idgF
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieurs – Conseils
GewO	Gewerbeordnung 1994 BGBl. Nr. 194/1994 idgF
GP	Gesetzgebungsperiode
idgF	in der gültigen Fassung
ieS	im engeren Sinne
iS	im Sinne
iwS	im weiteren Sinne
JGS	Justizgesetzsammlung
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl. Nr. 140/1979 idgF
LB-HB	standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
mwN	mit weiteren Nachweisen

NormG	Bundesgesetz vom 16. Juni 1971 über das Normenwesen (Normengesetz 1971), BGBl 1971/240 idgF
o.Ä.	oder Ähnliche / Ähnliches/ Ähnlichem
ÖGEBAU	Österreichische Gesellschaft für Baurecht
OSB	Oberschwellenbereich
PPP	Public Private Partnership
Pkt.	Punkt
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (Zeitschrift)
Rs	Rechtssache
RZ	Randzahl
Sektoren-RL	Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste; ABl. 134 vom 30.4.2004, S 1
SektVO	Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung vom 23. September 2009; BGBl. I S. 3110 (Deutschland)
StVO	Straßenverkehrsordnung 1960 BGBl. Nr. 159/1960
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
u.a.	und andere
USB	Unterschwellenbereich
USt	Umsatzsteuer
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
Vergabe-RL	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge; ABl. 134 vom 30.4.2004, S 114
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl.	vergleiche
VKS	Vergabekontrollsenat
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer, Zahl
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI. Nr. 113/1895 idgF
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungswesen

1 Einleitung

In dieser Masterarbeit soll ein Überblick über den Umgang mit und die Bewertung von Alternativangeboten bei der Ausschreibung von Bauleistungen gegeben werden. Ziel der Arbeit ist einen Überblick über die Zulässigkeit von Alternativangeboten und den Handlungsspielraum der Auftraggeber und Auftragnehmer bei der Vergabe von Bauleistungen zu geben, sowie deren konkreten Anwendungsmöglichkeiten im Bauprozess aufzuzeigen.

In einem ersten Schritt werden die für die vorliegende Arbeit wesentlichen allgemeinen Grundlagen erarbeitet und die Begriffe Abänderungsangebot, Alternativangebot und Variantenangebot definiert. Die Zulässigkeit von Alternativangeboten wird anschließend bei Ausschreibungen von öffentlichen Auftraggebern, die dem Vergaberegime des BVergG unterliegen, untersucht, weiters die zwingenden Normen, die von allen Auftraggebern (sowohl von öffentlichen wie auch privaten Auftraggebern) zu beachten sind und die dispositiven Regelungen, die wahlweise Teil einer Ausschreibung sein können.

Darauf aufbauend werden, getrennt in öffentliche und private Ausschreibungen, die Beurteilungskriterien (der Spielraum) für Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangeboten definiert. Dabei sollen folgende Fragestellungen behandelt werden:

- Welche Leistungen können überhaupt alternativ beschrieben werden (konstruktive bzw. funktionale Ausschreibung)?
- In welchen Bereichen sind Alternativangebote sinnvoll in welchen Bereichen eher nicht (Spezialtiefbau, Brückenbau, Standard-Hochbau)?
- Welche Alternativen sollen zugelassen werden? Wie weit darf die Alternative von der ursprünglichen Ausschreibung abweichen?
- Welche Kriterien können herangezogen werden, um die Gleichwertigkeit einer Alternative sicherzustellen?
- Inwieweit ist dabei der rechtliche Rahmen eingehalten? Was dürfen Ausschreibungstexte (z.B. Mindestanforderungen für Alternativangebote) bzw. Alternativangebote?
- Was kann ein Planer/Ausschreiber unternehmen, um die Diskussion rund um Alternativangebote und deren Zulassung zu verbessern?

Da das österreichische Vergaberecht den Alternativangeboten durchwegs kritisch gegenübertritt, ist im Zuge dieser Arbeit auch zu untersuchen, inwieweit Alternativen von Alternativangeboten bestehen. Hier geht es um die Frage, welche Möglichkeiten bereits in der

Ausschreibungsphase bestehen, die Bieter zu veranlassen, Alternativen anzubieten, ohne dass es zu einer Ausformulierung eines Alternativangebotes kommt (z.B. Pauschalausschreibung, Verrechnungseinheiten als LV-Position, Positionstext „nach Wahl AN“, funktionale Ausschreibung, etc.). Es werden auch neue Lösungsansätze untersucht, die als Möglichkeit der alternativen Leistungserbringung hergezogen werden können (Value Engineering, wettbewerblicher Dialog, etc.).

In einem finalen Kapitel wird eine Conclusio gezogen und die Vor- und Nachteile von Alternativangeboten sowie den Anwendungsbereich der möglichen Alternativen zu Alternativangeboten bewertet, erörtert und zusammenfassend dargestellt.

Als Quellen stehen zur Beschreibung des rechtlichen Rahmens insbesondere die einschlägigen Normen (in Österreich das BVergG, sowie die ÖNORM A 2050, in Deutschland die VOB, unionsweit die Vergabe-RL, weltweit die FIDIC-Verträge, etc.), zur Verfügung. Zur Konkretisierung dient auch zu diesem Thema ergangene Judikatur (VwGH, BVA, EuGH, etc.) sowie Fachliteratur.

2 Allgemeine Grundlagen

Bauleistungen werden in Form von Ausschreibungen vergeben. In diesen wird das Leistungsziel genau definiert und die Bieter aufgefordert, ihre Preise für die zu erfüllende Bauleistung bekannt zu geben. Die Vergabe von Leistungen kann in Form von funktionalen oder konstruktiven Ausschreibungen erfolgen. Bei konstruktiven Ausschreibungen bildet ein standardisiertes, nach Positionen gegliedertes Leistungsverzeichnis die Basis der Ausschreibung. Funktionale Ausschreibungen bedienen sich demgegenüber einer allgemeinen und zusammenfassenden Beschreibung des Leistungsziels, die genaue Leistungsausführung wird vom Auftragnehmer festgelegt. Basis jeder Ausschreibung – egal ob konstruktiv oder funktional – sollten Pläne und Skizzen des zu errichtenden Objekts sein.

Die Systematik der Ausschreibung von Bauleistungen ist davon geprägt, dass jeder Bieter ein Angebot abgibt, welches mit den Angeboten der anderen Bieter (kostenmäßig) verglichen werden kann. Es kann aber auch vorkommen, dass es Bietern erlaubt ist, mehrere Angebote abzugeben. Dies kann entweder von Auftraggeberseite in Form von Variantenangeboten oder von Bieterseite durch die Einreichung sogenannter Alternativ- bzw. Abänderungsangebote erfolgen.¹

Das Themengebiet der Alternativangebote ist dem Rechtsgebiet Vergaberecht zugehörig. Das Vergaberecht regelt das Beschaffungswesen der öffentlichen Hand, welches, ob seiner ökonomischen Bedeutung für die Volkswirtschaft (jährliches Auftragsvolumen umfasst knapp 20 % des BIP der gesamten EU), somit als bedeutender Wirtschaftszweig angesehen werden muss.² Nicht allein nur aufgrund dessen ökonomischen Reichweite ist das Vergaberecht von vielen unterschiedlichen normativen und fakultativen Bestimmungen geprägt. In das aktuelle Vergaberecht wirken sowohl unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Bestimmungen als auch zivilrechtliche Vorgaben ein. Aufgrund der teilweise sich widersprechenden unterschiedlichen Rechtsmaterien sind auch die zahlreich dazu ergangenen Gerichtsurteile und Entscheidungen für die Auslegung des Vergaberechts maßgebend. Der Grund für die sehr detaillierte gesetzliche Normierung des Vergaberechts besteht darin, dass öffentlichen Auftraggebern in vielen Bereichen eine marktbeherrschende Stellung zukommt und damit die Gefahr einhergeht, dass Unternehmen bei Auftragsvergabe gröblich benachteiligt werden.³

¹ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. S. 432; Siehe auch § 2 Z 2 BVergG.

² Vgl. KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. S. 1.

³ Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage. S. 66.

In den folgenden Kapiteln werden vorab einige Begriffe erörtert, die für das Verständnis des behandelnden Themas notwendig sind.

2.1 Alternativ-, Abänderungs-, Variantenangebote

Die einschlägigen Rechtsmaterien des Vergaberechts (in Österreich vorrangig das BVergG, in Deutschland die VOB/A, europaweit die Vergaberichtlinien und international die FIDIC-Verträge) bedienen sich unterschiedlicher Begriffe. Zur allgemeinen Übersicht werden die Begriffe des österreichischen BVergG herangezogen, welches die Begriffe „Alternativangebot“, „Abänderungsangebot“ und „Variantenangebot“ verwendet.

2.1.1 Alternativangebote

Ein Alternativangebot ist ein *„Angebot auf Grund eines alternativen Leistungsvorschlags des Bieters“*.⁴ Auch das BVergG definiert den Begriff Alternativangebot in gleicher Weise, nämlich als ein *„Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters“*. Auch der BVA hat sich in einer Entscheidung an eine Definition gewagt. Ein Alternativangebot ist demnach *„ein von der Ausschreibung abweichendes, technisch fortschrittlicheres oder wirtschaftlich günstigeres Angebot eines Bieters, welches zwingend von den festgelegten Ausschreibungsbestimmungen abweichen muss“*.⁵

Aus den verschiedenen Definitionen des Alternativangebots ist als Kernaussage herauszulesen, dass Alternativangebote notwendigerweise von der Ausschreibung abweichen und dem Auftraggeber alternative (bessere, effizientere bzw. billigere) Lösungen anbieten.⁶ Die Alternative kann sich dabei sowohl auf technische Kriterien, als auch auf wirtschaftliche oder rechtliche Kriterien (z.B. Abweichungen bei den Konditionen der Leistungserbringung) beziehen.⁷ Ein Alternativangebot kann sich darüber hinaus gemäß § 106 Abs. 4 BVergG auf die gesamte Leistung, wie auch auf nur bestimmte Teile der (Bau-)Leistung beziehen.

Die vom Bundesgesetzgeber gewählte Definition ist sehr weit gefasst, sodass auch Abänderungsangebote unter den Begriff der Alternativangebote subsumiert werden können.⁸ Abänderungsangebote⁹

⁴ BODNER, E.: Normen und Begriffe im Verdingungswesen. S. 22.

⁵ BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

⁶ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 3.

⁷ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. In: ZVB 2006/31 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 12:50 Uhr).

⁸ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

⁹ Zu den Abänderungsangeboten, siehe unten, Kapitel 2.1.2.

können somit als eine Sonderform des Alternativangebots betrachtet werden. In weiterer Folge wird zwischen Alternativangeboten im weiteren Sinne (das sind sowohl Alternativangebote als auch Abänderungsangebote) und Alternativangeboten im engeren Sinne (das sind alle Alternativangebote, die keine Abänderungsangebote darstellen) unterschieden.

Alternativangebote sind einerseits von Abänderungsangeboten und andererseits vom sogenannten Aliud abzugrenzen.¹⁰ Von einem Aliud spricht man, wenn etwas Anderes als die vereinbarte Leistung geleistet wird, wenn ein Bieter beispielsweise ein Carport anbietet, der Auftraggeber aber eine Garage ausgeschrieben hat.

Ein Alternativangebot, welches nur hinsichtlich des (Gesamt-)Preises differenziert, bei dem zwei idente Angebote mit unterschiedlichen Preisen von einem Bieter angeboten werden, stellt kein Alternativangebot dar. In diesem Fall liegt keine Alternative vor, weshalb man von zwei Hauptangeboten ausgehen muss.¹¹ Dies ist nach den vergaberechtlichen Bestimmungen verboten und führt beim öffentlichen Auftraggeber zum Ausschluss des Bieters.

2.1.2 Abänderungsangebote

Nach der Legaldefinition des § 2 Z 1 BVergG bezeichnet man ein Abänderungsangebot, als ein *„Angebot eines Bieters, das in Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.“* § 106 Abs. 5 BVergG bestimmt, dass Abänderungsangebote nur hinsichtlich technischer Varianten zulässig sind und sich nur auf Teile der Leistungen beziehen dürfen.

Die Abgrenzung zu einem Alternativangebot fällt unter Umständen schwer, da die allgemeine Definition der Alternativangebote (*„alternativer Leistungsvorschlag des Bieters“*) auch auf Abänderungsangebote zutrifft.¹² Als Kriterium der Abgrenzung ist der Umfang der Änderung zur eigentlichen (originären) Ausschreibung heranzuziehen. Lediglich geringfügige technische Änderungen zielen auf ein Abänderungsangebot ab. Betreffen die Änderungen nicht nur technische Details bzw. sind die

¹⁰ Vgl. 1513 XXIV. GP, EB zum BVergG 2006, Zu § 3 Z 2 (S. 14 f.); abrufbar unter: http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/II_01513/fname_235535.pdf, Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 09:50 Uhr.

¹¹ Vgl. BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39.

¹² Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

Änderungen umfangreicher, so muss man von einem Alternativangebot sprechen.

Die erläuternden Bemerkungen (EB) zum BVergG geben Aufschluss darüber, wie die Grenze zwischen Alternativ- und Abänderungsangeboten zu ziehen ist. Abzustellen ist auf eine Einzelfallbetrachtung, wobei ein strenger Maßstab heranzuziehen ist, der sowohl die Quantität (z.B. Anzahl der betroffenen Positionen) als auch die Qualität der Alternativen (Abänderungsangebote sind nur hinsichtlich technischer Alternativen zulässig) berücksichtigt. So liegt beispielsweise bei einer alternativen Materialwahl an einzelnen Positionen (geringfügige und rein technische Alternative) ein Abänderungsangebot vor. Jedenfalls darf es durch ein Abänderungsangebot nicht dazu kommen, dass der Auftraggeber seine Planung ändern muss.¹³

2.1.3 Variantenangebote

Im Gegensatz zu Alternativ- und Abänderungsangeboten sind Variantenangebote, Angebote „auf Grund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers“ (§ 2 Z 39 BVergG). Initiator der Alternative ist hierbei der Auftraggeber, der in seiner Ausschreibung genau definiert, an welchen Positionen er Varianten, in welchem konkreten Umfang, zulassen will. Variantenangebote müssen demnach ausdrücklich vom Auftraggeber zugelassen werden indem sie in den Ausschreibungsunterlagen angegeben werden.¹⁴ Neben dem Hauptangebot bestehen sogenannte Ausschreibungsvarianten, die von den Bietern wahlweise ergänzt werden können.¹⁵

Setzt der Bieter eine Ausschreibungsvariante ein, so ersetzt die Variante das Hauptangebot.¹⁶ Die Varianten können sich, gleich wie Alternativangebote, auf technische, wirtschaftliche und rechtliche Kriterien beziehen, sie können sowohl die ganze Leistung als auch nur bestimmte Teile der Leistung betreffen.¹⁷ Inwieweit die Legung eines Hauptangebotes ohne Variantenangebots zulässig ist, ist in der Lehre umstritten. Varianten sind nach Meinung von *Kaufmann/Schnabel* grundsätzlich auf freiwilliger Basis, der Auftraggeber kann die Bieter demnach nicht zum Anbot der Variante (ggf. neben dem ausschreibungskonformen Hauptangebot) zwingen.¹⁸ Auch

¹³ Vgl. 1513 XXIV. GP, EB zum BVergG 2006, Zu § 3 Z 1 (S. 14.); abrufbar unter: http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01513/fname_235535.pdf, Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 09:50 Uhr.

¹⁴ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 433.

¹⁵ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 432.

¹⁶ Vgl. GAST, G.: Das öffentliche Vergabewesen in Österreich. S. 229; ebenso: KAUFMANN, A.; SCHNABEL, K.: Vergaberecht in der Praxis, 2. Auflage. S. 100.

¹⁷ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 432.

¹⁸ Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABEL, K.: Vergaberecht in der Praxis, 2. Auflage. S. 100.

Schiefer/Feuchtmüller argumentieren in dieselbe Richtung und sehen bei Abgabe eines Haupt- und eines Variantenangebots einen zulässigen Wettbewerbsvorteil für Bieter.¹⁹ *Saladin* hingegen sieht eine Pflicht des Bieters Varianten soweit sie vorgesehen sind auch anzubieten, als gegeben an, ansonsten das Angebot unvollständig ist.²⁰

Als ein Sonderfall von Variantenangeboten können sowohl Bieterlücken als auch Wahlpositionen²¹ angesehen werden. Mit Bieterlücken kann der Auftraggeber zulassen, dass die Bieter, die in der Ausschreibung angegebenen Produkte abändern, bzw. die vom Auftraggeber bewusst leer gelassenen Angaben über das zu verwendende Produkt, die zu verwendende Handlungsweise oder dgl. selbst festlegen. § 98 Abs. 7 BVergG bestimmt, dass Bieterlücken nur ausnahmsweise, nämlich wenn „*der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann*“ zulässig sind. Im Widerspruch zu § 98 Abs. 7 leg cit sind in den standardisierten Leistungsbeschreibungen unzählige Möglichkeiten von Bieterlücken vorgesehen. Allein in der Leistungsgruppe 11 – Estricharbeiten der LB-HB²² finden sich 12 Bieterlücken.

2.1.4 Zusammenfassung

Obwohl erst in weiterer Folge die genauen Bezeichnungen und Grundlagen von Alternativangeboten aller einschlägigen Normen (Vergabe-RL, VOB, ÖNORM A 2050, FIDIC-Verträge) beschrieben werden, soll hier eine kurze Zusammenstellung und grafische Darstellung aller verwendeten Begriffe gegeben werden:

Als Ausgangspunkt wurden die Begriffe des BVergG gewählt, die sich folgendermaßen darstellen lassen:



¹⁹ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 433 f.

²⁰ Vgl. SALADIN, A.: Varianten und Optionen. In.: ZVB, 2007/35 S. 142 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 14:53 Uhr).

²¹ Wahlpositionen ist „*die Beschreibung einer Leistung, die vom Auftraggeber als Teil einer Variante zur Normalausführung vorgesehen ist*“. (§ 2 Z 43 BVergG).

²² Zur der LB-HB und weiteren standardisierten Leistungsbeschreibungen siehe Kapitel 5.4.

Die von den einschlägigen Normen verwendeten Begriffe lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

BVergG / ÖNORM A 2050	Vergabe-RL	VOB	FIDIC
Alternativangebot	Variante	Nebenangebot	Variation
Abänderungsangebot		Abänderungsangebot	
Variantenangebot			

Tabelle 1 - Übersicht der Begriffe "Alternativangebot"

Aus dieser Zusammenstellung ist ersichtlich, dass es zum Variantenangebot iS des BVergG kein europarechtliches bzw. deutsches Pendant gibt. Sowohl die Vergabe-RL als auch die VOB und die FIDIC-Verträge kennen keine Alternativangebote, die vom Auftraggeber im Zuge der Ausschreibung initiiert wird. Das bedeutet in weiterer Folge, dass das BVergG hier über die unionsrechtlichen Vorgaben hinausgeht, dabei auch nicht an Vorgaben der EU gebunden ist.

2.2 Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien

Bei der Vergabe nach dem BVergG sind spezielle Kriterien von den Bietern bzw. ihren Angeboten einzuhalten, ansonsten werden sie vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen. Insgesamt bestehen drei unterschiedliche Kriterien, die entweder auf den Bieter persönlich oder auf das von ihm erstellte Angebot abzielen.

2.2.1 Eignungskriterien

Mithilfe der Eignungskriterien soll sichergestellt werden, dass nur geeignete Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen. Die Eignung kann sich dabei auf finanzielle, wirtschaftliche und technische Belange sowie auf die erforderlichen Befugnisse beziehen.²³

Gemäß § 2 Z 20 lit c BVergG sind Eignungskriterien „[...] die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen[...]“ an den Bieter. Die Eignungskriterien sind vom Auftraggeber in der Bekanntmachung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben und müssen von den Bietern erfüllt werden um am Vergabeprozess mitwirken zu dürfen (§ 46

²³ Vgl. KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. S. 107.

Abs. 3 BVergG). Als Mindestanforderungen sind die Eignungskriterien als „K.O.-Kriterien“ zu werten, die von den Bietern erfüllt sein müssen, ansonsten sie nicht am Wettbewerb teilnehmen können.²⁴

2.2.2 Auswahlkriterien

Als Auswahlkriterien definiert der österreichische Gesetzgeber „[...] die vom Auftragnehmer in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten, unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird [...]“.²⁵

Auswahlkriterien können von den Bietern besser oder schlechter erfüllt werden, woraus sich ein „short-listing“ aller beteiligten Bieter ergibt. Deshalb kommen Auswahlkriterien nur bei zweistufigen Vergabeverfahren (nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, nicht offener Wettbewerb oder wettbewerblicher Dialog) vor.²⁶

2.2.3 Zuschlagskriterien

Anders als Eignungs- und Auswahlkriterien, die unternehmensbezogen sind, sind die Zuschlagskriterien auftragsbezogen.²⁷ Das BVergG unterscheidet in § 2 Z 20 lit d BVergG zwei Zuschlagskriterien, nämlich das des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots (Bestbieterprinzip) und das des niedrigsten Preises (Billigstbieterprinzip). Beim Bestbieterprinzip können als Zuschlagskriterien beispielsweise herangezogen werden: Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist (§ 2 Z 20 lit d lit a BVergG). Daneben können auch noch andere Zuschlagskriterien wie beispielsweise die Gewährleistungsfrist oder die gewährte Garantie, die Zahlungskonditionen sowie die Referenzprojekte relevant sein.

Die im Gesetz aufgezählten möglichen Zuschlagskriterien lassen den Anwender jedoch vor der schwierigen Frage, wie die „Qualität“, der „technische Wert“ oder die „Ästhetik“ einer Leistung beurteilt werden soll.

²⁴ Vgl. STEINER, D.; RÖBLREITER, K.; WINDISCH, M.: Bundesvergabegesetz 2006. S. 85.

²⁵ § 2 Z 20 lit a BVergG.

²⁶ Vgl. § 2 Z 20 lit a BVergG.

²⁷ Vgl. KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. S. 109.

Die Qualität kann beispielsweise über Lebenszykluskosten oder über bestimmte Kennwerte (U-Wert, Energieausweis, etc.) bewertet werden. Fraglich ist dann aber auch, wie handhabbar diese Kriterien sind. So ist beispielsweise die Erstellung eines Energieausweises immer auch mit hohem Zeitaufwand und damit hohen Kosten verbunden (die unter Umständen gar nicht vergütet werden, wenn das Angebot nicht den Zuschlag erhält), die Herleitung der Lebenszykluskosten sind teilweise nicht transparent nachvollziehbar.

Jedenfalls müssen sich Zuschlagskriterien an der zu vergebenden Leistung orientieren und gewährleisten, dass durch die Zuschlagskriterien tatsächlich das beste Angebot ausgewählt wird.²⁸

Welches Zuschlagsprinzip in einem Vergabeverfahren Anwendung findet, ist gemäß § 79 Abs. 3 BVergG in der Bekanntmachung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben. Das Billigstbieterprinzip kann vom Auftraggeber dann ausgewählt werden, wenn der Qualitätsstandard der Leistung klar und eindeutig definiert ist. Soll das Bestbieterkriterium angewendet werden, hat der Auftraggeber die von ihm gewählten Zuschlagskriterien (Qualität, Preis, Ästhetik, etc.) im Verhältnis ihrer Gewichtung für die Entscheidung der Vergabe bekanntzugeben (§ 79 Abs. 3 BVergG). Dabei sollten aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter, die Zuschlagskriterien Vergleiche und objektive Bewertungen der abgegebenen Angebote ermöglichen.²⁹

Der öffentliche, wie auch der private Auftraggeber, ist bei der Wahl der Zuschlagskriterien grundsätzlich frei und wird nur von dem aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten Sachlichkeitsgebot begrenzt.³⁰ Nach einer Entscheidung des BVA ist *„ein Zuschlagskriterium, das einen öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrages [...] eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumt“* mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, andererseits sind auch Zuschlagskriterien, die als leere Worthülsen oder als allgemeine Begriffe ohne besonderen Sprachgebrauch formuliert sind, unzulässig.³¹

²⁸ Vgl. STEINER, D.; RÖBLREITER, K.; WINDISCH, M.: Bundesvergabegesetz 2006. S. 87.

²⁹ Vgl. STEINER, D.; RÖBLREITER, K.; WINDISCH, M.: Bundesvergabegesetz 2006. S. 88.

³⁰ Vgl. ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionaler Leistungsbeschreibung. In: Vergaberecht und PPP. S. 56.

³¹ BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29.

2.3 Die Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung ist Teil der Ausschreibung, mithilfe dessen das zu erbringende Bau-Soll³² definiert wird (was soll errichtet werden, mit welchen Materialien, in welcher Quantität und Qualität, wann soll die Leistung fertig sein, mit welchen verbindlichen Zwischenterminen, welche allgemeine Vertragsbestimmungen und technische Vorschriften sind einzuhalten, etc.). Die Ausschreibung ist „*die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistungen er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte*“.³³ Die Bieter müssen allein anhand der Ausschreibungsunterlagen die Aufgabenstellung des Auftraggebers bestimmen können.³⁴

Gemäß § 96 Abs. 2 BVergG haben technische Spezifikationen das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebots maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind.

Die Leistungsbeschreibung kann nach § 95 Abs. 1 BVergG wahlweise konstruktiv oder funktional erfolgen. Der Auftraggeber ist bei seiner diesbezüglichen Entscheidung frei, er kann eine Leistung entweder konstruktiv oder funktional ausschreiben. Konstruktive Ausschreibungen werden dort sinnvoll sein, wo bereits umfangreiche Planungsleistungen seitens des Auftraggebers (z.B. durch einen bereits beauftragten Planer) vorliegen. Voraussetzung für beide Arten der Ausschreibung ist jedoch, dass der Auftraggeber das Leistungsziel³⁵ exakt definieren kann.³⁶

2.3.1 Konstruktive Leistungsbeschreibung

Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind die zu erbringenden Leistungen in einem Leistungsverzeichnis in Teilleistungen aufzugliedern (§ 95 Abs. 2 BVergG).

Gemäß § 96 Abs. 1 BVergG sind die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Einer konstruktiven Leistungsbeschreibung liegt eine umfangreiche Planung seitens des Auftraggebers zugrunde, welche

³² Als Bau-Soll definiert ÖNORM B 2110 Pkt. 3.8 „*alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z.B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden*“.

³³ § 2 Z 10 BVergG.

³⁴ HAHNL, K.; MÜLLER, W.: Die konstruktive Ausschreibung mit integrierten funktionalen Elementen aus vergabe- und zivilrechtlicher Sicht. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. S. 11.

³⁵ Gemäß ÖNORM B 2110 Pkt. 3.9 ist das Leistungsziel „*der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber (AG) angestrebte Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers (AN)*“.

³⁶ Vgl. HEID, S.; KURZ, T.: Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. S. 379.

Ausgangspunkt für das Leistungsverzeichnis ist. Das Leistungsverzeichnis bildet die zu erbringende Leistung im Detail anhand von Teilleistungen ab, sodass nur mehr wenig Raum für eigene Lösungsvorschläge seitens der Bieter bleibt.

Eine konstruktive Leistungsbeschreibung weist den Vorteil auf, dass die von den Bietern eingereichten Angebote aufgrund des positionsweise gegliederten Leistungsverzeichnisses leicht miteinander vergleichbar sind und die Angebotsbearbeitung bei den Bietern geringeren Aufwand in zeitlicher und finanzieller Hinsicht erfordert. Aus diesem Grund werden (Bau-)Aufträge vorrangig mithilfe einer konstruktiven Leistungsbeschreibung vergeben.³⁷ Nachteilig ist, dass bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen der Planungsaufwand beim Auftraggeber inkl. des Vollständigkeitsrisikos der Planung um ein Vielfaches höher ist.³⁸

2.3.2 Funktionale Leistungsbeschreibung

Funktionale Leistungsbeschreibungen zeichnen sich dadurch aus, dass die Leistungen als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben werden.³⁹ Die Bauaufgabe wird – anders als bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung – nicht durch ein positionsweise gegliedertes Leistungsverzeichnis, sondern nach Funktion und Qualität, ohne konkrete Mengenangaben, beschrieben.⁴⁰

Sowohl aus der konstruktiven, wie auch aus der funktionalen Leistungsbeschreibung müssen sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen (in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionaler Hinsicht) erkennbar sein, sodass die Angebote vergleichbar miteinander sein können. § 109 Abs. 1 BVergG legt fest, dass Angebote aufgrund einer funktionalen Ausschreibung so zu erstellen sind, dass Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt, die Erfüllung der Anforderungen nachgewiesen, die Angemessenheit der Preise beurteilt und nach Abschluss der Leistung die vertragsgemäße Erfüllung zweifelsfrei überprüft werden kann.

In der Praxis kommen die beiden Varianten allerdings nicht immer in Reinform vor, sondern es finden sich viele Beispiele für Mischformen der beiden Ausschreibungstypen. So können sich sowohl in konstruktiven

³⁷ Vgl. KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. In: ZVB, 2006/84 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 13:09 Uhr).

³⁸ Vgl. LECHNER, H.: Vorlesungsskript zur LV-Nr. 218.461 Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung, S. 84.

³⁹ Vgl. § 95 Abs. 3 BVergG.

⁴⁰ Vgl. LECHNER, H.: Vorlesungsskript zur LV-Nr. 218.461 Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung, S. 79.

Leistungsbeschreibungen an einzelnen Teilleistungen funktionale Ausschreibungselemente finden, als auch vice versa.⁴¹

⁴¹ Vgl. HAHNL, K.; MÜLLER, W.: Die konstruktive Ausschreibung mit integrierten funktionalen Elementen aus vergabe- und zivilrechtlicher Sicht. a.a.O. 13.

3 Zulässigkeit von Alternativangeboten

Im folgenden Kapitel, das sich mit der Zulässigkeit von Alternativangeboten auseinandersetzt, wird eine Unterscheidung zwischen – jedenfalls für den öffentlichen Auftraggeber – zwingenden Normen (Stichwort: BVergG, VOB, ÖNORM A 2050) und Normen, die sowohl für öffentliche als auch private Auftraggeber gelten (Stichwort: vorvertragliches Schuldverhältnis) bzw. dispositiven Charakter aufweisen (Stichwort: ÖNORM B 2110, Fidic-Verträge) getroffen.

3.1 Zwingende Normen für öffentliche Auftraggeber

Wie bereits eingangs erwähnt, ist die Vergabe öffentlicher (Bau-) Leistungen in Österreich vorrangig im BVergG geregelt. Daneben bestehen europarechtliche Rechtsvorschriften sowie mehrere Normen, die sich mit der Vergabe beschäftigen (beispielsweise die ÖNORM A 2050 und die VOB-DIN 1960).

Vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union existierte als rechtliche Grundlage im Bereich der öffentlichen Vergabe nur die ÖNORM A 2050, die damals noch als reine Dienstanweisung an die öffentlichen Stellen gerichtet war und mangels Außenwirksamkeit keinen Rechtsschutz für die Bieter beinhaltete.⁴² Erst mit dem EU-Beitritt wurde in Österreich ein eigenes Bundesvergabegesetz erlassen, das seitdem das öffentliche Beschaffungswesen gesetzlich normiert.

3.1.1 Europarechtliche Grundlagen

Mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union wurden die unionsrechtlichen Vorschriften hinsichtlich Vergabe öffentlicher Aufträge auch in Österreich relevant. War es bis 1995 üblich, dass öffentliche Auftraggeber Leistungen an regionale Unternehmen bzw. an Unternehmer, mit denen man bereits Projekte zufriedenstellend abgewickelt hat, vergaben, so wurde das europarechtliche Vergaberegime mit dem Beitritt im Jahre 1995 verbindlich. Diese, für das österreichische Recht einschneidenden Veränderungen fußen auf der Rechtsprechung des EuGH und auf sekundärrechtliches Europarecht in Form von zwei einschlägigen Richtlinien, der „Vergabe-RL“ (Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge; ABl. 134 vom 30.4.2004, S

⁴² Vgl. KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. S. 2.

114) und der „Sektoren RL“ (Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste; ABl. L 134/1 vom 30. April 2004) sowie zwei ergänzender Richtlinien bezüglich des Rechtsschutzes.

Die Vergabe-RL als zentrale europarechtliche Norm ist nur für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauaufträgen verbindlich, soweit die in Art 7 der Vergabe-RL genannten Schwellenwerte überschritten werden. Auszugehen ist immer vom geschätzten Auftragswert ohne USt. Für öffentliche Bauaufträge sieht die Vergabe-RL einen Schwellenwert von fünf Millionen Euro (geschätzter Auftragswert netto) vor, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind ab 130.000 bzw. 200.000 Euro (je nach Auftraggeber), im Sektorenbereich ab 400.000 Euro, von der Vergabe-RL erfasst (Art 7 Vergabe-RL). Der geschätzte Auftragswert eines Projekts bestimmt sich gemäß Art 9 Vergabe-RL anhand des (voraussichtlichen) Gesamtwertes exklusive MwSt. Werden Bauleistungen in Losen gleichzeitig vergeben, so beinhaltet der geschätzte Auftragswert den kumulierten Gesamtwert aller Lose (Art 9 Abs. 5 lit a Vergabe-RL).

Die EU hat in einer Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 festgelegt,⁴³ welche Auftraggeber dem Anwendungsbereich der Vergabe-RL bzw. der Sektoren-RL zu unterwerfen sind. In dieser sind für jeden Mitgliedsstaat der EU die Behörden bzw. staatlichen Stellen genannt, die entweder als öffentliche Auftraggeber unter die Vergabe-RL bzw. als Sektorenauftraggeber unter die Sektoren-RL fallen. Für Österreich legt die Kommission beispielsweise in Anhang IV fest, dass als Auftraggeber im Bereich der Eisenbahndienste folgende Stellen zu zählen sind: die Österreichische Bundesbahn, die Schieneninfrastrukturfinanzierungs-Gesellschaft mbH sowie Stellen, gemäß dem EisbG zur Erbringung von Verkehrsleistungen befugt sind.

Die Vergabe-RL und die Sektoren-RL bedienen sich einer anderen Terminologie als das österreichische Recht. Art 24 der Vergabe-RL und Art 36 der Sektoren-RL sprechen von „Varianten“, die – ebenso wie Alternativangebote im Sinne des BVergG – als alternative Leistungsvorschläge der Bieter zu qualifizieren sind. Alternativangebote im Sinne des BVergG sind als Varianten iS des Art 24 der Vergabe-RL zu verstehen.⁴⁴

⁴³ Entscheidung der Kommission vom 9. Dezember 2008 zur Änderung der Anhänge der Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf ihre Verzeichnisse der Auftraggeber und der öffentlichen Auftraggeber; ABl. L 349/1 vom 24.12.2008.

⁴⁴ Vgl. GRUBER, T.: Alternativangebote. In: Europäisches Vergaberecht. S. 445.

Die Vergabe-RL bestimmt, dass Ausschreibungen anhand zweier unterschiedlicher Kriterien vergeben werden können: entweder anhand des Kriteriums des günstigsten Preises oder anhand des Kriteriums des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Bei Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot hat der öffentliche Auftraggeber im Vorhinein die Zuschlagskriterien (z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist) anzugeben, anhand denen er die Gewichtung und somit eine Reihung der Angebote vornimmt (Art 53 Vergabe-RL).

Nach Art 24 der Vergabe-RL sind Varianten nur bei Aufträgen zulässig, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Bestbieter) vergeben werden. Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass der Auftraggeber die Zulässigkeit von Varianten in den Bekanntmachungen angegeben hat. Fehlt eine ausdrückliche Zulassung von Varianten, so sind diese nicht zulässig und dürfen im Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden. Weiters bestimmt Art 24 Abs. 3 der Vergabe-RL, dass Auftraggeber die Mindestanforderungen, die die Varianten erfüllen müssen, genau zu benennen haben und anzugeben haben, in welcher Art und Weise die Varianten einzureichen sind. Auftraggeber haben Varianten auszuschließen, die ihren im Vorhinein definierten Mindestanforderungen nicht erfüllen (Art 24 Abs. 4 Vergabe-RL).

Dass Varianten (die in den vorangegangenen RL als Änderungsvorschläge bezeichnet wurden)⁴⁵ nur im Zuge einer Vergabe an den Bestbieter zulässig sind, begründet die Europäische Kommission damit, dass *„eine faire Beurteilung eines Änderungsvorschlags und der Vergleich mit Angeboten, die den festgelegten technischen Spezifikationen entsprechen, (...) nur dann möglich [ist], wenn die Angebote unter verschiedenen Aspekten geprüft werden, weshalb andere Kriterien als nur das des niedrigsten Preises vorhanden sein müssen“*.⁴⁶

3.1.1.1 Die Rechtssache „Traunfellner“

Die Systematik des Unionsrechts ist, anders als das österreichische Rechtssystem, wesentlich stärker von Gerichtsentscheidungen geprägt. Insbesondere die Rechtsprechung des EuGH hat erheblichen Einfluss

⁴⁵ Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/services_de.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 09:55 Uhr; S. 53.

⁴⁶ EUROPÄISCHE KOMMISSION: Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/services_de.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 09:56 Uhr; S. 52. Vgl. auch ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionale Leistungsbeschreibung. a.a.O. S. 54.

auf das Recht der Europäischen Union und damit in weiterer Folge auch auf das innerstaatliche (Vergabe-)Recht.

Richtungsweisend für die vergaberechtlichen Bestimmungen der Europäischen Union – insbesondere die Frage der Beurteilung von Mindestanforderungen für Alternativangebote und deren Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot – war die Rechtssache *Traunfellner*⁴⁷, die im Folgenden kurz zusammengefasst wird:

Im Zuge eines öffentlichen Vergabeverfahrens einer Autobahnsanierung kam es zu einem Rechtsstreit der ASFINAG als Auftraggeberin und der Traunfellner GmbH als Bieter. Ausgeschrieben war ein Oberflächenbelag aus einer zweischichtigen Betondecke mit Oberbetonqualität ohne einen Hinweis darauf, dass dies als Mindestanforderung für Alternativangebote zu werten sei. Alternativangebote wurden – ohne Angaben von Mindestanforderungen bzw. Zuschlagskriterien – ausdrücklich als zulässig erklärt. Das Alternativangebot der Traunfellner GmbH (welches insgesamt das billigste aller Angebote war) sah eine bituminöse Asphaltdecke als Straßenbelag vor. Die Auftraggeberin entschied das Alternativangebot mangels Gleichwertigkeit in technischer Hinsicht (Asphaltdecke anstatt Betondecke) zurückzuweisen und einem anderen Bieter den Zuschlag zu erteilen.

Das BVA in erster Instanz wies den Antrag der Traunfellner GmbH ab und begründete dies insbesondere damit, dass das Angebot der Traunfellner GmbH „*in einem solchem Maße von den Vorgaben der Ausschreibung ab[weiche], dass es sich nicht mehr um ein allenfalls zulässiges Alternativangebot handle, sondern jedenfalls auszuschneiden sei*“.⁴⁸ Der daraufhin von der Traunfellner GmbH angerufene VfGH stellte eine Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Gleichheit vor dem Gesetz fest und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das BVA zurück, welches daraufhin ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH einbrachte.

Kernaussage des EuGH im Fall *Traunfellner* war einerseits die Feststellung, dass ein Auftraggeber (soweit Änderungsvorschläge zulässig sind) verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen die für die Änderungsvorschläge verbindlichen Mindestanforderungen zu erläutern,⁴⁹ andererseits aber auch, dass dem Erfordernis der Festlegung von Mindestanforderungen nach ex-Art 19 (jetzt Art 24) der Vergabe-RL nicht entsprochen ist, soweit „*die Verdingungsunterlagen lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift verweisen, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ*

⁴⁷ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“.

⁴⁸ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“, RZ 17.

⁴⁹ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“, RZ 27.

*gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist.*⁵⁰ Es reicht somit nicht, lediglich auf nationale Rechtsvorschriften zu verweisen (im konkreten Fall ein Verweis auf § 42 BVergG), sondern der Auftraggeber hat die Mindestanforderungen als solche in den Verdingungsunterlagen explizit zu nennen. Dies ist insbesondere deshalb wichtig, damit alle Bieter in gleicher Weise Kenntnis von den Mindestanforderungen erlangen können.⁵¹

Weiters legte der EuGH fest, dass vom Auftraggeber die Vorschriften bezüglich Zuschlagskriterien im Sinne des ex-Art 30 (jetzt Art 53) der Vergabe-RL nur auf Alternativangebote anwendbar sind, die „im Einklang“ mit ex-Art 19 (jetzt Art 24) der Vergabe-RL, also nur bei vorheriger Bekanntgabe der Mindestanforderungen der Alternativangebote, ausgeschrieben wurden.⁵² Wurden vom Auftraggeber keine Mindestanforderungen an Alternativangebote gestellt, so dürfen dennoch eingereichte Alternativangebote im weiteren Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden.⁵³

Inwieweit ein Verweis auf technische Normen (z.B. auf Werkvertragsnormen etc.) zulässig sind, kann mit der Aussage des EuGH nicht hinreichend geklärt werden. Bei Verweis auf ÖNORMEN und dgl. müssen jedenfalls die in der Randzahl 29 des Urteils *Traunfellner* angeführten Grundsätze bezüglich Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter bei Angaben von Mindestanforderungen eingehalten werden. Soweit die Normen für jedermann zugänglich sind und sich aus den Normen die Mindestanforderungen für Alternativangebote zweifelsfrei ablesen lassen können, wäre ein Verweis auf technische Normen nach Meinung des Verfassers zulässig.

3.1.2 Exkurs: Normenbindung

ÖNORMEN sind keine Gesetze im normativen Sinn. Sie werden nicht von einer staatlichen Autorität (Nationalrat, zuständiger Bundesminister, Landtag, Bürgermeister, etc.) erlassen, sondern sind privatrechtliche Normen, die vom Österreichischen Normungsinstitut auf Grundlage des Art 10 Abs. 1 Z 5 B-VG bzw. des NormG 1971 veröffentlicht werden.⁵⁴ ÖNORMEN bedürfen deshalb einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, sodass sie auch für öffentliche Auftraggeber verbindlich sind.

⁵⁰ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“, RZ 30.

⁵¹ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“, RZ 29.

⁵² EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“, RZ 31.

⁵³ EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“, RZ 33.

⁵⁴ Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage. S. 2.

Im Bereich des österreichischen Vergaberechts regelt § 97 Abs. 2 BVergG, wenn bei Erstellung eines Leistungsverzeichnisses geeignete Leitlinien für die Beschreibung oder Aufgliederung von Leistungen vorhanden sind, diese vom Auftraggeber herangezogen werden müssen. Als geeignete Leitlinien versteht der Gesetzgeber ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen. Von diesen geeigneten Leitlinien kann der Auftragnehmer nur in einzelnen Punkten abweichende Festlegungen treffen und die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind festzuhalten und den Bietern auf Anfrage mitzuteilen.⁵⁵ § 99 Abs. 2 BVergG bestimmt darüber hinaus, dass auch bezüglich Vertragsbestimmungen des Leistungsvertrags in erster Linie geeignete Leitlinien (ÖNORMEN, standardisierte Leistungsbeschreibungen) heranzuziehen sind und nur ausnahmsweise vom Auftraggeber dazu abweichende Festlegungen getroffen werden dürfen. Die Bindung an geeignete Leitlinien besteht allerdings nicht für Sektorauftraggeber, da gemäß § 163 BVergG der zweite Teil des BVergG (und damit auch die §§ 97 und 99 leg cit) keine Anwendung finden und in den Spezialbestimmungen der Sektorauftraggeber keine gleichlautenden Bestimmungen zu finden sind. Trotzdem haben auch die Sektorauftraggeber die Grundsätze des Vergaberechts einzuhalten und Leistungen vollständig zu beschreiben.⁵⁶

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2010 legte der VwGH fest, dass die Begründungspflicht für ein Abweichen von einer geeigneten Leitlinie iS des § 97 Abs. 2 BVergG (im konkreten Fall ein Abweichen von der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau, kurz LB-HB, derart, dass 59 von insgesamt 186 Positionen frei formuliert wurden) nicht sachlich rechtfertigt werden muss. *„Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichend von Leitlinien bildet das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit.“*⁵⁷ Die Bindungswirkung von Leitlinien für öffentliche Auftraggeber darf – nach Meinung des VwGH im soeben zitierten Urteil – jedenfalls nicht überspitzt werden.

ÖNORMEN gelten aber nicht automatisch, sondern bedürfen einer besonderen gesetzlichen Normierung, wie es beispielsweise § 5 NormG vorsieht. Nach dieser Bestimmung können ÖNORMEN durch Gesetz oder Verordnung für verbindlich erklärt werden, sodass diese Bestimmungen dann für alle (auch für öffentliche Auftraggeber) verbindlich sind. Daneben wurden bestimmten ÖNORMEN von der Rechtsprechung, aufgrund deren besonderen Relevanz für das Wirtschaftsleben,⁵⁸ eine gesetzesähnliche Stellung zuerkannt,⁵⁹ so

⁵⁵ Vgl. § 97 Abs. 2 BVergG.

⁵⁶ Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage. S. 66.

⁵⁷ VwGH 22.04.2010 2008/04/0077.

⁵⁸ So wurden aufgrund tatsächlicher Übung der beteiligten Verkehrskreise bestimmte Einzelpunkte von ÖNORMEN zum Handelsbrauch bzw. zur Verkehrssitte.

beispielsweise auch der ÖNORM A 2050 als ein „Quasi-Vergabegesetz“.⁶⁰

Soweit ÖNORMEN oder anderen Leitlinien nicht aufgrund von § 5 NormenG bzw. aufgrund gefestigter Rechtsprechung verbindliche Wirkung zukommt, kann sich der öffentliche Auftraggeber (wie auch private Auftraggeber) selbst der Bindung gewisser ÖNORMEN unterziehen, soweit er in seinen Unterlagen (Ausschreibungsunterlagen, etc.) bekanntgibt, dass gewisse Normen im konkreten Fall Anwendung finden (sogenannte „Selbstbindung“).⁶¹ Dies gilt auch im Fall der §§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2 BVergG, der nach einhelliger Meinung ebenfalls keine „ex lege“-Geltung der betroffenen ÖNORMEN beinhaltet.⁶²

3.1.3 ÖNORM A 2050

Bis 1994 regelte die ÖNORM A 2050 als einzige Norm die Vergabe von Leistungen und war aufgrund ihrer Normenbindung (Bindungswirkung der öffentlichen Hand in Form einer Verordnung) auch für die öffentlichen Auftraggeber verbindlich.⁶³

Die Vorbemerkungen der ÖNORM A 2050 bestimmen, ebenso wie Pkt. 1 ÖNORM A 2050, dass die Norm die Vergabe von Aufträgen über Leistungen (ausgenommen die Schaffung und Vermittlung von Kunstwerken) regelt, die nicht den einschlägigen Bestimmungen des BVergG unterliegen.

Die ÖNORM A 2050 unterscheidet Hauptangebote bzw. Normalangebote, welche gemäß Pkt. 3.1.1.2 ohne Änderung, Einschränkung oder Erweiterung der Ausschreibung des Auftraggebers eingereicht werden, von den Alternativangeboten, den Abänderungsangeboten und den Variantenangeboten. Die Begriffsbestimmungen der ÖNORM A 2050 und des BVergG sind dabei einheitlich. Alternativangebote sind demnach „Angebote aufgrund eines alternativen Leistungsvorschlages des Bieters“ (Pkt. 3.1.1.1 ÖNORM A 2050). Als Abänderungsangebote versteht man Angebote, die lediglich geringfügige technische Änderungen betreffen (vgl. Pkt. 3.1.1.3). Variantenangebote sind aufgrund einer Ausschreibungsvariante seitens des Auftraggebers entstanden (vgl. Pkt. 3.1.1.4).

⁵⁹ OGH 23.01.2001, 7 Ob 265/00x; 27.03.2001, 1 Ob 262/00m.

⁶⁰ Vgl. TRAUNER, M.: Österreichisches Recht. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. S. 33.

⁶¹ Vgl. TRAUNER, M.: Österreichisches Recht. a.a.O. S. 33.

⁶² Vgl. GÖTZL, P.: Die vergaberechtliche Bindung an geeignete Leitlinien – Klarstellungen zu Anwendbarkeit, Umfang und Abweichung. In: RPA 2010, 123 (digital abgerufen über www.rdb.at am 22.09.2013, 10:00) S. 128 mwN.

⁶³ Am 1.1.1994 trat das erste BVergG in Kraft und löste damit in weiten Teilen die ÖNORM A 2050 als gesetzliche Grundlage für die Vergabe von Leistungen ab.

Gemäß Pkt. 6.1.1 ÖNORM A 2050 dürfen die Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden. Ausnahmen davon bilden die Alternativ-, Abänderungs- bzw. Variantenangebote.

Alternativangebote müssen nach Pkt. 5.1.6. ÖNORM A 2050 ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen als zulässig erklärt werden. Fehlt eine solche Angabe, sind Alternativangebote unzulässig und müssen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Wie auch das BVergG, sieht die ÖNORM A 2050 vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen an ein Alternativangebot anzugeben sind, um die Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistung feststellen zu können. Werden keine Mindestangaben in den Ausschreibungsunterlagen gemacht, so gelten die Mindestanforderungen der ausgeschriebenen Leistung auch für das Alternativangebot (Pkt. 5.1.6 ÖNORM A 2050). Die ÖNORM A 2050 stellt in Pkt. 5.1.6. klar, dass Alternativangebote auch ohne Abgabe eines Hauptangebotes zulässig sind, soweit der Auftraggeber dies ausdrücklich gestattet.

3.1.4 Das Bundesvergabegesetz

Europäische Richtlinien (Vergabe-RL, Sektoren-RL) zählen zum sekundären Unionsrecht. Richtlinien sind aber nicht automatisch in den Mitgliedsstaaten der EU anwendbar, sondern bedürfen einer Umsetzung in innerstaatliches Recht. Der Inhalt einer unionsrechtlichen Richtlinie ist gemäß Art. 288 AEUV hinsichtlich des zu erreichenden Zieles für die Mitgliedsstaaten, an die sie gerichtet ist, verbindlich. Die Mitgliedsstaaten haben dann die Pflicht, die verbindlichen Ziele der Richtlinie im innerstaatlichen Recht zu verankern, sind hinsichtlich der Wahl der Form und Mittel dieser Umsetzung aber frei (als eigenes Gesetz, Teil eines bereits bestehenden Gesetzes, als Verordnung, etc.). Die Vergabe-RL und die Sektoren-RL wurden in Österreich im BVergG legislativ umgesetzt.

Gleichzeit mit der Erlassung eines eigenen Gesetzes, dass die Vergabe von öffentlichen Bauleistungen regelt, war auch die Normenbindung an die ÖNORM A 2050 für öffentliche Auftraggeber nicht mehr vonnöten. Das erstmals erlassene BVergG aus dem Jahr 1993 (in Kraft getreten am 1.1.1994)⁶⁴ ersetzte zum damaligen Zeitpunkt die ÖNORM A 2050, weshalb diese heute nur noch geringe Bedeutung für Auftraggeber hat – vor allem für private bzw. halb-private.

⁶⁴ BGBl I 1993/462.

3.1.4.1 Anwendungsbereich des BVergG

In den Anwendungsbereich des BVergG fallen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträge, die von öffentlichen Auftraggebern im Zuge eines Vergabeverfahrens vergeben werden. Auftraggeber ist jener Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt bzw. zu erteilen beabsichtigt (§ 2 Z 8 BVergG).

Welche öffentlichen Auftraggeber konkret unter den Anwendungsbereich des BVergG fallen, definiert § 3 Abs. 1 BVergG. Demnach sind Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, die jedenfalls den Bestimmungen des BVergG unterliegen. Als öffentliche Auftraggeber sind weiters Einrichtungen des öffentlichen Rechts zu verstehen, die gegründet wurden, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, zumindest teilrechtsfähig sind und überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert werden bzw. die unter Einfluss von staatlicher Seite stehen. Dem BVergG unterliegen nur österreichische öffentliche Auftraggeber.⁶⁵

Neben diesem „klassischen Bereich“ bestehen besondere Regelungen für sogenannte „Sektorauftraggeber“, die gemäß § 1 Abs. 1 Z 2 BVergG ebenfalls bei der Vergabe von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen, bei Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsaufträgen sowie bei der Durchführung von Wettbewerben dem BVergG unterliegen. Sektorauftraggeber sind zum einen öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 BVergG, die „Sektorentätigkeit“ ausüben (§ 164 BVergG). Zu den Sektorentätigkeiten zählen Tätigkeiten in den Bereichen Gas, Wärme und Elektrizität, Wasser, Verkehrsleistungen, Postdienste, Aufsuchen und Fördern von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Häfen und Flughäfen. Zum anderen sind auch öffentliche Unternehmen, die Sektorentätigkeit ausüben als Sektorauftraggeber zu qualifizieren. Dabei definiert § 165 BVergG öffentliche Unternehmen als Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann. Auch Private können Sektorauftraggeber sein, wenn sie nämlich Sektorentätigkeit auf der Grundlage von besonderen bzw. ausschließlichen Rechten ausüben, und unterliegen damit zumindest teilweise dem BVergG.⁶⁶ Für die Vergabeverfahren von Sektorauftraggeber ist der 3. Teil des BVergG (§§163 ff) einschlägig, der

⁶⁵ Vgl. HEID, S.: Persönlicher Geltungsbereich. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. S. 44 mit Verweis auf BVA 21.12.2005, 02N-111/05-24.

⁶⁶ Vgl. KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. S. 28.

Erleichterungen gegenüber dem klassischen Bereich vorsieht und im Wesentlichen durch die Sektoren-RL beeinflusst wird.

Auftraggeber im Sinne des § 3 BVerG haben bei der Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie bei Bau- und Dienstleistungskonzessionen das BVerG einzuhalten. Das zu vergebende Auftragsvolumen ist, anders als die Vergaberichtlinien, die nur im Oberschwellenbereich Gültigkeit haben, für die Anwendbarkeit des BVerG unerheblich.⁶⁷ In den §§ 4 ff BVerG definiert der österreichische Gesetzgeber die Begriffe Bauauftrag, Lieferauftrag, etc. Unter Bauauftrag beispielsweise sind entgeltliche Aufträge zu verstehen, deren Vertragsgegenstand entweder die Ausführung oder gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben, die Ausführung eines Bauwerks, oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte zum Inhalt haben (§ 4 BVerG). Bau- bzw. Dienstleistungskonzessionsverträge unterscheiden sich von Bau- bzw. Dienstleistungsaufträgen darin, dass die Gegenleistung in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. der Dienstleistung oder in dem Recht zur Nutzung zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (§§ 7 und 8 BVerG). Baukonzessionsverträge haben insbesondere bei PPP-Modellen Relevanz. Als Beispiel eines Baukonzessionsvertrages sei die Errichtung und der Betrieb eines Autobahntunnels durch ein Unternehmen genannt, dass sich überwiegend von den Mauteinnahmen der Benutzer refinanziert.⁶⁸

3.1.4.2 Zulässigkeit von Alternativangeboten

Nach § 81 Abs. 1 BVerG sind Alternativangebote ieS nur bei Aufträgen, die nach dem Bestbieterkriterium („Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes“) vergeben werden, möglich. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei Vergaben nach dem Billigstbieterprinzip keine Alternativangebote ieS zulässig sind. Abänderungsangebote sind auch im Zuge einer Billigstbietervergabe möglich.⁶⁹ Ein Bieter kann aber nicht von sich aus ein Alternativangebot anbieten, sondern der Auftraggeber muss Alternativangebote ausdrücklich zulassen. In der Ausschreibung hat der Auftraggeber ausdrücklich anzugeben, ob und in welcher Art Alternativen zugelassen sind. (§ 81 Abs. 1 Satz 2 BVerG). Fehlt eine ausdrückliche Aussage bezüglich Alternativangebote, so sind diese unzulässig.

Alternativangebote iS des BVerG sind aber grundsätzlich nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Die Bieter haben

⁶⁷ Vgl. KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. S. 51.

⁶⁸ Vgl. KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. S. 37.

⁶⁹ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 442, die darin einen Verstoß gegen die europarechtlichen Vorgaben (insbesondere im Oberschwellenbereich) sehen.

demnach zuerst die Ausschreibung ohne Alternativen anzubieten, daneben – soweit zulässig – können sie Alternativangebote einreichen. Von diesem Grundsatz kann der Auftraggeber abweichen und eine Alternative auch ohne ausschreibungsgemäßes Angebots zulassen, er hat dies aber ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen kundzutun. (§ 81 Abs. 1 letzter Satz BVergG).

Anderes gilt für Abänderungsangebote, die gemäß § 82 Abs. 1 BVergG zulässig sind, sofern in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber nichts anderes festgelegt wurde. Der Auftraggeber hat weiters die Möglichkeit, Abänderungsangebote nur bei gewissen Positionen zuzulassen sowie die Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen vorzuschreiben (§ 82 Abs. 1 Satz 2 BVergG). Gleich wie bei Alternativangeboten, sind Abänderungsangebote (soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich etwas Anderes festgelegt wurde) nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. (§ 82 Abs. 1 letzter Satz BVergG).

Alternativangebote können entweder die Gesamtleistung oder aber auch Teile der Bauleistung betreffen. Alternativ angeboten können sowohl technische Alternativen werden, die sich auf die konkrete Ausführung der Bauleistung beziehen, als auch rechtliche bzw. wirtschaftliche Alternativen, die sich vom Hauptangebot dadurch unterscheiden, dass andere Zahlungsmodalitäten, verlängerte Gewährleistungsfristen o.Ä. angeboten werden.⁷⁰ Abänderungsangebote dürfen nur technische Alternativen enthalten (§ 2 Z 1 BVergG).

Von einem Bieter können auch mehrere Alternativangebote eingereicht werden, diese dürfen sich aber jeweils nur auf unterschiedliche Teile der Hauptleistung beziehen. Das (den Zuschlag erhaltende) Alternativangebot ersetzt den entsprechenden Teil des Hauptangebots.⁷¹ Unzulässig ist das vom Auftraggeber durchgeführte „Rosinenpicken“ in der er das Hauptangebot mit Teilen eines (oder mehreren) Alternativangebots nach seinen Wünschen kombiniert, da in diesem Fall nicht mehr der Bieter das betreffende Angebot erstellt hat.⁷² Anders stellt sich die Situation dar, wenn mehrere Alternativangebote jeweils über Teile der Leistung bzw. über unterschiedliche Bedingungen von einem Bieter abgegeben wurden. Soweit der Bieter den Auftraggeber dazu ermächtigt hat, kann der Auftraggeber aus dem durch die Kombination der unterschiedlichen Teil(alternativ)angeboten ergebenden

⁷⁰ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 435.

⁷¹ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 435.

⁷² Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 435 mit Verweis auf BVA, 28.4.1995, F-1/95-14.

„Positionsmix“ frei wählen und sich so das für ihn günstigste Angebot aussuchen.⁷³

Sowohl für Alternativangebote als auch für Abänderungsangebote gilt, dass diese als solche zu kennzeichnen sind und als eigene Ausarbeitung eingereicht werden müssen.⁷⁴ Gemäß § 106 Abs. 4 BVergG ist – auch wenn sich das Alternativangebot nur auf Teile der Leistung bezieht – ein Gesamt-(Alternativ-)Angebotspreis zu bilden. Auch bei Abänderungsangeboten ist ein Gesamt-(Abänderungs-)Angebotspreis anzugeben, der sowohl die unveränderten (laut Ausschreibung) als auch die abgeänderten Positionspreise enthält (Siehe § 106 Abs. 5 letzter Satz BVergG). Der Auftraggeber hat sich, bei Vorliegen eines Hauptangebotes und eines (oder mehrerer) Nebenangebote zu entscheiden, ob er dem Haupt- oder dem Alternativangebot den Zuschlag erteilt.

3.1.4.3 Der Weg eines Alternativangebots im Vergabeverfahren nach dem BVergG

Nachfolgend, soll zur besseren Übersicht ein kurzer schematischer Überblick gegeben werden, welche „Hürden“ ein Alternativangebot nehmen muss, um schlussendlich den Zuschlag zu erhalten.

- Liegt ein Vergabeverfahren im Sinne des BVergG vor?

Zuerst ist die Anwendbarkeit des BVergG zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen nach § 1 BVergG (öffentlicher Auftraggeber, Bau-, Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag, etc.) vor, so ist ein Vergabeverfahren anhand der Bestimmungen des BVergG abzuhandeln, diesbezüglich besteht kein Wahlrecht.

- Wird die Ausschreibung anhand des Kriteriums des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben?

Ein Alternativangebot ist nur bei Vergabe nach dem Bestbieterprinzip zulässig. Werden Leistungen nur anhand des günstigsten Preises bewertet und vergeben, ist eine Alternative nicht möglich. Abänderungsangebote können auch im Zuge einer Billigstbietervergabe berücksichtigt werden.

- Wurden Alternativangebote ausdrücklich zugelassen bzw. Abänderungsangebote nicht ausdrücklich als unzulässig erklärt?

Dem Auftraggeber kommt nach BVergG das Wahlrecht zu, ob er Alternativ- bzw. Abänderungsangebote zulassen will. Bei

⁷³ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 435.

⁷⁴ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O. S. 6.

Alternativangeboten bedarf es hierbei einer ausdrücklichen Zulassung, Abänderungsangebote sind grundsätzlich zulässig, soweit der Auftraggeber nichts anderes bestimmt.

- Wurde neben einem Alternativangebot auch ein ausschreibungsgemäßes Hauptangebot abgegeben?

§ 81 Abs. 1 letzter Satz BVergG schreibt vor, dass Alternativangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Hauptangebot abgegeben werden können. Bei einem mangelhaften Hauptangebot ist auch das Alternativangebot auszuschließen.⁷⁵ Der Auftraggeber kann von dieser Bestimmung abweichen und Alternativangebote iwS auch ohne Vorlage eines Hauptangebotes zulassen.

- Wurden vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen Mindestanforderungen an Alternativangebote formuliert?

Ganz im Sinne der Entscheidung in der Rechtssache *Traunfellner*, hat der Auftraggeber – soweit er Alternativangebote zulassen möchte – konkrete Mindestanforderungen an die Alternativangebote in seinen Ausschreibungsunterlagen anzugeben. Alternativangebote können sonst nicht berücksichtigt werden. Bei Abänderungsangeboten kann die Gleichwertigkeit aber auch ohne Angabe von Mindestanforderungen geprüft werden, nämlich soweit die Gleichwertigkeit offensichtlich ist.⁷⁶

- Werden diese Mindestanforderungen vom Alternativangebot erfüllt?

Die Alternative muss sowohl formale, als auch quantitative und nicht zuletzt auch die qualitativen Mindestanforderungen erfüllen, ansonsten ist das Angebot vom weiteren Vergabeverfahren gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschließen.

- Welche Zuschlagskriterien wurden vom Auftraggeber ausgewählt?

Anhand der definierten Zuschlagskriterien erfolgt eine Wertung und Reihung der abgegebenen und nicht ausgeschlossenen Angebote.

- Ist das Alternativangebot nach Bewertung aller Kriterien als das wirtschaftlich günstigste Angebot anzusehen?

Im Zuge der Angebotsprüfung ist im finalen Schritt, das objektiv beste Angebot festzustellen (unabhängig davon, ob es ein Haupt- oder ein Alternativangebot ist). Abschließend ist diesem Angebot der Zuschlag zu erteilen.

⁷⁵ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 436.

⁷⁶ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 444.

- Ist der Zuschlag an ein anderes Angebot erfolgt, bestehen nunmehr Handlungsspielräume um den Zuschlag anzufechten?

Wurde ein (Alternativ-)Angebot „übergangen“, ist es also als das wirtschaftlich günstigste Angebot anzusehen, erhielt allerdings ein anderes Angebot den Zuschlag, so bestehen rechtlich Möglichkeiten, das Vergabeverfahren und dessen Ausgang anzufechten.

Grafisch kann der Weg eines Alternativangebots wie folgt dargestellt werden:



Abbildung 1 - Weg eines Alternativangebots nach dem BVerG

Die Regelung, dass Alternativangebote nur neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot⁷⁷⁾ zulässig sind, kann vom (öffentlichen) Auftraggeber auch abbedungen werden. Soweit keine dispositive Regelung getroffen wurde, ist dieser Schritt jedoch einzuhalten.

Zur Veranschaulichung des Weges eines Abänderungsangebotes dient folgende Grafik:

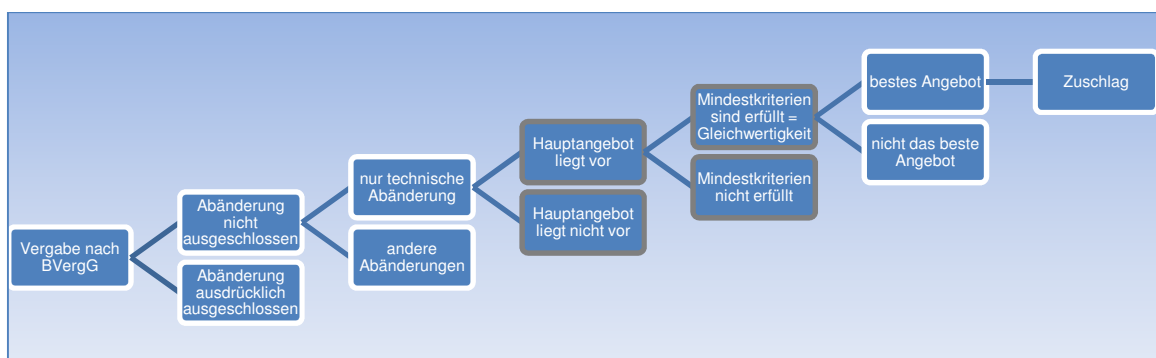


Abbildung 2 - Weg eines Abänderungsangebots nach dem BVerG

⁷⁷⁾ Siehe oben: Abbildung 1 - Weg eines Alternativangebots nach dem BVerG (die grau umrandeten Kästchen).

Auch bei Abänderungsangeboten ist die Abgabe eines Hauptangebotes als Voraussetzung für die Abgabe eines Abänderungsangebotes dispositiver Natur.

Die Angabe von Mindestkriterien ist zwar empfehlenswert, jedoch kann die Gleichwertigkeit von Abänderungsangeboten auch dann anerkannt werden, wenn diese offensichtlich ist.

3.1.5 VOB – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, (kurz: VOB) ist das deutsche Pendant zum BVergG bzw. zur ÖNORM A 2050. Es regelt die Vergabe von Bauleistungen und gliedert sich in zwei Teile, Teil A (kurz: VOB/A) behandelt die allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, während Teil B (kurz: VOB/B) allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen normiert. Die VOB/A ist mit der ÖNORM A 2050 vergleichbar und ist für alle deutschen öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Bauleistungen verbindlich.⁷⁸

Die VOB/A unterscheidet die sogenannten Basisparagrafen von den a-Paragrafen (z.B. gibt es einen § 3 als Basisparagraph und einen § 3a als a-Paragraph). Die Basisparagrafen sind für alle Bauaufträge unabhängig eines Auftragswerts (also auch im USB) einschlägig.⁷⁹ Die a-Paragrafen kommen nur bei der Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich (OSB) zur Anwendung, wenn der geschätzte Gesamtauftragswert (exkl. USt) über dem aktuellen Schwellenwert liegt (§ 1a Abs. 1 Z 1 VOB/A). Seit 2012 liegt der Schwellenwert bei 5.000.000 Euro⁸⁰ und wird mit 01.01.2014 wieder angepasst. Im Sektorenbereich gilt eine eigene Verordnung, die VOB/A ist nicht (mehr) anwendbar.⁸¹

Anders als das österreichische BVergG verwendet die VOB/A nicht den Begriff „Alternativangebot“ bzw. „Abänderungsangebot“, sondern spricht von „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“. Anders als nach österreichischem Recht gestaltet sich auch die Grundrichtung der VOB/A, nämlich dahingehend, dass Nebenangebote gem. § 8 Abs. 2 Z 3 VOB/A grundsätzlich zulässig sind, soweit der Auftraggeber dies nicht ausdrücklich in den Vergabeunterlagen ausgeschlossen hat. In den Vergabeunterlagen ist vom Auftraggeber weiters anzugeben, ob die

⁷⁸ Vgl. HECK, D.: Funktionale Vertragsgestaltung im Spezialtiefbau. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. S. 60.

⁷⁹ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 124.

⁸⁰ Siehe Verordnung (EG) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011.

⁸¹ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 124.

Abgabe eines Nebenangebots ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen ist (§ 8 Abs. 2 Z 3 lit b VOB/A).

Das deutsche Vergaberecht ist augenscheinlich alternativenfreundlicher ausgerichtet als das österreichische BVergG, da es einerseits keiner ausdrücklichen Zulassung von Nebenangeboten durch den Auftraggeber bedarf und es andererseits auch zulässig ist, lediglich ein Nebenangebot (ohne Abgabe eines Hauptangebots) einzureichen.

Hinsichtlich Zulässigkeit von Nebenangeboten ist anzuführen, dass auch nach deutscher Rechtsprechung und im Hinblick auf Art 24 Abs. 1 Vergabe-RL, Nebenangebote („Varianten“) in den Fällen ausgeschlossen sind, in denen der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist (Billigstbieterprinzip).⁸²

Seit 2009 sind Vergabeverfahren im (deutschen) Sektorenbereich nicht mehr in der VOB/A, sondern in einer eigenen Sektorenverordnung (SektVO) geregelt. In dessen Anwendungsbereich fallen öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen, die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs durchführen.⁸³ Bau- und Dienstleistungskonzessionen sind von der SektVO nicht erfasst (§ 1 Abs. 1 SektVO).

§ 8 Abs. 1 SektVO bestimmt, dass Nebenangebote vom Auftraggeber zugelassen werden können. Im Bereich der deutschen Sektorauftraggeber sind demnach – gleich wie nach BVergG – Nebenangebote grundsätzlich nicht vorgesehen, sondern müssen vom Auftraggeber ausdrücklich in den Vergabeunterlagen (bzw. in der Bekanntmachung der Ausschreibung) als zulässig erklärt werden. Zugleich hat der Auftraggeber Mindestanforderungen an die Nebenangebote festzulegen.

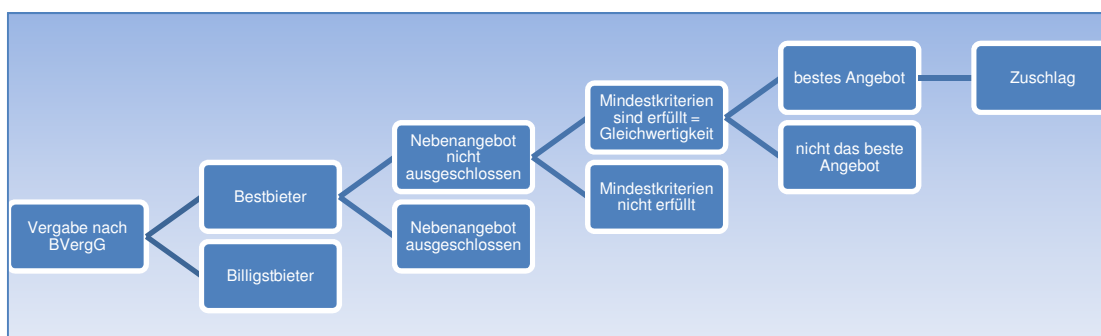


Abbildung 3 - Weg eines Nebenangebots nach der VOB

⁸² OLG Düsseldorf 07.01.2010, Beschluss Az. VII-Verg 61/09; Siehe auch LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage, S. 176.

⁸³ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage, S. 374.

3.2 Zwingende Normen für alle Auftraggeber

Im Bereich der privaten Vergabe von Bauleistungen herrscht Privatautonomie. Der private Auftraggeber ist nicht an die strengen Bestimmungen des BVergG gebunden, hat jedoch die allgemeinen straf- und privatrechtlichen Normen zu beachten. Diese sind allerdings auch für öffentliche Auftraggeber verbindlich. Die Relevanz dieser straf- und privatrechtlichen Normen besteht aber überwiegend nur beim privaten Auftraggeber (der sich auch keinen ÖNORMEN unterworfen hat), da das BVergG und diverse ÖNORMEN einen Ausgleich zwischen den Interessen sucht und daher Streitigkeiten schon mithilfe der Spezialnormen geregelt werden und man daher nicht auf die allgemein formulierten Grundsätze des Straf- und Privatrechts zurückgreifen muss.

3.2.1 Vorvertragliches Schuldverhältnis

Gestützt auf die §§ 866, 869, 874 und 878 Satz 3 ABGB geht die herrschende juristische Meinung von einem vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen Auftraggeber und potenziellen Auftragnehmer aus.⁸⁴ Bereits vor Vertragsabschluss bestehen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, dessen schuldhaftes Verletzung man als „culpa in contrahendo“ bezeichnet und zu Schadensersatzansprüchen führen kann.⁸⁵ Diese Pflichten ergeben sich aus dem Gedanken von Treu und Glauben, aus den sogenannten „guten Sitten“, die im allgemeinen Geschäftsverkehr Gültigkeit besitzen.⁸⁶ Die „culpa in contrahendo“-Haftung fußt auf dem Gedanken, dass geschäftliches Handeln in nicht unerheblichem Maße in fremde Vermögenswerte eingreifen, weshalb gefordert wird, dass sich jeder Geschäftstätige wie ein „guter“ Geschäftsmann verhalten soll, sodass die Vertragspartner nicht in unangebrachter Weise enttäuscht werden.⁸⁷

Vorvertragliche Verpflichtungen bestehen für Auftraggeber, sobald sie Bieter einladen, ein Angebot zu legen, was grundsätzlich durch das Versenden von Ausschreibungsunterlagen offeriert wird.⁸⁸ Sowohl der öffentliche als auch der private Auftraggeber hat im Rahmen seiner Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Stadium die Bieter über alle Umstände und Faktoren, die für die Ausschreibung bzw. die Preisermittlung aufgrund standardisierter Leistungsverzeichnisse,

⁸⁴ Vgl. MÜLLER, K.: Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 262.

⁸⁵ Vgl. WELSER, R.: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Auflage. S. 16.

⁸⁶ Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetz- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. In: Tagungsband zum 4. Grazer Baubetriebs- und Baurechtssseminar: Die Schnittstelle zwischen Vergabe und Bauvertragswesen. S. 250.

⁸⁷ Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. a.a.O. S. 250.

⁸⁸ Vgl. MÜLLER, K.: Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag. a.a.O. S. 270.

relevanten Punkte aufzuklären.⁸⁹ Eine „culpa in contrahendo“-Haftung kann unter Umständen auch dann entstehen, wenn der Auftraggeber die Bieter nicht über die Zulassung bzw. Nichtzulassung von Alternativangeboten aufklärt.

Aus der Privatautonomie folgt, dass Bieter grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass Alternativangebote (insbesondere, wenn diese wirtschaftlichere Lösungen für den Auftraggeber bieten) vom Auftraggeber erwünscht sind. Soweit ein Auftraggeber von vornherein alternative Leistungsvorschläge ausschließt, sollte er im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflicht die potenziellen Auftragnehmer über seine Absichten (nämlich keine Alternativaufträge zu berücksichtigen) aufklären.

Verboten ist nach Ansicht von *Krejci* die bloß zum Schein ausgeführte Ausschreibung, bei der bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung feststeht, welches Angebot den Zuschlag erhalten wird. Aus diesem Verbot der Scheinausschreibung kann aber nicht abgeleitet werden, dass ein Kontrahierungszwang mit dem besten Angebot besteht. Die Ausschreibung stellt nämlich bloß eine Einladung zur Angebotsstellung dar.⁹⁰

Nun könnte man argumentieren, dass es allein Sache des Geldgebers ist, mit wem er Verträge eingehen will. Bieter haben aber unter Umständen im Vertrauen darauf, dass beste Angebot zu legen und somit den Vertragsabschluss mit dem Auftraggeber zu lukrieren, erhebliche Aufwendungen in die Ausarbeitung von Alternativangeboten gesteckt und kommen dann, da der Auftraggeber keine Alternativen berücksichtigt, nicht zum Zug. Diesen monetären Nachteil, den der Auftragnehmer nur im Vertrauen auf den positiven Geschäftsabschluss getätigt hat, kann er in Form von Schadenersatz vor den ordentlichen Gerichten vom Auftraggeber einklagen. Allerdings darf die Möglichkeit zur Klagerhebung aufgrund der Verletzung vorvertraglicher Pflichten nicht überbewertet werden. Nur in Fällen gravierender Missstände zwischen den Vertragsparteien, haben gerichtliche Verfahren tatsächlich Aussicht auf Erfolg.

Soweit der private Auftraggeber Alternativangebote berücksichtigt, sind die Voraussetzungen der Gleichwertigkeit mit der Hauptleistung im Sinne des BVergG nicht einschlägig. Der Auftraggeber kann sich auch nachträglich entscheiden, ein billigeres Produkt bzw. Verfahren ausführen zu lassen, das eben nicht mit der Hauptleistung gleichwertig, sondern minderwertig, aber in diesem Fall kostengünstiger, ist. Jedenfalls hat der Auftraggeber dem Grundsatz des

⁸⁹ Vgl. MÜLLER, K.: Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag. a.a.O. S. 270.

⁹⁰ Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. a.a.O. S. 252.

Gleichbehandlungsverbotes zu folgen, er darf daher keinen Bieter (wettbewerbsmäßig) besser stellen als die anderen Bieter.⁹¹

3.3 Dispositive Regelungen und Normen

Nachdem oben eingehend die zwingenden Normen und Gesetze für öffentliche bzw. private Auftraggeber erörtert wurden, widmet sich das Ende dieses Kapitels den dispositiven Regelungen und Normen. Diese können – müssen aber nicht – Teil der Ausschreibung bzw. des abgeschlossenen Werkvertrags sein. Sowohl der öffentliche als auch der private Auftraggeber hat ein Wahlrecht, ob er sich einer bestimmten Norm unterwerfen will oder nicht.

3.3.1 Die ÖNORM B 2110

Als „zentrale“ Bauvertragsnorm regelt die ÖNORM B 2110 allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen. Als Ergänzung zur ÖNORM A 2050 und zum BVergG beinhaltet die ÖNORM B 2110 in Abschnitt 4 auch Verfahrensbestimmungen hinsichtlich der Ausschreibung und Erstellung von Angeboten, die laut ausdrücklicher Anordnung im Vorwort der ÖNORM B 2110 nicht Vertragsbestandteil eines (Bau-)Werkvertrags werden sollen. Die ÖNORM B 2110 (bzw. bestimmte Teile daraus) gilt im Zuge eines Bauprojekts nur kraft ausdrücklicher Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien. Dies kann bereits im Zuge der Ausschreibungsunterlagen bedungen werden (z.B. durch die Formulierung: „Die ÖNORM B 2110 bildet einen Vertragsbestandteil“).

Die ÖNORM B 2110 ist für öffentliche Auftraggeber in dem Sinne verbindlich, dass diese als geeignete Leitlinie i.S. des §§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2 BVergG zu qualifizieren ist, die aufgrund gesetzlicher Anordnung vom öffentlichen Auftragnehmer heranzuziehen ist. Der öffentliche Auftraggeber kann im Einzelfall abweichende Regelungen zur ÖNORM B 2110 treffen, hat hierfür aber die Gründe für die abweichende Regelung festzulegen und den Bietern auf Anfrage mitzuteilen.⁹²

Ist im Zuge eines Bauvertrags die Anwendung der ÖNORM B 2110 bedungen, kommt aufgrund des in Pkt. 5.1.1 und Pkt. 4.1 ÖNORM B 2110 festgelegten normativen Verweises, eine Reihe unterschiedlicher Normen und Gesetze zur Anwendung, so unter anderem die ÖNORM A 2050, die ÖNORM B 2061 (Preisermittlung für Bauleistungen), ÖNORM B 2111 (Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen), alle

⁹¹ Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. a.a.O. S. 252.

⁹² Vgl. Kapitel 3.1.2.

einschlägigen Werkvertragsnormen (ÖNORM B 22xx und H 22xx), sowie das BVergG. Bei Anwendung der ÖNORM B 2110 kommt es demnach (unter Umständen ungewollt) zur Anwendung von einer ganzen Reihe an unterschiedlichen Normen. Bei Verträgen mit Verbrauchern i.S. des KSchG (das sind alle natürlichen Personen, die nicht Unternehmer sind) müssen die ÖNORMEN jedoch ausdrücklich vereinbart werden.

Insbesondere der normative Verweis auf das BVergG ist in dieser Hinsicht zu beachten. Private Auftraggeber, die grundsätzlich nicht den strengen Bestimmungen des BVergG unterliegen, werden durch die uneingeschränkte Anwendung der ÖNORM B 2110 den Regelungen des BVergG unterworfen, was weitreichende Konsequenzen für die Vergabe von Bauleistungen und auch für Alternativangebote hat. Um die Anwendung bestimmter Normen und Gesetze im Zusammenhang mit der Gültigkeit der ÖNORM B 2110 auszuschließen, sollte der (private) Auftraggeber die normative Wirkung der ÖNORM B 2110 derart eingrenzen, dass nur die von ihm gewollten Normen und Gesetze auf seinen Werkvertrag Anwendung finden. Der Verweis auf das BVergG kann jedoch nicht in der Art abbedungen werden, da die Bestimmungen des 4. Abschnittes über Ausschreibungen und Erstellen von Angeboten nach dem Vorwort zur ÖNORM B 2110 nicht dazu bestimmt ist, Vertragsbestandteil des Werkvertrags zu werden.

Für Auftragnehmer ergibt sich eine negative Seite bei Abgabe von Alternativangeboten iW.S. aus Pkt. 7.2.2 dritter Absatz Z 2 der ÖNORM B 2110. Nach dieser Bestimmung gilt, dass zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten oder Abänderungsangeboten ergeben, der Risikosphäre des Auftragnehmers zuzuordnen sind. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit der garantierten Angebotssumme gemäß Pkt. 6.3.3 zu sehen. *„Bei einem Einheitspreisvertrag, der auf Grundlage eines Alternativangebotes gemäß ÖNORM A 2050 bzw. BVergG 2006 abgeschlossen wurde, gilt – wenn nicht anders vereinbart – für die davon betroffenen Leistungen eine garantierte Angebotssumme als vereinbart.“*⁹³ Die garantierte Angebotssumme ist auf der Grundlage der Mengen und Preise des Bauvertrags zu berechnen. Die Forderung eines höheren Entgelts (also über die garantierte Angebotssumme hinaus) kann nur dann berechtigt sein, wenn sich Änderungen aus der Sphäre des Auftraggebers ergeben (z.B. unzutreffende bodenkundliche Angaben), nicht aber auf Grund einer reinen Mengenänderung. (Pkt. 6.3.3.2 leg cit). Wurde die Leistung jedoch reduziert oder stellt sich im Rahmen der Abrechnung heraus, dass nicht die gesamte Summe des garantierten Angebotspreises als Gesamtpreis zu verrechnen ist, kommt diese Preisreduktion dem Auftraggeber zu Gute. Der Auftraggeber hat in diesem Fall die Differenz zwischen garantierten Angebotspreis und

⁹³ Vgl. Pkt. 6.3.3.1 ÖNORM B 2110.

abgerechneten Gesamtpreis nicht zu vergüten (Pkt. 6.3.3.3 leg cit). Die garantierte Auftragssumme ist als Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Garantie der Richtigkeit iS des § 1170a Abs. 1 ABGB zu qualifizieren.⁹⁴ Pkt. 6.3.3 gilt nicht für Abänderungsangebote.⁹⁵

3.3.2 Die FIDIC-Verträge

Die von der Internationalen Vereinigung Beratender Ingenieure herausgegebenen FIDIC-Verträge stellen vorformulierte Vertragsbedingungen für Bauvorhaben auf und haben seit mehr als 50 Jahren Anwendung, insbesondere für Großprojekte in Osteuropa, im Nahen Osten, in Asien und Afrika.⁹⁶

Die FIDIC-Verträge werden in vier verschiedene Vertragsmuster unterteilt. Das *Red Book* enthält Bestimmungen über die Bauleistungen, die vom *Employer* (dem Besteller) oder von einem Dritten in dessen Auftrag (damit ist der *Engineer* gemeint, der als fachkundiger Ingenieur das Bauprojekt abwickelt) geplant werden. Im *Yellow Book* befinden sich Bestimmungen über Planungs- und Bauleistungen, für die der *Contractor* (der Vertragspartner des *Employers*) auf Basis der unvollständigen Planung des *Employers* umfangreiche Planungsleistungen zu erbringen hat (Pauschalpreisvertrag). Die im *Silver Book* niedergeschriebenen Vertragsbedingungen eignen sich insbesondere für Projekte, bei denen der *Contractor* weitreichende Verpflichtungen übernimmt. Das *Green Book* hat seinen Anwendungsbereich speziell für Bauaufträge mit geringer Auftragssumme. Daneben bestehen weitere Varianten der FIDIC-Verträge, die hier nicht näher behandelt werden sollen.⁹⁷

Die FIDIC-Verträge können als standardisierte, allgemeine Vertragsbedingungen qualifiziert werden, die von den Vertragsparteien ausdrücklich als Vertragsbestandteile erklärt werden müssen, damit sie Gültigkeit erlangen. Obwohl es allein in der Disposition der Vertragsparteien liegt, ob und welche Bestimmungen der FIDIC-Verträge als verbindlich abbedungen werden, müssen die so normierten Vertragsbestandteile auch immer anhand des dem Vertrag unterliegenden nationalen Rechts beurteilt werden.⁹⁸

Die während der Vertragserfüllung geänderten Leistungserbringungen werden in den FIDIC-Verträgen als „*Variations*“ bezeichnet und werden in Unterklausel 1.1.6.9 des *Red Books* als jede Änderung der *Works*

⁹⁴ Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage. S. 462.

⁹⁵ Vgl. KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, 2. Auflage. S. 222.

⁹⁶ Vgl. DEMBLIN, A.; MÖRTH, C.: FIDIC. S. V.

⁹⁷ Vgl. DEMBLIN, A.; MÖRTH, C.: FIDIC. S. 5.

⁹⁸ Vgl. DEMBLIN, A.; MÖRTH, C.: FIDIC. S. 6.

(das sind alle vertraglich festgelegten Bauleistungen, die der *Contractor* zu erbringen hat) die nach Klausel 13 angeordnet oder genehmigt sind, definiert. *Variations* sind demnach eine nach Vertragsabschluss vom *Engineer* angeordnete oder genehmigte Änderung der Leistungserbringung.⁹⁹ Initiator einer *Variation* ist meist der *Engineer*, der nach den *General Conditions* befugt ist, über *Variations* zu entscheiden und in die Wege zu leiten.¹⁰⁰

In Unterklausel 13.1 des *Red Books*¹⁰¹ sind demonstrativ Situationen aufgezählt, die Gegenstände von *Variations* sein können:¹⁰²

- Massenänderungen,
- Änderungen in der Qualität der Bauleistung,
- Änderungen in der Lage bzw. im Ausmaß bestimmter Bauleistungen,
- Entfall von Teilleistungen,
- Anordnung zusätzlicher Leistungen,
- Änderungen des Zeitablaufs bzw. der Reihenfolge der Leistungsausführung.

Variations können dabei nach Unterklausel 3.1 entweder allein vom *Engineer* kommen, der die Leistungsänderung (ohne vorherige Einigung bezüglich Preis und Ausführung) vom *Contractor* verlangt, oder der *Engineer* kann den *Contractor* auffordern, Vorschläge für *Variations* einzubringen und sich somit vorab mit dem *Contractor* zu besprechen und somit Streitigkeiten im Nachhinein zu vermeiden.¹⁰³ Dem *Contractor* kommt nach Unterklausel 13.1 das Recht zu, die Ausführung einer *Variation* zu verweigern, soweit er belegen kann, dass ihm die Ausführung der Leistung unmöglich ist und dies dem *Engineer* zeitgerecht mitteilt.

Variations können aber auch gemäß Unterklausel 13.2 auf Grundlage eines Vorschlages des *Contractors* – ohne vorheriger Aufforderung seitens des *Engineers* – ausgeführt werden. Da der Zeitraum für die Abhandlung von *Variations* im Sinne der FIDIC-Verträge immer erst nach Vertragsabschluss (die FIDIC-Verträge sind Teil des Vertrages) liegt, sind *Variations* nicht als herkömmliche Alternativangebote zu werten,

⁹⁹ Vgl. DEMBLIN, A.; MÖRTH, C.: FIDIC. S. XXI.

¹⁰⁰ Vgl. Online-Ausgabe „tHIS“; HÖDL, M.; HETTLER, S.: Internationale Bauverträge, ein Leitfaden zu den FIDIC-Vertragsmustern - Teil 1: Einführung und Claim-Management. http://www.this-magazin.de/artikel/bmbw_Internationale_Bauvertraege_ein_Leitfaden_zu_den_FIDIC-Vertragsmustern_1353718.html. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 10:00 Uhr.

¹⁰¹ Im Yellow Book findet sich keine solche Aufzählung.

¹⁰² Vgl. DEMBLIN, A.; MÖRTH, C.: FIDIC. S. 85.

¹⁰³ Vgl. HÖK, G.: FIDIC Yellow Book, 2. Auflage. S. 76.

sondern müssen dem Phänomen „Value Engineering“ zugeordnet werden.¹⁰⁴ Jede *Variation* muss die Leistungserbringung vorteilhafter für alle Beteiligten machen, entweder durch Kostenreduktion, Zeitersparnis oder anderen Effizienzsteigerungen, ansonsten hat der *Engineer* die *Variation* vom *Contractor* abzulehnen bzw. keine *Variation* zu beauftragen.

Hinsichtlich der Aufteilung der Kostenersparnis aufgrund einer erfolgreichen *Variation* enthält das *Red Book* die Bestimmung, dass die Vorteile mangels anderer vertraglicher Regelung zur gleichen Hälfte aufgeteilt werden soll. Das *Yellow Book* sieht keine solche Regelung vor.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Zum Begriff Value Engineering sowie einer ausführlichen Erklärung siehe Kapitel 5.7. Jedenfalls trifft dies auf die vom *Contractor* vorgeschlagenen *Variations* zu, die auf seine Anstrengungen zurückzuführen sind.

¹⁰⁵ Vgl. HÖK, G.: FIDIC Yellow Book, 2. Auflage. S. 78.

4 Bewertungskriterien

Nachdem im vorangegangenen Kapitel untersucht wurde, ob und wann Alternativangebote zulässig sind, wird im Folgenden auf die Anforderungen an Alternativangebote eingegangen. Im Speziellen geht es hier um die Frage, welche formellen und inhaltlichen Kriterien eines Alternativangebots erfüllt sein müssen, damit es im Vergabewettbewerb Berücksichtigung findet.

4.1 Öffentlicher Auftraggeber

Obwohl in der bisherigen Arbeit mehrere unterschiedliche Normen untersucht wurden (BVerG, VOB, ÖNORM A 2050) wird im folgenden Kapitel hauptsächlich auf die Bestimmungen des BVerG eingegangen. Nur soweit Bestimmungen vom Regelungsinhalt des BVerG deutlich abweichen, wird dies anschließend kurz dargestellt.

4.1.1 Formale Anforderungen an Alternativangebote

Alternativangebote haben grundsätzlich denselben formalen Anforderungen wie Hauptangebote zu genügen.¹⁰⁶ Angebote sind in deutscher Sprache zu verfassen und in Euro auszupreisen (§ 106 Abs. 2 BVerG). Hinsichtlich Form- und Inhaltserfordernissen für Angebote stellen die §§ 107 und 108 BVerG umfangreiche Bedingungen auf. So sind beispielsweise Angebote so auszuführen, dass Veränderungen erkennbar bzw. nachweisbar sind, keine Zahlen- oder Rechenfehler beinhalten und den Formerfordernissen der Ausschreibungsunterlagen genügen. Angebote sind mit Name und Geschäftssitz des Bieters zu versehen, rechtsgültig zu datieren und zu unterfertigen.¹⁰⁷

Neben den allgemeinen formalen Anforderungen sind darüber hinaus für Alternativangebote weitere Bestimmungen einzuhalten. Gemäß § 106 Abs. 4 BVerG ist ein Alternativangebot als solches zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung abzugeben. Die Kennzeichnung soll eindeutig erkennen lassen, dass es sich um ein Alternativangebot handelt. Zweckmäßigerweise wird man hierfür auf der Titelseite des Angebots das Wort „Alternativangebot“ angeben. Insbesondere die Abgrenzung zum eingereichten Hauptangebot muss für den Auftraggeber klar ersichtlich sein (soweit nicht ausnahmsweise die Abgabe eines Alternativangebotes ohne gleichzeitige Einreichung eines Hauptangebotes zulässig ist). Dies bedingt auch eine eigene

¹⁰⁶ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 437.

¹⁰⁷ Vgl. § 108 Abs. 1 Z und Z 9 BVerG.

Ausarbeitung des Alternativangebots. Für jedes Alternativangebot muss abschließend ein Gesamt-Angebotspreis gebildet werden, auch wenn es sich um Teil-Alternativangebote handelt.¹⁰⁸ Dieses Erfordernis bezweckt vor allem die rasche Vergleichbarkeit der verschiedenen Angebote. Der Gesamt-Angebotspreis hat innerhalb des Vergabeverfahrens besondere Bedeutung, da diese Summe im Zuge der Angebotsöffnung verlesen und protokolliert wird. Alternativangebote müssen nicht zwingend gleichzeitig mit dem Hauptangebot abgegeben werden, sondern können auch (unter Bezugnahme auf das Hauptangebot) gesondert, innerhalb der Angebotsfrist, eingereicht werden.¹⁰⁹

Für Abänderungsangebote legt § 106 Abs. 5 BVergG fest, dass diese „die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen“ haben und der Bieter den Nachweis der Gleichwertigkeit zu erbringen hat. Da der Nachweis der Gleichwertigkeit eine besondere Stellung innerhalb der Prüfung von Alternativangeboten zukommt, wird diese ausführlich in Kapitel 4.1.3 erörtert. Auch Abänderungsangebote sind als solche zu kennzeichnen, es ist für jedes Abänderungsangebot ein Gesamt-Abänderungsangebot zu bilden und dieses muss in einer eigenen Ausarbeitung eingereicht werden.¹¹⁰

Der Auftraggeber kann darüber hinaus weitere Kriterien hinsichtlich Form der Einreichung der Alternativangebote in den Ausschreibungsunterlagen festlegen (§ 81 Abs. 2 BVergG).¹¹¹ Der Bieter hat sich gemäß § 106 Abs. 1 BVergG an die Ausschreibungsunterlagen zu halten und darf den vorgeschriebenen Text weder verändern noch ergänzen. Mit der Abgabe eines Angebots ist der Bieter insofern an sein Angebot gebunden (zumindest bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist), als dass er damit erklärt, die Bestimmungen der Ausschreibung zu kennen, er die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung der Leistung verfügt und er die ausgeschriebene Leistung zu den Bestimmungen und zu dem Preis erbringt.¹¹²

In § 13 Abs. 3 VOB/A ist für Änderungsvorschläge und Nebenangebote iS der VOB normiert, dass diese auf besonderen Anlagen abgefasst, als solche deutlich zu kennzeichnen sind und vom Hauptangebot eindeutig abgrenzbar sein müssen. Weiters ist vorgesehen, dass, wenn Änderungsvorschläge und Nebenangebote abgegeben werden, ihre Zahl an einer vom Auftraggeber bezeichneten Stelle anzuführen ist. Daneben sind Änderungsvorschläge und Nebenangebote zusätzlich zum

¹⁰⁸ Vgl. § 106 Abs. 4 letzter Satz BVergG

¹⁰⁹ Vgl. HEID, S.; SCHREIBMAYER, K.: Gestaltung des Angebots. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. S. 511.

¹¹⁰ Vgl. § 106 Abs. 5 BVergG.

¹¹¹ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 437.

¹¹² Vgl. § 108 Abs. 2 BVergG.

Hauptangebot zu unterzeichnen. Das Erfordernis der Bekanntgabe der Zahl der unterbreiteten Nebenangebote führt allerdings nicht zu einem Ausschluss des Angebots, alle anderen Verletzungen von Formvorschriften innerhalb der VOB führen jedoch zum Ausschluss der betreffenden Angebote.¹¹³

Auf die exakte Angabe des gebildeten Gesamt-Angebotspreises legt die Judikatur besonders Wert. Der Gesamt-Angebotspreis muss plausibel zusammengesetzt sein, eine Umlagerung der Kosten in der Art, dass bestimmte Leistungen trotz eigener Position in einem konstruktiven Leistungsverzeichnis mit null Euro ausgepreist und dafür in andere Leistungspositionen miteinkalkuliert wurden, ist nicht zulässig.¹¹⁴ Eine Nachbesserung bzw. Sanierung der Angabe über den Gesamt-Angebotspreis ist nicht möglich, sondern führt zum Ausschluss des betreffenden Alternativangebots.¹¹⁵ Im konkreten Fall hatte ein Bieter, entgegen den Ausschreibungsbedingungen, nicht die Kosten der Projektplanung durch den Ziviltechniker für ihr Alternativangebot angegeben, was aber zu einer Erhöhung des Gesamt-Angebotspreises geführt hätte. Das BVA sieht es dabei als irrelevant an, ob sich durch die Erhöhung des Gesamt-Angebotspreises auch eine neue Reihung der Angebote ergibt.¹¹⁶

Nach Meinung des BVA gelten für Alternativangebote dieselben Formerfordernisse wie für Hauptangebote. In dem vom BVA entschiedenen Fall ging es um den Ausschluss eines Alternativangebots, welches nicht den Anforderungen hinsichtlich plausibler Aufstellung des Gesamtpreises genügte. Der Bieter gab in seinem Angebot lediglich an, dass *"bei Umsetzung der (...) beschriebenen Einsparungspotentiale sich für den Angebotspreis (...) eine Preisreduktion von (...) ATS ergibt"*. Mit dieser Aussage kann allerdings für den Auftraggeber nicht herausgelesen werden, was passiert, wenn nicht alle angebotenen alternativen Optionen zur Ausführung gelangen. Weiters war aus dem Angebot auch keine Aufgliederung des Preises abzulesen.¹¹⁷

4.1.2 Mindestanforderungen an Alternativangebote

Lässt ein öffentlicher Auftraggeber Alternativangebote ausdrücklich zu, so hat er in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die die Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung

¹¹³ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 181.

¹¹⁴ Vgl. BVA 19.11.2012 N/0094-BVA/03/2012-19.

¹¹⁵ Vgl. BVA 01.04.1998, N-7/98-10 und N-9/98-5.

¹¹⁶ Vgl. BVA 01.04.1998, N-7/98-10 und N-9/98-5.

¹¹⁷ BVA 09.04.1997 F-18/96-29 u.a.

definieren und die Art und Weise festzulegen, wie diese Angebote einzureichen sind.¹¹⁸ Das Erfordernis der Festlegung von Mindestanforderungen vom Auftraggeber ist bereits in Art 24 Abs. 3 Vergabe-RL normiert. Weiters bestimmt Art 24 Abs. 4 Vergabe-RL, dass von den öffentlichen Auftraggebern nur solche Varianten Berücksichtigung finden dürfen, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen. In gleicher Weise regelt auch § 81 Abs. 2 BVergG, dass die Auftraggeber nur jene Alternativangebote im weiteren Vergabeverfahren berücksichtigen dürfen, die den festgelegten Mindestanforderungen genügen. Aus § 81 BVergG darf nach Meinung von *Kurbos* aber nicht herausgelesen werden, dass der Auftraggeber alle Möglichkeiten bedenken muss, sondern es müssen nur solche Mindestanforderungen definiert werden, „die erfüllt sein müssen“, wobei die Erfüllung der Mindestanforderungen mit einem klaren Ja oder Nein zu beantworten ist.¹¹⁹

Mindestanforderungen können als Kriterien angesehen werden, anhand deren man die Gleichwertigkeit der Alternativangebote mit dem Hauptangebot feststellen kann.¹²⁰ Dabei kommt dem Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote eine zentrale Rolle zu. Durch die Angabe von Mindestanforderungen soll einerseits dem Auftraggeber bewusst werden welche Erwartungen er an die von ihm vergebene (Bau-) Leistung stellt und andererseits den Bietern Informationen bezüglich Eigenschaften und Ergebnisse, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und die auch von einer eventuellen Alternative zu erfüllen sind, zu geben.¹²¹ Mindestanforderungen stellen aber auch eine Brücke zwischen den gegenläufigen Interessen der Bieter auf die Freiheit bei der Erstellung ihrer Alternativangebote und dem Gebot der Vergleichbarkeit der Angebote dar.¹²²

Nach Ansicht des EuGH in der Rechtssache *Traunfellner* genügt es nicht, dass ein Auftraggeber einen bloßen Verweis auf nationale Rechtsvorschriften festlegt, in dem zum Ausdruck gebracht werden soll, dass ein Alternativangebot die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sicherstellen muss.¹²³ Ein bloßer Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift widerspricht dem europäischen Grundsatz der Transparenz, da nationale Rechtsvorschriften, insbesondere bei europa-

¹¹⁸ Vgl. § 81 Abs. 2 BVergG.

¹¹⁹ KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag - Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. In: Tagungsband zum 4. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar: Die Schnittstelle zwischen Vergabe und Bauvertragswesen. S. 168.

¹²⁰ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 438.

¹²¹ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

¹²² Vgl. CASATI, A.: Alternativangebote. In: *ecolex*, 1999, 580 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 13:53 Uhr).

¹²³ Vgl. EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“, RZ 30.

weiten Ausschreibungen, nicht für alle Teilnehmer gleich zugänglich sind.¹²⁴

Obwohl sowohl die Vergabe-RL als auch das BVergG dezidiert die Angabe von Mindestanforderungen an Alternativangebote vorschreiben, ist in der Richtlinie bzw. im Gesetz deren obligater Inhalt nicht geregelt. Insbesondere ist aus dem Normtext nicht herauszulesen, dass dafür ein eigener Punkt in den Ausschreibungsunterlagen notwendig wäre.¹²⁵ Dem BVergG wäre demnach auch Rechnung getragen, wenn sich die Mindestanforderungen aus der allgemeinen Beschreibung bzw. aus den Ausschreibungsunterlagen als solches ableiten lassen. Die Grenze dafür wird wohl dort zu ziehen sein, wo sich ein Bieter nicht mehr im Klaren darüber ist, was nun für ein Alternativangebot die Mindestanforderungen sein sollen. Hat sich der Bieter beispielsweise beim Auftraggeber zu erkundigen, welche Mindestanforderungen für Alternativangebote gelten, so sind diese nicht mehr allein aus den Ausschreibungsunterlagen ableitbar und der betreffende Bieter hätte einen Wettbewerbsvorteil daraus, würde der Auftraggeber ihm die Frage der Mindestanforderungen beantworten.

Anders sieht dies aber der VwGH, der urteilte, dass bei Fehlen von Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten, diese auch nicht aus den Ausschreibungsunterlagen abgelesen werden können. Denn *„im bloßen Umstand, dass aus den Ausschreibungsunterlagen der Zweck der ausgeschriebenen Leistung ersichtlich ist – was regelmäßig der Fall ist – [kann] noch keine Festlegung von Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten gesehen werden (...)“*.¹²⁶ Das BVA folgte anscheinend der Ansicht des VwGH, da es urteilte, dass die zur Vergleichbarkeit von Alternativangeboten herangezogenen Mindestkriterien nicht aus dem Ziel und Zweck der ausgeschriebenen Leistung herausgelesen werden können und stützte seine Entscheidung dabei auf mangelnde Transparenz für die Bieter.¹²⁷

Für Auftraggeber gilt daher, dass sie – wollen sie auf der sicheren Seite sein – die Mindestanforderungen dezidiert in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben haben. Die Bieter sollten bei Fehlen einer ausdrücklichen Angabe der Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen diesen Umstand unverzüglich rügen (jedenfalls wenn sie beabsichtigen Alternativangebote abzugeben), damit die Ausschreibung vom Auftraggeber verbessert werden kann.

¹²⁴ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage, S. 179.

¹²⁵ Vgl. HACKL, J.: Mindestanforderungen an Alternativangebote und Präklusion. In: ZVB 2006/69 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 13:57 Uhr).

¹²⁶ VwGH 21.12.2004, 2004/04/0161.

¹²⁷ BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35.

Welche Mindestanforderungen gelten, ist allein Sache des Auftraggebers. Er kann darüber entscheiden, wie streng er die Mindestanforderungen wählt und damit mehr oder weniger in die Auswahl der möglichen Alternativangebote eingreifen. Es steht ihm auch frei, nicht die Mindestanforderungen in Form von Geboten zu formulieren, sondern durch Angaben, was in einem Alternativangebot nicht enthalten sein sollte (also ausgeschlossen ist), zu definieren.¹²⁸ Die Festlegung von Mindestkriterien darf aber (z.B. durch auf Millimeter genaue Angabe der Außenmaße des zu verwendenden Produkts) nicht so weit gehen, dass nur mehr bestimmte Produkte zulässig sind und so die Verwendung von Produkten, von vom Auftraggeber unerwünschten Herstellern ausgeschlossen sind.¹²⁹ Am sinnvollsten erscheint die Angabe von Mindestanforderungen anhand einer Checkliste, in der die technischen und gestalterischen Rahmenbedingungen kompakt und übersichtlich dargestellt sind.¹³⁰ Der Detaillierungsgrad und die konkrete Ausformulierung der Mindestkriterien haben sich logischerweise auch an dem zu realisierenden Bauauftrag zu orientieren. Technisch anspruchsvolle Bauvorhaben (z.B. im Spezialtiefbau) erfordern ein anderes Maß von Mindestkriterien als relativ einfache, standardisierte Hochbauten (bei denen aber wiederum architektonische Kriterien mit einfließen können).

Bei der Auswahl der Mindestkriterien ist nach Meinung von *Kurbos* auch darauf zu achten, dass auch betriebs- und erhaltungskostenrelevante Details bei der Festlegung von Mindestkriterien Berücksichtigung finden, ansonsten würde es letzten Endes zu einem „Wettbewerb im Weglassen“ hinauslaufen.¹³¹ Damit ist gemeint, dass von den Bietern eine jeweils günstigere Ausführungsqualität gewählt wird, um den Angebotspreis niedrig zu halten, die aber in einer Gesamtbetrachtung, unter Einbeziehung sämtlicher Kosten (z.B. Lebenszykluskosten und dgl.), dem Auftraggeber im Endeffekt teurer kommen.

Die konkrete Ausformulierung von Mindestangeboten kann sich an technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Belangen orientieren. So kann in einer Ausschreibung beispielsweise angegeben werden, dass Alternativen, welche die Trasse eines zu errichtenden Straßenabschnittes in der Lage und/oder der Höhe abändern, bei der Bewertung des Angebots nicht berücksichtigt werden (technische, ausschließende Mindestanforderung). Werden gewisse Zahlungsmodalitäten (beispielsweise monatliche Teilrechnungslegung, jeweils am 15. des Monats) vom Auftraggeber für Alternativangebote

¹²⁸ Vgl. HACKL, J.: Mindestanforderungen an Alternativangebote und Präklusion. a.a.O.

¹²⁹ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 167.

¹³⁰ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 168.

¹³¹ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 166.

vorgeschrieben, handelt es sich um wirtschaftliche Mindestanforderungen. Als rechtliche Mindestanforderung kann beispielsweise die Verwendung bzw. der Ausschluss gewisser Normen oder die verpflichtende Verlängerung der Gewährleistungsfrist (über das gesetzliche Maß hinaus) angegeben werden. Je (technisch) anspruchsvoller eine Ausschreibung ist, desto schwieriger stellt sich in einem solchen Fall die aussagekräftige Definition der Mindestkriterien. Gleichzeitig geht eine genauere Zielvorgabe von Alternativangeboten mit Mindestanforderungen, die den Bietern wenig Handlungsspielräume offen lassen, mit einem erhöhten Aufwand bei der Bewertung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten einher.¹³²

Was passiert nun aber mit Ausschreibungen, die unvollständige, widersprüchliche bzw. nicht aus den Ausschreibungsunterlagen heraus lesbare Mindestanforderungen für Alternativangebote enthalten? Da es, wie bereits erwähnt, Sache des Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen auszuformulieren, fallen schlussendlich dem Bieter die negativen Folgen einer mangelhaften Ausschreibung zu seinen Lasten aus, Alternativangebote dürfen dann nämlich nicht berücksichtigt werden. Er kann dies gegebenenfalls durch eine Anfrage an den Auftraggeber rügen.¹³³ Wurden die Mindestanforderungen fehlerhaft bzw. gar nicht in den Ausschreibungsunterlagen definiert, so darf auf ein Alternativangebot nicht zugeschlagen werden.¹³⁴

Das BVA beschäftigte sich in einem Fall mit der konkreten Ausformulierung von Mindestanforderungen. In den Ausschreibungsunterlagen war angegeben, dass die Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit in den technischen und rechtlichen Bestimmungen (jeweils Teile der Ausschreibung) angeführt sind. In diesen Bestimmungen waren jedoch bloß Verweise auf technische Normen und weitere Empfehlungen normiert, die insgesamt wegen deren allgemeinen Formulierung keinesfalls als Mindestanforderungen für Alternativangebote herangezogen werden. Die Ausschreibung selbst enthalte nämlich keine inhaltlichen, sondern bloß formale Anforderungen an Alternativangebote, weshalb in diesem Fall der Zuschlag an ein Alternativangebot rechtswidrig geschah.¹³⁵

In den einschlägigen Entscheidungen des BVA bezüglich Mindestanforderungen von Alternativangeboten ging es vorrangig um die Unterdeterminierung von Mindestanforderungen bzw. Gleichwertigkeitskriterien. Vom BVA wurde in den meisten Fällen

¹³² Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 170.

¹³³ Vgl. HACKL, J.: Mindestanforderungen an Alternativangebote und Präklusion. a.a.O.

¹³⁴ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 439.

¹³⁵ BVA 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038.

kritisiert, dass die Mindestanforderungen zu unbestimmt formuliert sind. Es kann aber auch umgekehrt ein Auftraggeber zu detaillierte Mindestkriterien aufstellen. Werden als Mindestanforderungen nämlich detaillierte, konstruktive Beschreibungen der Leistung herangezogen, kann die Vergleichbarkeit der Angebote nicht bewerkstelligt werden, da kein Raum für andere technische Lösungen bleibt.¹³⁶

Nach §16a Abs. 3 VOB/A dürfen Nebenangebote nur dann in die Wertung des „besten“ Angebots mit einbezogen werden, wenn sie die gestellten Mindestanforderungen erfüllen. Dies gilt jedoch nur für den OSB.¹³⁷

4.1.2.1 Abänderungsangebote

Gemäß § 82 Abs. 1 BVergG kann der Auftraggeber für Abänderungsangebote die Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen vorschreiben. Eine Verpflichtung zur Angabe von Mindestanforderungen wie für Alternativangebote i.e.S. besteht gesetzlich demnach nicht. Nach *Schiefer/Feuchtmüller* kann die Angabe von Mindestanforderungen allerdings nur dann entfallen, wenn die Gleichwertigkeit offensichtlich ist.¹³⁸ Das BVA sieht – im Gegensatz zum Wortlaut in § 82 Abs. 1 BVergG – die Angabe von Mindestanforderungen auch für Abänderungsangebote als zwingend an und stützt sich dabei auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Traunfellner*.^{139 140} Die (öffentlichen) Auftraggeber tun demnach gut daran, Mindestanforderungen auch bei Abänderungsangeboten in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben. Dies kann den Auftraggebern sogar zum Vorteil gereichen, können sie so definieren, welche Anforderungen gewünscht und welche Änderungen unerwünscht sind.

Da Abänderungsangebote nur hinsichtlich technischer Alternativvorschlägen zulässig sind, dürfen sich Mindestanforderungen bloß auf technische Anforderungen beziehen.

4.1.3 Gleichwertigkeit der Leistung

Gemäß § 106 Abs. 4 BVergG haben Alternativangebote die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Der Bieter hat dabei den Nachweis der Gleichwertigkeit zu führen. Dasselbe gilt für Abänderungs-

¹³⁶ Vgl. BVA 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038.

¹³⁷ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 179.

¹³⁸ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 444.

¹³⁹ Zur Rechtssache *Traunfellner* siehe Kapitel 3.1.1.1.

¹⁴⁰ Vgl. BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36.

angebote.¹⁴¹ Die Gleichwertigkeit der Leistung muss dabei anhand der vom Auftraggeber definierten Mindestanforderungen an ein Alternativangebot geprüft werden. Mindestanforderungen und Gleichwertigkeit weisen demnach einen starken Konnex auf. Der Gleichwertigkeitsprüfung selbst kommt dabei eine wichtige Bedeutung zu, entscheidet diese doch über den Verbleib eines (Alternativ-)Angebots im Vergabeprozess. Voraussetzung für eine vergaberechtskonforme Gleichwertigkeitsprüfung sind jedoch die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen definierten Mindestanforderungen.¹⁴²

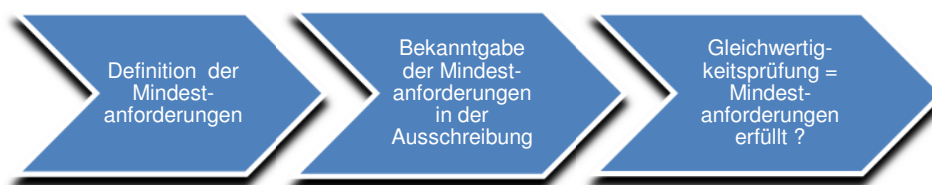


Abbildung 4 - Konnex zwischen Mindestanforderungen und Gleichwertigkeitsprüfung

Die Prüfung der Gleichwertigkeit eines Alternativangebots hat innerhalb des Vergabeprozesses einer (Bau-)Leistung zu erfolgen. Ausgangspunkt der Prüfung bilden die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen definierten Mindestanforderungen. Werden die Mindestanforderungen nicht erfüllt, ist das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG vom Vergabeverfahren auszuschneiden. Sind die Mindestanforderungen durch das Alternativangebot erfüllt, so ist das Angebot grundsätzlich als gleichwertig mit dem Hauptangebot zu werten. Inwieweit ein Alternativangebot höherwertiger als die ausgeschriebene Leistung bzw. ein anderes Alternativangebot ist, hat im Zuge der Zuschlagsentscheidung anhand der Zuschlagskriterien zu erfolgen.

Bei der Prüfung der Gleichwertigkeit müssen die vom Auftraggeber definierten Mindestanforderungen vom Alternativangebot zumindest erfüllt werden, damit das Angebot als gleichwertig bewertet werden kann. Gleichzeitig kann eine „Übererfüllung“ der aufgestellten Kriterien ebenfalls dazu führen, dass Angebote mangels Gleichwertigkeit ausgeschlossen werden. Die Gleichwertigkeit ist nämlich sowohl von unten, als auch von oben jeweils an den Randbedingungen zu messen, die sich aus dem Leistungszweck der ausgeschriebenen Bauleistung ergeben.¹⁴³ So liegt nach einer Empfehlung der Bundes-Vergabekontrollkommission ein Alternativangebot nur dann vor, „wenn die vom Auftraggeber ausgeschriebene Leistung in einer anderen als der vom

¹⁴¹ Siehe § 106 Abs. 5 BVergG.

¹⁴² Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 438.

¹⁴³ Vgl. RECKERZÜGL, W.; SCHWARZ, H.: Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil II). In: RPA, 2001, 113 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 14:05 Uhr).

Auftraggeber ausgeschriebenen Art und Weise erbracht wird. Ein Angebot, welches Leistungen enthält, welche deutlich über jene hinausgehen, die der Auftraggeber ausgeschrieben hat, widerspricht den Ausschreibungsbestimmungen und stellt keine zulässige Alternative dar.“¹⁴⁴ Unzulässig sind demnach Alternativangebote, die über das hinausgehen, was vom Auftraggeber ausgeschrieben war (im konkreten Fall das Anbieten von Leistungen im Zusammenhang mit der örtlichen Bauaufsicht).¹⁴⁵

Die Aussage des Bundes-Vergabekontrollkommission (BVKK) bedarf einer näheren Betrachtung, denn eine „Übererfüllung“ von Mindestkriterien ist nicht von vornherein und pauschal als negativ für den Auftraggeber zu werten - ganz im Gegenteil, eine „Übererfüllung“ von Mindestkriterien wird in den meisten Fällen vom Auftraggeber erwünscht sein. Eine etwaige „Übererfüllung“ von Mindestkriterien kann und wird sich in erster Linie durch den Angebotspreis regeln, da Mehrleistungen grundsätzlich teurer sind. Da aber Alternativangebote immer an das Bestbieterprinzip gebunden sind, wird ein unter Umständen „übererfülltes“ Alternativangebot trotzdem aufgrund der Zuschlagskriterien den Zuschlag erhalten (müssen), auch wenn die „Übererfüllung“ vom Auftraggeber gar nicht gewollt ist. Die „Übererfüllung“ ist differenziert zu betrachten. So müssen Angebote von Bietern, die zusätzliche Leistungen vorsehen (wie im konkreten Fall vor der BVKK), vom Auftraggeber nicht hingenommen werden, wenn sie aufgrund der Mehrleistung den Ausschreibungsunterlagen widersprechen. Eine „Übererfüllung“ in qualitativer Art und Weise dürfte jedoch zu keinem Ausschluss des Alternativangebots führen, wenn beispielsweise als Mindestkriterium ein Beton mit der Festigkeitsklasse C25/30 als Mindestkriterium ausgeschrieben war und ein Bieter einen hochfesten Beton anbietet (da er diesen gerade vorrätig hat und deshalb billig anbieten kann). Ansonsten würde man den Sinn und Zweck von Alternativangeboten und der Definition von Mindestkriterien, nämlich zumindest eine gleichwertige Leistung sicherzustellen, darüber hinausgehende, innovative Lösungen aber zuzulassen, unterlaufen.

Aus dem BVergG ist nicht herauszulesen, wann ein Alternativangebot „gleichwertig“ im Sinne des §106 leg cit ist. Die Gleichwertigkeit ist nach Meinung des BVA nicht allein danach zu beurteilen, ob die Alternative (voraussichtlich) den gleichen Effekt wie die ausgeschriebene Leistung hat, sondern sie ist nach Abwägung aller Umstände des Falls zu

¹⁴⁴ Vgl. BVKK 10.04.2000, S-28/00-11.

¹⁴⁵ Vgl. BVKK 10.04.2000, S-28/00-11.

beurteilen.¹⁴⁶ Der Maßstab der Gleichwertigkeit kann dabei auch anhand der im Vorhinein definierten Zuschlagskriterien abgelesen werden.¹⁴⁷

Gleichwertigkeit liegt nach einer zusammenfassenden Aufzählung von *Schwarz* dann vor, wenn entweder das Alternativangebot eine bessere Lösung bietet, der Preis allerdings nicht höher als beim Hauptangebot ist oder das Alternativangebot (technisch) gleichwertig mit dem Hauptangebot ist, die Leistung aber kostengünstiger hergestellt werden kann.¹⁴⁸ Richtigerweise erkennt *Schwarz*, dass nach diesen Kriterien nichts darüber ausgesagt wird, wann Gleichwertigkeit tatsächlich vorliegt, sondern nur Anhaltspunkte hinsichtlich Zuschlagsentscheidungen bieten. *Gölles* kritisiert diese Formel „gleichwertige Lösung, aber billiger – bessere Lösung, aber nicht teurer“ dahingehend, dass hierbei das Angebot mit dem niedrigsten Preis ausgewählt wird und nicht das (wie vom BVergG geforderte) technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot.¹⁴⁹

Da sich weder in den einschlägigen Gesetzen und Normen, noch in der Literatur eine allgemeine Aussage darüber gebildet hat, welche Inhalte eine Gleichwertigkeitsprüfung aufweisen sollte, wird an dieser Stelle versucht, die Kriterien aufzuzählen, anhand deren man die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten bestimmen kann. Die Gleichwertigkeit selbst kann in drei Teilbereiche aufgegliedert werden, nämlich die qualitative, die quantitative und die funktionale Gleichwertigkeit:¹⁵⁰

- **Qualitative Gleichwertigkeit** ist anhand der in den Mindestanforderungen angegeben zumindest zu erreichenden Güte der Leistung zu beurteilen. So wäre ein Alternativangebot, das lediglich die Reparatur einer Stützmauer vorschlägt nicht (qualitativ) gleichwertig mit der ausgeschriebenen Leistung, die ein Abtragen und Neuerrichten der Stützmauer vorsieht, wenn die Ausschreibungsunterlagen jedenfalls eine Neuerrichtung der Stützmauer fordern.¹⁵¹
- **Quantitative Gleichwertigkeit** bestimmt sich über die Menge bzw. Umfang der angebotenen (Alternativ-)Leistung. So ist ein

¹⁴⁶ BVA 25.09.1997, N-16/97-14.

¹⁴⁷ Vgl. ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionale Leistungsbeschreibung, a.a.O. S. 57 mit Verweis auf BVA 22.11.1996, F-24/96-26.

¹⁴⁸ Vgl. SCHWARZ, H.: Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. In: Festschrift für Wolfgang J. Oberndorfer zum 60. Geburtstag, S. 104 mwN; Vgl. auch KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

¹⁴⁹ Vgl. GÖLLES, H.: Alternativangebote – Erfordernis von mehr als einem Zuschlagskriterium? In: ZVB, 2003/74 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 14:19 Uhr).

¹⁵⁰ Vgl. GÖLLES, H.: Prüfung von Alternativen – Die Neuregelung des BVergG 2002. In: ZVB, 2003/49 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 14:19 Uhr), der jedoch nur die qualitative und die daraus ableitbare (technisch-) funktionale Gleichwertigkeit beschreibt; KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O., der die qualitative und die quantitative Gleichwertigkeit unterscheidet.

¹⁵¹ Vgl. BVA 12.10.1998, N-26/98-18.

Alternativangebot, das eine sechs Zentimeter starke Asphaltdeckschicht vorschlägt, nicht (quantitativ) gleichwertig mit der ausgeschriebenen Leistung von acht Zentimeter Asphaltdeckschicht. Ein Unterschreiten der festgelegten Mindestanforderungen für ein ausschreibungskonformes Angebot, nämlich acht Zentimeter Asphaltdeckschicht, wäre somit unzulässig.

- **Funktional gleichwertig** ist eine alternative Leistung dann, wenn sie denselben Zweck erfüllt als die ausschreibungsgemäße Leistung. So ist ein elektronisches System zur Bauplatzüberwachung (funktional) gleichwertig, wie die in der Ausschreibung vorgesehene Überwachung durch ständig anwesendes Sicherheitspersonal.¹⁵²

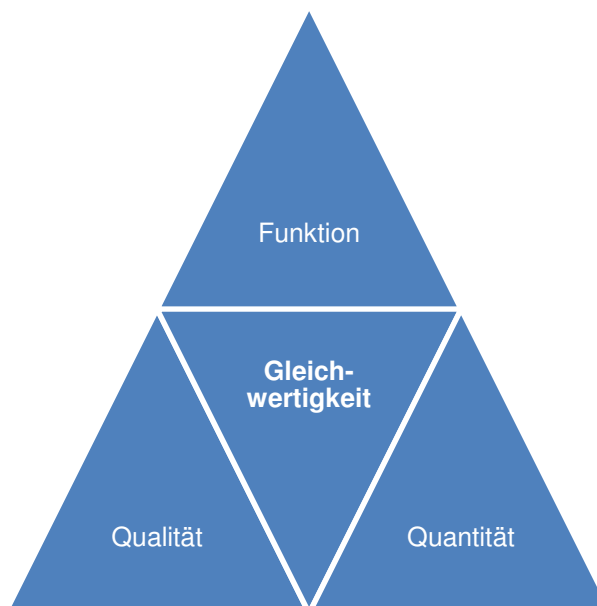


Abbildung 5 – Die drei Teilbereiche der Gleichwertigkeit

Für ein Alternativangebot gilt, dass jeweils alle Teilaspekte der Gleichwertigkeit, also sowohl die qualitative, die quantitative als auch die funktionale Gleichwertigkeit gegeben sein müssen. Je nach Alternativangebot wird eine andere Form der Gleichwertigkeit maßgebend für die Prüfung der Gleichwertigkeit sein.

Bei der Prüfung der Gleichwertigkeit kann sich aber folgendes Problem ergeben: Durch die zu detaillierte Definition der Ausschreibungsunterlagen bzw. der Mindestkriterien für Alternativangebote wird der Anwendungsbereich von Alternativangeboten derart eingengt, dass faktisch keine alternative Lösung mehr möglich ist. Dazu folgendes

¹⁵² Vgl. BVA 28.04.1995, F-1/95-14.

Beispiel: In der schon eingangs erwähnten Entscheidung des BVA, hinsichtlich einer Ausschreibung, welche in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich den Abtrag und Neubau einer Stützmauer vorsah, hatte ein Bieter in seinem Alternativangebot die Sanierung der Stützmauer angeboten, weil nach technischen Gesichtspunkten auch die bloße Sanierung der Mauer (ohne Abtrag und Neubau) ausreichte.¹⁵³ Die Aussage des BVA, dass das Alternativangebot nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprach und daher auszuschneiden war, ist allerdings in Hinblick auf die Einbringung innovativer Ideen durch Alternativangebote als besonders fragwürdig anzusehen. Alternativangebote haben gerade den Zweck, dass Bieter ihr innovatives Wissen in den Vergabeprozess einbringen können, wieso soll dann ein Alternativangebot, das funktionell den gleichen Effekt als die ausgeschriebene Leistung vorsieht, für den Auftraggeber aber Vorteile bringt (Stützmauer muss nicht abgerissen werden, sondern wird bloß saniert), nicht berücksichtigt werden? Was für ein Anwendungsbereich steht den Alternativangeboten dann noch offen? Die Alternativangebote an sich und damit insbesondere die Prüfung der Gleichwertigkeit sind demnach dadurch begrenzt, dass sie zwar alternative Ideen beinhalten, diese aber nicht über das hinausgehen, was die Ausschreibungsunterlagen vorgeben. Hinsichtlich des Stützmauerfalls wäre es vorteilhafter gewesen, die Ausschreibung derart zu gestalten, dass als Gleichwertigkeitskriterium der Nachweis der Standfestigkeit der Stützmauer über Lastplattenversuche heranzuziehen ist.

In ähnlicher Weise würde man auch den Fall beurteilen, der als Mindestkriterium eine bestimmte Mindeststärke an Asphaltgut fordert. Auch hier wäre ein Gleichwertigkeitskriterium, dass nicht die Schichtstärke, sondern eine bestimmte erforderliche Festigkeitsklasse (eventuell auch unabhängig von zu verwendenden Material) festschreibt, dem System der Alternativangebote zuträglicher.

Würde man nämlich die Kriterien der Gleichwertigkeit derart detailliert festlegen, dass nur mehr mindestens zwei der drei Teilbereiche der Gleichwertigkeit gleichzeitig erfüllt sein könnten, könnte ein Alternativangebot die geforderte Gleichwertigkeit faktisch nie erreichen:

¹⁵³ Vgl. BVA 12.10.1998, N-26/98-18.

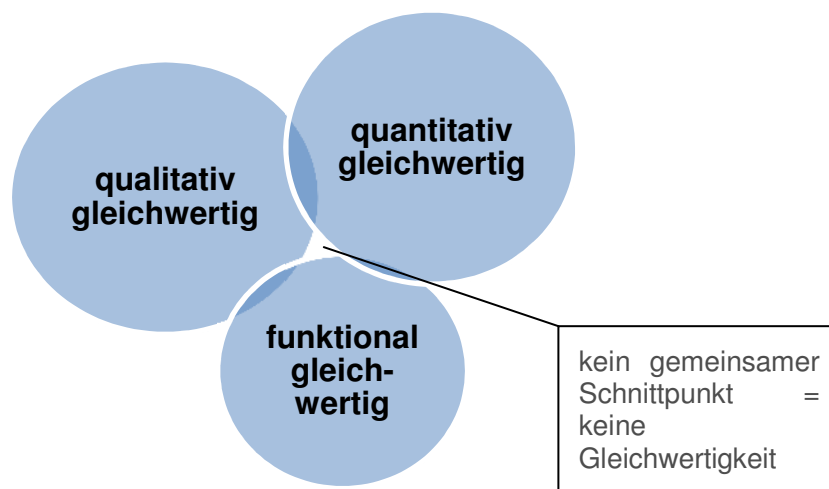


Abbildung 6 - Gleichwertigkeit zu detailliert und deshalb faktisch nicht erfüllbar

Grundsätzlich sollten die Mindestanforderungen an Alternativangebote so gewählt werden, dass hinsichtlich Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistung noch genügend Handlungsspielraum bleibt, damit innovative Ideen eingebracht werden können. Grafisch kann der Aktionsradius der Gleichwertigkeitsprüfung wie folgt dargestellt werden:

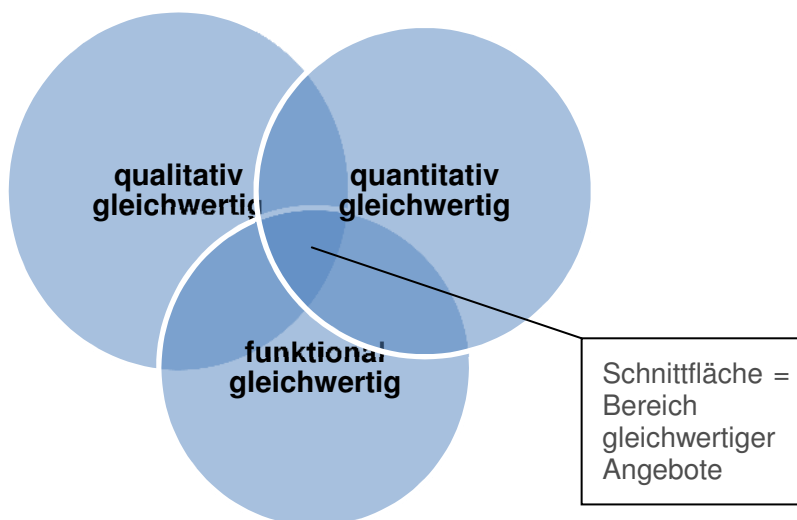


Abbildung 7 - Handlungsspielraum für Alternativen vorhanden

Die Gleichwertigkeitsprüfung wird dann als positiv beurteilt, wenn sich die alternative Lösung im Schnittbereich aller drei Gleichwertigkeitskriterien bewegt.

Legt man alle Kriterien der Gleichwertigkeit aber derart detailliert fest, in dem man diese an ganz bestimmten Bedingungen festmacht, so bleibt im Extremfall nur mehr eine einzige Möglichkeit der Leistungserbringung übrig, die dann keine „echte“ Alternative mehr darstellt, sondern nur den Vorgaben der Ausschreibung folgt:

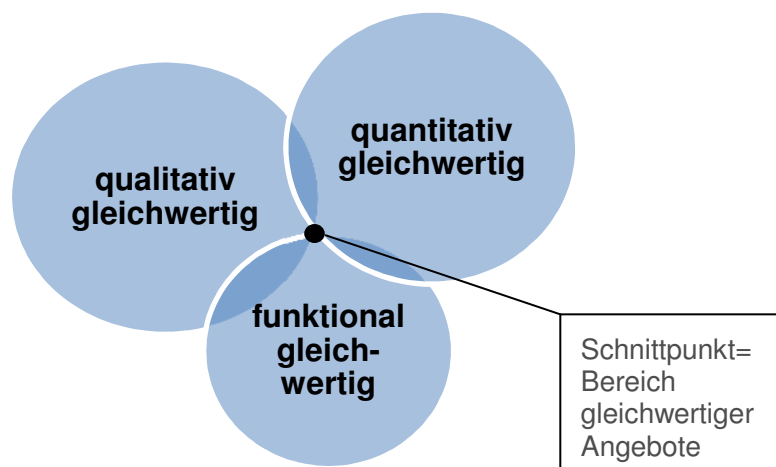


Abbildung 8 - Handlungsspielraum für Alternativen auf einen Punkt beschränkt

Würde man also als Mindestkriterien festlegen, dass der Neubau einer Autobahn zwingend durch Asphalt mit einer Dicke von mindestens acht Zentimetern Stärke auszuführen ist, bleibt die Frage, welche Alternative dann überhaupt noch angeboten werden kann. Lässt man aber zumindest ein Kriterium der Gleichwertigkeit „offen“ (entweder die Schichtstärke oder die Materialauswahl), so ist der Handlungsspielraum möglicher Alternativen größer.

Für die Prüfung der Gleichwertigkeit ist weiters zu beachten, dass die Gleichwertigkeit für alle Teile eines Alternativangebots vorliegen muss. Fehlt die Gleichwertigkeit auch nur bei einem Teil der (Bau-)Leistung eines Alternativangebots, so ist die gesamte Leistung als nicht gleichwertig zu qualifizieren und vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.¹⁵⁴ Die Gleichwertigkeit muss also hinsichtlich aller Teilbereiche und aller möglichen Varianten der Gleichwertigkeit (qualitativ, quantitativ und funktional) vorliegen, damit die Gleichwertigkeitsprüfung als Ganzes positiv beurteilt werden kann.

Im Ergebnis ist ein Alternativangebot nur dann tatsächlich gleichwertig, wenn zumindest dieselbe Qualität, Quantität und Funktion wie bei der ausgeschriebenen Leistung vorliegt.¹⁵⁵ Das Alternativangebot hat zwingend einen alternativen Lösungsvorschlag zu enthalten, muss dabei aber das vom Auftraggeber definierte Leistungsziel erfüllen, was mithilfe der Gleichwertigkeit geprüft wird.¹⁵⁶ Fehlende qualitative Gleichwertigkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn anstatt wie bei einer im Zuge einer

¹⁵⁴ Vgl. BVA 28.04.1995, F-1/95-14.

¹⁵⁵ Vgl. SCHWARZ, H.: Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. a.a.O. S. 110.

¹⁵⁶ Vgl. RECKERZÜGL, W.; SCHWARZ, H.: Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil II). a.a.O.

Ausschreibung eines Autobahnrastplatzes geforderten Bodenverbesserung mittels Korngemisch, eine Bodenverbesserung mittels Kalkstabilisierung angeboten wird – darüber hinaus führt der Umstand, dass die angebotene Kalkstabilisierung nur bis zu einer Stärke von 50 Zentimeter technisch möglich ist, laut Ausschreibung aber ein Bodenaustausch von 70 Zentimeter vorgeschrieben ist, gleichzeitig auch zu einer quantitativen Nicht-Gleichwertigkeit.¹⁵⁷

Wie kann nun aber tatsächlich die Gleichwertigkeit von Produkten, Leistungen, Bauverfahren und dgl. insbesondere in Hinblick auf die qualitative bzw. funktionale Gleichwertigkeit beurteilt werden? Die Gleichwertigkeitsprüfung als solche ist abhängig von den Angaben der Bieter. Diese haben gemäß § 106 Abs. 4 BVergG den Nachweis der Gleichwertigkeit zu führen. Der Nachweis kann dabei durch vom Bieter bereitgestellten Unterlagen (Prüfzeugnisse, Pläne, technische Berichte, Zertifikate, Sachverständigengutachten, etc.) geführt werden.¹⁵⁸ Die Gleichwertigkeit muss zumindest im Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist vorliegen.¹⁵⁹ Bei Bauprodukten kann der Nachweis der Gleichwertigkeit in Form von Kennwerten (z.B. vorhandener U-Wert, Schalldämmmaß, Gewicht, Nutzlast, etc.) überprüft werden. Bauverfahren lassen sich schon schwieriger hinsichtlich Gleichwertigkeit bewerten. Dabei spielen insbesondere Produktivitätszahlen eine Rolle (z.B. wie viel Kubikmeter Ausbruch schafft eine bestimmte Maschine bzw. eine bestimmte Methode, wie lange braucht das gewählte Verfahren gegenüber dem ausgeschriebenen Verfahren). So kann die Gleichwertigkeit in diesem Fall anhand von Zeitangaben bewertet werden (z.B. keine längeren Ausführungsfristen als im Bauzeitplan der Ausschreibung vorgesehen). Anders stellt sich die Situation dar, wenn die Alternative nicht (nur) technische Varianten vorsieht. Die Gleichwertigkeit von unterschiedlichen wirtschaftlichen oder rechtlichen Rahmenbedingungen (z.B. Zahlungsbedingungen, Gewährleistungsfristen, Bestimmungen in AGBs, etc.) können unter Umständen nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Vorgaben seitens des Auftraggebers bewertet werden.

Kann der Nachweis der Gleichwertigkeit vom Bieter nicht erbracht und daher die Gleichwertigkeitsprüfung für das Alternativangebot nicht positiv beurteilt werden, besteht die Gefahr des Ausschlusses des Alternativangebots. Der Auftraggeber hat lediglich die Möglichkeit, mithilfe von Aufklärungsgesprächen, die Bieter aufzufordern, die Gleichwertigkeit nachzuweisen, ohne dabei den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter zu verletzen (Vgl. § 127 Abs. 1 BVergG). Gemäß § 127 Abs. 1

¹⁵⁷ BVA 17.07.2012, N/0056-BVA/11/2012-28.

¹⁵⁸ Vgl. SCHWARZ, H.: Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. a.a.O. 102.

¹⁵⁹ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

BVergG sind Aufklärungsgespräche zwischen Auftraggebern und Bietern zulässig, soweit diese für das Einholen von Informationen hinsichtlich der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind. Für Alternativ- und Abänderungsangebote besteht weiters eine gewisse Lockerung des dem Vergaberecht innewohnenden Grundsatzes des Verhandlungsverbots.¹⁶⁰ Nach § 127 Abs. 2 BVergG sind „Erörterungen, die unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende geringfügige Änderungen der Preises betreffen“ zulässig, soweit die vergaberechtlichen Grundsätze iS des § 19 Abs. 1 BVergG gewahrt werden. Daraus ist abzuleiten, dass eingereichte Alternativangebote im Zuge der Angebotsprüfung zumindest geringfügig verändert werden dürfen. Dies kann beispielsweise eine Auswirkung auf die Gleichwertigkeitsprüfung haben. Scheitert ein Alternativangebot nur an einem geringfügigen technischen Mangel, so kann dieser auch noch während des Vergabeverfahrens nach § 127 Abs. 2 BVergG derart verändert werden, dass dadurch die Gleichwertigkeitsprüfung positiv abgeschlossen wird.

4.1.3.1 Judikatur zur Gleichwertigkeit von Alternativangeboten

Zum besseren Verständnis und zur Ergänzung soll anschließend ein kurzer Überblick über einschlägige Judikatur zum Thema Gleichwertigkeit von Alternativangeboten gegeben werden:

In einer Entscheidung des BVA aus dem Jahre 1998 wurde festgestellt, dass Alternativangebote ihrem Wesen nach in ihrer Ausführung zwingend vom Leistungsverzeichnis abweichen und es sich daher immer um ein technisches „aliud“ zur ausgeschriebenen Leistung handelt. Die Gleichwertigkeit des Angebots ist in diesem Fall an der Gleichwertigkeit des Ergebnisses zu messen, welches in letzter Konsequenz auf den vom Auftraggeber festgelegten Leistungszweck abstellt.¹⁶¹ Dies darf aber nicht darauf hinauslaufen, dass durch das erhebliche Abweichen von der Ausschreibung eine ganz andere Leistung angeboten wird, was wiederum zum Ausschluss des Alternativangebots führt.¹⁶²

Werden keine Mindestanforderungen oder andere Kriterien in der Ausschreibung angegeben, wie die Gleichwertigkeit eines Abänderungsangebots zu beurteilen ist, dürfen Abänderungsangebote nicht berücksichtigt werden.¹⁶³ Diese vom BVA klargestellte Aussage ist auch

¹⁶⁰ Vgl. GÖLLES, H.: Prüfung von Alternativen – Die Neuregelung des BVergG 2002. a.a.O.

¹⁶¹ BVA 24.04.1998, N-5/98-16 und N-12/98-5.

¹⁶² Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 440.

¹⁶³ BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36.

auf Alternativangebote ieS anzuwenden und bedeutet, dass bei fehlenden Mindestanforderungen (oder anderen Kriterien) Alternativangebote nicht berücksichtigt werden können, da in diesen Fällen die Gleichwertigkeit der Angebote nicht überprüft werden kann.

In einer erst kürzlich ergangenen Entscheidung erklärte das BVA die Zuschlagsentscheidung an ein Alternativangebot im Zusammenhang mit der Generalerneuerung des Bosrucktunnels auf der A9 für nichtig. In den Ausschreibungsbedingungen war für Alternativangebote vorgesehen, dass diese den in den technischen Teilen des Leistungsverzeichnisses beschriebenen Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang entsprechen müssen und sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität einzuhalten sind. Zusätzlich gab der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, dass *„Alternativen entsprechend den aktuell gültigen Normen, Vorschriften, Richtlinien sowie allen ASFINAG-Planungshandbüchern anzubieten [sind]. Änderungen der straßenbaulichen Anlagenverhältnisse sind nicht zulässig.“* Das BVA urteilte, dass die in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellten Mindestanforderungen für Alternativangebote ungenügend waren. Die aufgestellten Mindestanforderungen für Alternativangebote waren laut Meinung des BVA zu allgemein gefasst und legten lediglich „Selbstverständliches“ fest (nämlich dass Alternativangebote gleichwertig mit der ausgeschriebenen Leistung sein müssen). Aus der Ausschreibung war für Bieter nicht ablesbar, welche konkreten Eigenschaften Alternativangebote aufweisen müssen, um als gleichwertig zu gelten. Der Verweis auf Normen, Vorschriften, Richtlinien etc. genüge den Anforderungen zur Beschreibung der Mindestanforderungen schon in Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH (Rs. *Traunfellner*) nicht. Weiters stellte das BVA fest, dass das Kriterium der Gleichwertigkeit für sich allein gesehen keine Mindestanforderung darstellt, und dass *„bei Fehlen der Mindestanforderungen die nachträgliche Heranziehung von Gleichwertigkeitskriterien verwehrt [ist]“*. Somit wäre das erstgereichte Alternativangebot des Bieters auszuschneiden gewesen und es hätten nur die vier eingereichten Hauptangebote bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden dürfen. Das BVA gab aber auch eine hypothetische Meinung dazu ab, dass auch bei Zulassung der Alternativangebote, das erstgereichte Alternativangebot auszuschneiden gewesen wäre. Im Leistungsverzeichnis war unter der betreffenden Position festgelegt, dass die Verankerung der Zwischendecke im Tunnelbauwerk mittels Edelstahl-Hängestangen zu erfolgen habe. Diese Vorgabe war auch für Alternativangebote einzuhalten, da laut den *„Projektspezifischen Mindestanforderungen für Alternativangebote“* das in den technischen Teilen beschriebene Bau-Soll auch durch Alternativangebote abzudecken ist. Demnach wäre die Aufhängung der Zwischendecke mittels Hängestangen als Bau-Soll anzusehen, das erstgereichte Alternativangebot sah allerdings eine abweichende

Ausführung durch die Herstellung einer verstärkten Zwischendecke sowie einer Änderung der Stahlgüte vor.¹⁶⁴

Wie aus den soeben erwähnten Beispielen aus der Rechtsprechung ersichtlich, berücksichtigt die Gleichwertigkeitsprüfung lediglich die Über- bzw. Unterschreitung der Mindestkriterien, liefert jedoch keine Aussage, wie ein (technischer) Mehrwehrt eines Alternativangebots zu berücksichtigen ist. Dieser Mehrwehrt wird vom Auftraggeber im Zuge der Bestbieterermittlung anhand der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung beurteilt.¹⁶⁵

4.1.3.2 Zur deutschen Rechtslage

Nach der deutschen Rechtsprechung ist eine Gleichwertigkeitsprüfung für Nebenangebote nicht unbedingt notwendig (die Angabe von Mindestkriterien jedoch schon). Das OLG München urteilte nämlich, dass sich die Gleichwertigkeit der Alternative bereits aus der Ausschreibung ergab, da der Auftraggeber die angebotene Alternative mittels Ortbeton statt Fertigbetonteile ausdrücklich in seinen Ausschreibungsunterlagen als zulässig ansah.¹⁶⁶ Nach Meinung *Leinemann* würde der Verzicht einer Gleichwertigkeitsprüfung für Nebenangebote zu einer erhöhten Anforderung an die Definition der Mindest- und der Zuschlagskriterien führen, die dann gleichzeitig auch die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten sicherstellen.¹⁶⁷ Dadurch könnte die Zulässigkeit und Bewertung von Nebenangeboten erhöht bzw. vereinfacht werden, soweit von den Auftraggebern aussagekräftige (und nicht bloß formale, alibimäßige) Zuschlagskriterien definiert werden und die Qualität der Nebenangebote aufgrund der Zuschlagskriterien bewertet werden können.¹⁶⁸

4.1.4 Die Rolle des Planers bei Alternativangeboten

Den Planern kommt im Ausschreibungs- und Vergabeprozess eine wichtige Bedeutung zu, vertreten sie doch die Interessen des Auftraggebers und wirken mit ihrem speziellen Wissen über die Methoden der Vergabe an sich und die Möglichkeiten von Bauverfahren im Speziellen auf den Auftraggeber ein. Daher sind die Planer gefordert, immer das beste Resultat für den Auftraggeber zu erreichen. Dies beinhaltet auch,

¹⁶⁴ BVA 04.04.2013, N/0013-BVA/14/2013-31.

¹⁶⁵ Vgl. GÖLLES, H.: Alternativangebote – Erfordernis von mehr als einem Zuschlagskriterium? a.a.O.

¹⁶⁶ Vgl. OLG München, 09.09.2010, Beschluss Az. Verg 16/10

¹⁶⁷ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 178.

¹⁶⁸ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 178.

dass der Auftraggeber über den Einsatz von Alternativangeboten aufgeklärt wird und bei Projekten, bei denen Alternativangebote als sinnvoll erachtet werden, den Auftraggeber gegebenenfalls zu überzeugen.

Entscheidet sich ein Auftraggeber bewusst für die Zulassung von Alternativangeboten, so sind von ihm bzw. vom Planer (der aus-schreibenden Stelle) entsprechende Überlegungen hinsichtlich möglicher Varianten von Alternativangeboten und deren Steuerung notwendig, damit von den Bietern tatsächlich auch nur erwünschte und für das Projekt sinnvolle Alternativen eingebracht werden. Denn Alternative sind keineswegs Selbstläufer, sondern bedürfen einer sorgfältigen Planung und Formulierung. Ebenso ist bei Zulassung von Alternativangeboten zu beachten, dass dieser Mehraufwand auf Planerseite auch zu höheren Kosten für den Auftraggeber führt. Inwieweit die Kostenerhöhung mit einem dadurch erzielten Nutzen für den Auftraggeber korreliert, ist im Einzelfall unterschiedlich und sollte im Vorhinein abgeschätzt werden.

Ist sich der Auftraggeber hinsichtlich des zu verwirklichenden Projekts klar, bedarf es auch einer Abklärung, inwieweit die Bieter vom aus-geschriebenen Vorschlag der Leistungserbringung abweichen dürfen, inwieweit sie also Alternativen einbringen können. Einerseits hat hierfür eine Abwägung der Mindestanforderungen derart zu erfolgen hat, dass diese zwar die Gleichwertigkeit von alternativen Leistungen zu der ausgeschriebenen Leistung sicherstellen, jedoch nicht derart detailliert sind, dass faktisch keine alternativen Lösungen mehr Raum haben. Der Auftraggeber sollte andererseits aber auch die Auswahl der Mindestkriterien wohlüberlegt wählen. Wird ein bestimmtes Qualitäts-niveau vom Planer angestrebt, empfiehlt es sich, diese anhand eines abstrakten Merkmals festzumachen. Soll beispielsweise ein besonders stabiles bzw. widerstandfähiges Gebäude in Stahlbeton errichtet werden, sollte die Mindestanforderung an der Festigkeitsklasse des Betons (z.B.: C 30/37) anstatt an der Dimensionen der Bauteile (Wandstärke mindestens 30 Zentimeter) festgemacht werden. Eine noch allgemeinere Beschreibung wäre möglich, indem man als Gleichwertigkeitskriterium die Bedingung definiert, dass die Wände des Gebäudes zumindest den Anprall eines 40-Tonnen-LKS mit 30 km/h standhalten müssen. Sind z.B. bestimmte Faktoren der Leistungserbringung unveränderbar (man denke an Ausführungstermine oder Eigentumsverhältnisse), so sind diese grundsätzlich als fix zu definieren (z.B. Fertigstellungstermin spätestens am 1. März des folgenden Jahres) und sollten auch in Form von Mindestkriterien ihren Niederschlag finden.

Mit der geeigneten Auswahl an Mindestanforderungen können Alternativangebote in die für das Projekt und den Auftraggeber richtige Richtung gelenkt werden. „Unpassende“ Alternativen werden dann im Stadium der Gleichwertigkeitsprüfung auszuschneiden sein, sodass

tatsächlich nur die „besten“ Angebote in die engere Auswahlentscheidung kommen.

4.1.5 Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten

Erfüllt ein Alternativangebot die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen sowie die geforderten Mindestanforderungen, so ist das Angebot als gleichwertig mit der ausgeschriebenen Leistung zu qualifizieren. Nun stellt sich aber die Frage, wie die Haupt- und Alternativangebote miteinander vergleichbar gemacht werden können, um das technisch und wirtschaftlich beste Angebot bestimmen zu können. Ob das vorliegende Alternativangebot oder ein anderes Haupt- bzw. Alternativangebot den Zuschlag erhält, kann mit den im vorangegangenen Kapitel aufgezählten Bedingungen (Mindestanforderung, Gleichwertigkeit) nicht entschieden werden. Hierfür sind Zuschlagskriterien zu wählen, anhand deren dann endgültig die Entscheidung auf ein Angebot gefällt wird.



Abbildung 9 - Von der Gleichwertigkeit zur Vergleichbarkeit und zum Zuschlag

In dieser Stufe des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber das für die ausgeschriebene Bauleistung „beste“ Angebot auszuwählen, insgesamt soll dadurch das für ihn am höchstwertigsten Angebot gesucht und gefunden werden. Die Höherwertigkeit einer Leistung kann sich nur an vorab definierten Zuschlagskriterien bemessen lassen. Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungskriterien vom Auftraggeber anzugeben und zwar „im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung“.¹⁶⁹ Soweit dies nicht möglich ist, sind alle Zuschlagskriterien, die der Auftraggeber zur Bestbieterermittlung heranziehen will, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen.¹⁷⁰ § 79 Abs. 3 BVergG sieht aber darüber hinaus auch vor, dass der Auftraggeber die Zuschlagskriterien (und ihre Reihenfolge) auch als Marge festlegen kann.

¹⁶⁹ § 79 Abs. 3 BVergG.

¹⁷⁰ Vgl. § 79 Abs. 3 BVergG.

Im Zusammenhang mit Alternativangeboten dürfen die Mindestanforderungen nicht mit den Zuschlagskriterien verwechselt werden, können doch ein und dasselbe Kriterium (z.B. Lärmschutz) sowohl als Mindestanforderung als auch als Zuschlagskriterium hergezogen werden und sind nach Meinung von *Gölles* Mindestkriterien „auch die Ausgangsbasis für die Definition von geeigneten Zuschlagskriterien“.¹⁷¹

Als Beispiel soll eine Ausschreibung einer Lärmschutzwand dienen, bei der Alternativangebote zugelassen sind. Für Alternativangebote gilt folgende Mindestanforderung: Lichtundurchlässigkeit und Lärmisolation (Lärmemission von 55 dB muss in einem bestimmten Abstand zumindest auf 40 dB reduziert sein). Als Zuschlagskriterien sind neben dem gewichteten Preis (Anschaffungskosten unter Berücksichtigung der Betriebskosten für die nächsten 50 Jahre) auch die Lärmisolation derart definiert, dass je Reduktion um 1 dB mit 2 % Preisreduktion berücksichtigt wird. Um die Angaben der Bieter gegen nachträgliche Nichteinhaltung zu sanktionieren, wurde vom Auftraggeber, ausgehend von der von den Bietern versprochene Höhe der dB, vertraglich eine hohe Pönale festgesetzt.¹⁷²

Der Auftraggeber ist hinsichtlich der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung grundsätzlich frei, hat aber sicherzustellen, dass durch die Zuschlagskriterien (bzw. deren Gewichtung) das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt wird.¹⁷³ Die Zuschlagskriterien (bzw. deren Gewichtung) dürfen dem Auftraggeber aber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, sondern sollen anhand objektiver Gesichtspunkte die Auswahl des „besten“ Angebotes sicherstellen.¹⁷⁴

4.1.5.1 Zuschlagskriterium Preis

Die monetäre Bewertung von Alternativangeboten lässt sich anhand der zwingend erforderlichen Angabe des Gesamt-Angebotspreises (§ 106 Abs. 4 BVergG) vom Auftraggeber rasch abhandeln. Insbesondere wenn Alternativangebote nur neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot Berücksichtigung finden, ist die Vergleichbarkeit anhand des Gesamt-Angebotspreises auch mit Hauptangeboten sehr einfach möglich. Der Auftraggeber vergleicht die verschiedenen Angebotspreise miteinander und kann so eine erste Reihung der Angebote vornehmen:

¹⁷¹ GÖLLES, H.: Alternativangebote – Erfordernis von mehr als einem Zuschlagskriterium? a.a.O.

¹⁷² Beispiel entnommen aus ELSNER, B.: Bestbieterermittlung: Tipps für die Praxis. In: Vergaberecht und PPP II. S. 18 f.

¹⁷³ Vgl. STEINER, D.; RÖBLREITER, K.; WINDISCH, M.: Bundesvergabegesetz 2006. S. 86 mit Verweis auf Judikatur des EuGH (C-470/99, C-513/99, C-19/00, C-448/01, C-234/03).

¹⁷⁴ Vgl. STEINER, D.; RÖBLREITER, K.; WINDISCH, M.: Bundesvergabegesetz 2006. S. 86.

Alternativangebot 1 von Bieter B ist am günstigsten, Hauptangebot von Bieter C das zweitgünstigste, etc.

Der Preis allein kann aber bei Alternativangeboten nicht als einziges Zuschlagskriterium herangezogen werden, da ansonsten ein „Wettbewerb des Weglassens“ entstehen würde.¹⁷⁵ Je mehr Qualität oder Quantität ein Bieter bei seinem Alternativangebot weglässt, desto preislich günstiger wird es. Das kann aber nicht im Sinne des Auftraggebers sein. Abgesehen davon, ist das Billigstbieterprinzip bei Alternativangeboten ohnehin gesetzlich nicht zulässig.¹⁷⁶

4.1.5.2 Andere Zuschlagskriterien

Ist die Vergabe nur anhand des einzigen Zuschlagkriteriums Preis abhängig, so widerspricht dies dem Sinn und Zweck eines Alternativangebots. Nach § 81 Abs. 1 BVergG dürfen Alternativangebote nur bei Aufträgen zugelassen werden, die dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden, nicht aber beim Billigstbieterprinzip.

Somit sind neben dem Kriterium Preis auch noch andere Zuschlagskriterien vom Auftraggeber heranzuziehen, wie beispielsweise in § 81 Abs. 1 BVergG demonstrativ aufgezählt: Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist. Insbesondere die Bewertung der Qualität, des technischen Wertes, der Betriebskosten und der Rentabilität lassen sich durch eine Aufstellung der Lebenszykluskosten darstellen. Die auf den Zeitpunkt der Angebotsprüfung abgezinsten Lebenszykluskosten können dann sowohl als Vergleichsparameter der verschiedenen Alternativangebote als auch zwischen Alternativ- und Hauptangebot herangezogen werden und zeigen die (kostenrelevanten) Qualitätsunterschiede der verschiedenen Angebote an.¹⁷⁷

Bei der Vergabe von Leistungen der allgemeinen Elektrotechnik im Zuge der Arbeiten am Lainbergtunnel der A 9 hat die Asfinag beispielsweise als Zuschlagskriterien neben dem Preis (Gewichtung: 93%) auch die Verlängerung der Gewährleistung (Gewichtung: 5%) und die Qualität des Projektleiters (Gewichtung: 2%) herangezogen. Die Qualität des Projektleiters war anhand der Berufserfahrung mit gleichartigen

¹⁷⁵ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 164.

¹⁷⁶ Vgl. § 81 Abs. 1 BVergG.

¹⁷⁷ Vgl. ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionale Leistungsbeschreibung. a.a.O. S. 60.

Projekten von den Bietern selbst anhand einer detaillierten Berechnungsmethode zu bewerten.¹⁷⁸

Der Auswahl der Zuschlagskriterien kommt im Vergabeprozess eine besondere Funktion zu. Der Auftraggeber steckt dabei unter Umständen in einem Dilemma, da er anhand seiner im Vorhinein (!) definierten Zuschlagskriterien dem besten Angebot (dass am meisten Übereinstimmung mit den Zuschlagskriterien aufzeigt) den Zuschlag erteilen muss, da er aber keine hellseherischen Fähigkeiten besitzt, weiß er ja nicht bereits im Vorhinein, welche Art von (Alternativ-)Angebote angeboten werden. So könnte es zum unangenehmen Fall kommen, dass dem für ein Projekt qualitativ beste (Alternativ-)Angebot nicht zugeschlagen werden darf, da die Zuschlagskriterien beispielsweise eine besondere Bevorzugung der Ausführungszeit vorsehen, dass konkrete Angebot aber gerade nicht mit diesem Kriterium punktet, sonst aber den anderen Angeboten überlegen ist. Zuschlagskriterien dürfen nämlich nicht nachträglich geändert werden und gelten sowohl für Haupt- als auch für Alternativangebote in gleicher Weise (keine unterschiedlichen Zuschlagskriterien möglich).¹⁷⁹

Aus dem soeben erörterten Gründen ist der Auswahl der Zuschlagskriterien ein besonderes Augenmerk zu schenken. Auf der einen Seite sollten repräsentative Aussagen hinsichtlich der Qualität der Angebote getroffen werden können, andererseits sollten die Zuschlagskriterien nicht einen so engen Weg vorgeben, dass (Alternativ-)Angebote von vornherein keine Möglichkeiten der Innovation bieten. Die gemäß § 79 Abs. 3 BVergG vorgesehene Möglichkeit die Zuschlagskriterien in Form einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, bekanntzugeben, sollte vor allem bei Alternativangeboten Anwendung finden, um eine sachliche Gewichtung der Zuschlagskriterien erst bei Vorliegen der angebotenen (Alternativ-)Angebote durchführen zu können.¹⁸⁰

Bei der Angebotsprüfung wird das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot auf Basis der Zuschlagskriterien ausgewählt. Anhand der definierten Zuschlagskriterien kann aber keine Aussage über den Zielerreichungsgrad gegeben werden. Diese können nur mit Hilfe von Quantifizierungsmethoden bewertet werden.¹⁸¹ Zur Erläuterung bedarf es eines kleinen Beispiels: Im Zuge der Ausschreibung der Stahlbetonarbeiten eines Parkhauses, situiert in der Innenstadt einer Bezirkshauptstadt, soll neben dem Preis auch die Ausführungszeit, die

¹⁷⁸ Vgl. BVA 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038.

¹⁷⁹ Vgl. ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionale Leistungsbeschreibung, a.a.O. S. 58 f.

¹⁸⁰ Vgl. ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionale Leistungsbeschreibung, a.a.O. S. 61.

¹⁸¹ Zu den unterschiedlichen Quantifizierungsmethoden und ihren Anwendungsgebieten siehe VAVROVSKY, G.: Grundlagen zur Bestbieterermittlung bei Zulassung von Alternativangeboten für Bauleistungen. In: ZVB, 2004/61 (digital abgerufen über www.rdb.at am 23.09.2013, 08:16 Uhr).

Verlängerung der Gewährleistungsfrist und die Parkplatzsituation während der Bauarbeiten entsprechend als Zuschlagskriterien herangezogen werden. Als Quantifizierungsmethode wird ein Punktesystem gewählt, das die Angebote miteinander vergleichbar machen soll. Hier stellt sich zu allererst die Frage, auf welchen Bezugspunkt sich die Punktwertung beziehen soll. Entweder man bestimmt für jedes Zuschlagskriterium einen Ausgangswert 1,0 und vergibt für bessere bzw. schlechtere Lösungen Pluspunkte oder Minuspunkte oder man beurteilt jeweils das schlechteste und das beste Angebot je Zuschlagskriterium und ordnet dann die restlichen Angebote zwischen schlechtestem und bestem Angebot ein. Jedenfalls müssen alle Zuschlagskriterien der gleichen Quantifizierungsmethode folgen, damit bei der Gesamtbetrachtung aller Zuschlagskriterien tatsächlich Aussagen über das technisch und wirtschaftlich beste Angebot getroffen werden können. Für das oben genannte Beispiel kann beispielsweise das Zuschlagskriterium „Gewährleistungsfrist“ damit beurteilt werden, dass ausgehend von der gesetzlichen Frist je ein Punkt pro Verlängerung um ein halbes Jahr gewährt wird. Ausgangspunkt für den Preis bildet der geschätzte Angebotspreis, der bei Unterschreitung um EUR 10.000 je Überschreitung einen Pluspunkt und bei Überschreitung um EUR 10.000 je einen Minuspunkt bringt. Die Zuschlagskriterien der Parkplatzsituierung (festgemacht an einem Soll an Parkplätzen von beispielsweise 200 Parkplätzen) und der Ausführungszeit (Gesamtbauzeit laut Einreichplanung als Ausgangspunkt) können dann in gleicher Weise bewertet werden. Das Aufsummieren aller erreichten Punkte ergibt schlussendlich einen Gesamtpunktstand, der beim Bestbieter am höchsten ist.

4.2 Privater Auftraggeber

Wie bereits in Kapitel 3.2 erwähnt, besteht für (rein) private Auftraggeber kein verbindliches Vergaberecht. Bei einer Ausschreibung von Privaten (die nicht den einschlägigen vergaberechtlichen Normen unterliegen) können im vollen Umfang auch Alternativangebote beauftragt werden, unabhängig der Ausschreibungsbedingungen (da der Private ja auch nicht an die Konventionen von Best- bzw. Billigstbieter gebunden ist). Soweit jedoch eine Ausschreibung stattfindet, sind auch im privaten Geschäftsverkehr gewisse Verhaltensvorschriften einzuhalten. So gilt in einem solchen Fall das Gebot der Gleichbehandlung in der Form, dass sich die teilnehmenden Bieter erwarten dürfen, gegenüber ihren Mitkonkurrenten nicht diskriminiert zu werden und auch keine Bieter besonders bevorzugt werden, indem sie beispielsweise Einblicke in die Angebote der Konkurrenten bekommen.¹⁸² Weiters ist nach Meinung von

¹⁸² Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. a.a.O. S. 252.

Krejci auch eine Ausschreibung bloß zum Schein, wenn der Ausschreibende nämlich schon von vornherein weiß, wer den Zuschlag erhalten wird, im privaten Geschäftsverkehr als sittenwidrig und daher anfechtbar zu bewerten, da in einem solchen Fall bloß die Ressourcen der teilnehmenden Bieter verschwendet werden.¹⁸³

§ 879 Abs. 1 ABGB besagt, dass Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind. Diese sehr allgemein gehaltene Aussage hat den Nachteil, dass dem Rechtsanwender nicht klar ist, wann ein Vertrag gegen „die guten Sitten“ verstößt, also sittenwidrig ist. Die guten Sitten lassen sich aus dem Gewohnheitsrecht ableiten und bilden die Wertordnung des positiven Rechts ab; so können als sittenwidrig beispielsweise gewertet werden: Missbrauch einer Übermachtstellung, missbräuchliche Rechtsausübung und unter Umständen auch für eine Vertragspartei grob benachteiligende Vertragsinhalte.¹⁸⁴ Der guten Sitte kann beispielsweise das (auch aus § 6 Abs. 3 KSchG abgeleitete) Transparenzgebot zugeordnet werden.¹⁸⁵ Umgelegt auf die Bewertungskriterien für Alternativangebote bedeutet dies, dass auch private Auftraggeber die Kriterien für die Zuschlagsentscheidung anhand einer vertraglichen Regelung bekannt zu geben haben und wie schon oben erwähnt auch bloße Scheinausschreibungen zu unterlassen haben.

Daneben kann auf das schon im Kapitel 3.2.1 erörterte Prinzip der culpa-in-contrahendo-Haftung verwiesen werden.

Werden von privaten Auftraggebern die einschlägigen Normen (z.B. die ÖNORM A 2050 oder die entsprechenden DIN-Normen) als Ausschreibungsbedingungen bzw. Vertragsinhalt bedungen, so sind diese als Maßstab heranzuziehen. Für private Auftraggeber besteht allerdings keine Pflicht bestimmte Normen (oder auch gewisse Teile davon) anzuwenden, sind also in ihrer Vergabeentscheidung frei.

¹⁸³ Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. a.a.O. S. 252.

¹⁸⁴ Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. a.a.O. S. 224 f.

¹⁸⁵ Vgl. KREJCI, H.: Zur Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. a.a.O. S. 226 f.

5 Alternative Handlungsmöglichkeiten

Alternativangebote bieten – soweit sie innerhalb eines Vergabeverfahrens als zulässig erklärt wurden – vielfältige Möglichkeiten, dem Bieter einen Vorteil gegenüber seinen Mitkonkurrenten zu geben, da er durch innovativere und in den meisten Fällen kostengünstigere Ideen der Verwirklichung eines (Bau-)Projekts aus der grauen Masse der Bieter heraus sticht und so eher zu einem Zuschlag kommt. Auch der Auftraggeber kann von Alternativangeboten profitieren, insbesondere durch verkürzte Bauzeiten, günstigere Preise und effektivere Bauabläufe. Das System der Alternativangebote hat allerdings auch negative Seiten, die *Leißer* wie folgt zusammenfasst:¹⁸⁶

- Alternativangebote sind nur beim Zuschlagsprinzip des wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebots, nicht aber beim Zuschlagsprinzip des günstigsten Angebots zulässig.
- Bei Zulassung von Alternativangeboten sind vom Auftraggeber die Mindestanforderungen festzulegen, die allerdings für den Auftraggeber nicht immer klar definierbar sind (er weiß ja nicht im Vorhinein, welchen Inhalt die Alternativen aufweisen werden).
- Der Prüfzeitraum für die Alternativangebote ist mit der Zuschlagsfrist begrenzt. Ebenso steht zur Ausarbeitung eines Alternativangebots wenig Zeit zur Verfügung, weshalb die Bieter eventuell davon Abstand nehmen, Alternativangebote abzugeben.
- Das im Vergaberecht gültige Verhandlungsverbot verbietet nach Abgabe eines (Alternativ-)Angebots dieses nachzubessern, für (Alternativ-)Angebote besteht demnach nur eine Chance, ohne Verbesserungsmöglichkeit.

Aus den soeben erwähnten Gründen ist die Abgabe von Alternativangeboten nicht immer die erste Wahl der Ausschreiber, wie auch der Bieter. Dazu kommt noch, dass das BVergG eine alternativenfeindliche Tendenz aufweist und sich daher öffentliche Auftraggeber in einem Vergabeverfahren oft nicht mit den „ungeliebten“ Alternativangeboten „herumschlagen“ wollen. In diesem Kapitel wird deshalb nach Alternativen zu Alternativangeboten gesucht, die zwar das gleiche Ziel bezwecken (bessere, günstigere, innovative Lösungen für ein Bauvorhaben), dies aber durch andere Methoden bewerkstelligen und dadurch die oben erwähnten negativen Wirkungen von Alternativangeboten vermeiden versuchen.

¹⁸⁶ Vgl. LEIBER, G.: Value Engineering - die Alternative zur Alternative. In: Tagungsband zum 2. Grazer Baubetriebs- und Baurechtseminar - Spezielle Probleme des Bauvertrages und die ÖNORM B 2110. S. 203.

5.1 Das System der Bieterlücken und Wahlpositionen

Wie bereits eingangs erwähnt,¹⁸⁷ können sowohl Bieterlücken als auch Wahlpositionen als Teil eines Variantenangebots (also eines Alternativangebots, dass durch den Auftraggeber vorgegeben ist) angesehen werden. Die beiden Formen unterscheiden sich jedoch in ihrer Auswirkung auf das Angebot und müssen daher getrennt hinsichtlich ihrer Eignung als Alternative zu Alternativangeboten untersucht werden.

5.1.1 Bieterlücken

Der Auftraggeber hat im Zuge der Ausschreibung die (Bau-)Leistung anhand technischer Spezifikationen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote möglich ist (§ 96 Abs. 1 BVergG). Dabei spielen technische Spezifikationen eine zentrale Rolle. Technische Spezifikationen bei Bauaufträgen sind „...sämtliche, (...) technische Anforderungen an eine Bauleistung, das Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass die ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen.“¹⁸⁸ Hierzu zählen gemäß § 2 Z 35 lit a BVergG Umwelteinstufungen, Vorgaben für die Gebrauchstauglichkeit bzw. Sicherheit und Konformitätsbewertungen etc.

Nach § 98 Abs. 7 BVergG darf in technischen Spezifikationen nicht auf ein bestimmtes Produkt, auf ein bestimmtes Verfahren oder dgl. verwiesen werden, wenn dadurch gewisse Produkte und damit auch bestimmte Unternehmer begünstigt oder ausgeschlossen werden. Von dieser Bestimmung kann nur soweit abgewichen werden, soweit es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt erscheint. Dies ist dann der Fall, „wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann.“¹⁸⁹ Liegt dieser Umstand vor, so sind in den freien Zeilen des Leistungsverzeichnisses vom Bieter Angaben über das von ihm gewählte Produkt oder dgl. anzugeben, die als Bieterlücken bezeichnet werden.¹⁹⁰

§ 106 Abs. 7 BVergG bestimmt, dass bei ausnahmsweiser Anwendung der § 98 Abs. 7 und 8 leg cit, bestimmte Produkte oder dgl. ausgeschrieben werden können – diese müssen aber stets den Zusatz „oder gleichwertig“ enthalten – bei denen die Bieter in den freien Zeilen des

¹⁸⁷ Siehe dazu Kapitel 2.1.3.

¹⁸⁸ § 2 Z 35 lit a BVergG.

¹⁸⁹ § 98 Abs. 7 Satz 2 BVergG.

¹⁹⁰ Vgl. § 98 Abs. 8 BVergG.

Leistungsverzeichnisses („Bieterlücken“) ein gleichwertiges Produkt oder dgl. angeben können.

Bei den Bieterlücken unterscheidet man die „unechten“ von den „echten“ Bieterlücken. Als unechte Bieterlücken bezeichnet die Rechtsprechung, jene Bieterlücken, die in den §§ 98 Abs. 8 und 106 Abs. 7 BVergG erwähnt werden.¹⁹¹ Im Fall der unechten Bieterlücke gibt der Auftraggeber ein Produkt, eine Herstellungsvariante oder dgl. an einer bestimmten Position im Leistungsverzeichnis an und fügt gleichzeitig eine Lücke hinzu, in der der Bieter ein alternatives Produkt, eine alternative Herstellungsvariante oder dgl. – inklusive Angaben über Fabrikat und Typ des alternativen Produkts – eintragen kann. Die Bieterlücke hat dabei stets den Zusatz „oder gleichwertig“ zu enthalten.¹⁹² Anderes gilt für echte Bieterlücken, die dadurch erkennbar sind, *„dass der Auftraggeber kein konkretes Produkt bzw. kein konkretes Verfahren vorgibt, sondern sich auf eine mehr oder weniger konkrete Beschreibung der Qualität oder der technischen Spezifikation bzw. des Ablaufs der Leistung beschränkt.“*¹⁹³

Die unechte Bieterlücke kann vom Bieter ausgefüllt werden, muss aber nicht, ist somit fakultativer Natur. Gibt der Bieter keine Variante an, so gilt das vom Auftraggeber angegebene Produkt, das vom Auftraggeber gewünschte Erzeugnis und dgl.¹⁹⁴ Im Fall der echten Bieterlücke wird vom Auftraggeber bewusst kein Produkt, keine Herstellungsmethode und dgl. angegeben. Der Bieter muss hier die Bieterlücke ausfüllen, um nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.¹⁹⁵

Nach Ansicht des VfGH, sind Bieterlücken als Teil eines Hauptangebotes zu qualifizieren, wenn das von den Bietern eingereichte Angebot primär und nicht als Alternative zu einem Hauptangebot abgegeben wurde.¹⁹⁶ Soweit ein Bieter demnach eine Bieterlücke ausfüllt und somit das in der Ausschreibung angegebene Produkt oder dgl. abändert, liegt kein Alternativangebot iW.S. vor. Da Bieterlücken Teil des Hauptangebotes sind, sind für diese keine gesonderten Gesamtpreise anzugeben.¹⁹⁷

¹⁹¹ Vgl. BVA 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34.

¹⁹² Vgl. § 98 Abs. 8 BVergG.

¹⁹³ VKS Wien 23.08.2012, VKS-7738/12.

¹⁹⁴ Vgl. § 106 Abs. 7 BVergG.

¹⁹⁵ Vgl. IB-DATA GMBH: Vom richtigen Umgang mit Bieterlücken. http://www.abk.at/pdf/13_03_Bieterluecken.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 10:24 Uhr.

¹⁹⁶ VwGH 25.2.2002, 2001/04/0250.

¹⁹⁷ Vgl. SALADIN, A.: Varianten und Optionen. In.: ZVB, 2007/35 S. 139 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 14:53 Uhr).

5.1.2 Chancen und Schwächen der Bieterlücken

Der Anwendungsbereich von Bieterlücken beschränkt sich auf die Zeitspanne vor Vertragsschluss, weshalb Bieterlücken nur im Stadium der Ausschreibung eingesetzt werden können. Auf den ersten Blick sind Bieterlücken nur bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen sinnvoll, doch können Bieterlücken auch bei funktionalen Ausschreibungen vorkommen, wenn nämlich eine bestimmte Herstellungsweise, ein bestimmtes Produkt oder dgl. vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen definiert wird. Jedenfalls bedarf die Ausschreibung unter Anwendung von Bieterlücken einer vorangehenden genauen Planung seitens des Auftraggebers.

Der Vorteil von Bieterlücken ergibt sich daraus, dass der Auftraggeber die alternativen Angebote konkret steuern kann, in dem er im Leistungsverzeichnis genau angibt, wo er alternative Lösungsvorschläge wünscht. Er kann damit auch Möglichkeiten schaffen, bestimmte Leistungsausführungen zu einem späteren Zeitpunkt oder durch Vergleich unterschiedlicher Varianten der Bieter festzulegen.¹⁹⁸ Dafür ist es allerdings notwendig, Abänderungsangebote nach § 82 Abs. 1 BVergG auszuschließen bzw. zumindest auf gewisse Positionen einzuschränken.¹⁹⁹ Da Bieterlücken keine Alternativangebote im herkömmlichen Sinn darstellen,²⁰⁰ sind Bieterlücken unabhängig einer Best- bzw. Billigstbietervergabe und auch unabhängig davon möglich, ob Alternativangebote vom Auftraggeber zugelassen sind. Allerdings muss auch bei Ausnutzung einer Bieterlücke durch ein alternatives Produkt oder dgl. die Gleichwertigkeit der Leistung vom Auftragnehmer nachgewiesen werden. Diese Gleichwertigkeit ist anhand der in der Beschreibung der Leistung anzugebenden Kriterien der Gleichwertigkeit zu prüfen (§ 98 Abs. 8 BVergG), sodass hier kein Unterschied zu den „klassischen“ Alternativangeboten besteht.

5.1.3 Auslegungsfragen von Bieterlücken

Da das Vergaberecht nur sehr wenige Bestimmungen über Bieterlücken enthält, haben sich zu dieser Thematik umfangreiche Auslegungsfragen ergeben, die teilweise vor den Gerichten durchjudiziert wurden. Auf die zu dieser Thematik ergangene Rechtsprechung wird nun näher eingegangen.

Bei der Vergabe von Leistungen von Außenanlagen einer Kaserne wurden in der Leistungsbeschreibung sowohl echte als auch unechte

¹⁹⁸ Vgl. SALADIN, A.: Varianten und Optionen. a.a.O. S.135.

¹⁹⁹ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

²⁰⁰ Vgl. VwGH 25.02.2002, 2001/04/0250.

Bieterlücken vom öffentlichen Auftraggeber vorgesehen werden. Der betroffene Bieter füllte weder die echte noch die unechte Bieterlücke aus. Das BVA urteilte, dass nicht ausgefüllte Bieterlücken zu einem Ausscheiden des Angebots führen können, nämlich dann, wenn ein Bieter keine Angaben zu einer echten Bieterlücke (ohne Angaben eines Leitprodukts) macht. Die fehlende Angabe in unechten Bieterlücken stellt demgegenüber kein rechtliches Problem dar, da in diesem Fall das in der Ausschreibung angegebene Produkt automatisch als vom Auftragnehmer angeboten gilt. Das Nichtausfüllen einer echten Bieterlücke ist nach Meinung des BVA als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren, dessen nachträgliche Verbesserung durch den Bieter zu einem Wettbewerbsvorteil führen würde und deshalb rechtswidrig ist. Gebe man dem betroffenen Bieter nämlich die Möglichkeit, die Bieterlücken erst nach Angebotsöffnung auszufüllen, stünde ihm ein verlängerter Zeitraum zur Angebotsausarbeitung zur Verfügung, was ihn gegenüber seinen Mitkonkurrenten materiell besser stellen würde.²⁰¹

Ein Nichtausfüllen von Bieterlücken muss aber nicht unbedingt ein unbehebbarer Mangel sein. In einer Entscheidung des BVA aus dem Jahr 2010 stellte sich der Sachverhalt so dar, dass im Zuge einer Ausschreibung von sicherheitstechnischen Anlagen eines Tunnelbauwerks in drei Leistungsgruppen jeweils Fabrikat und Typenreihe in die Bieterlücken einzutragen war. Ein Bieter hatte jedoch nur in den ersten beiden Leistungsgruppen die Bieterlücken ausschreibungskonform ausgefüllt, in der dritten Leistungsgruppe wurden in den Bieterlücken keine Angaben gemacht. Teil der Ausschreibung war allerdings die Bedingung, dass losübergreifend einheitliche Fabrikate für gleichartige Produkte zu verwenden waren. Das BVA sah darin einen behebbaren Mangel (der Bieter bekommt demnach die Möglichkeit sein Angebot zu verbessern und weiterhin an der Vergabeentscheidung teilzunehmen), da zweifelsfrei aus den Angaben des Bieters ablesbar war, welches Fabrikat und welche Typenreihe zum Einsatz kommen würde. Dem Bieter stellte sich somit nicht die Möglichkeit, nachträglich aus mehreren Fabrikaten zu wählen, weshalb er keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern genießt.²⁰²

Im selben Fall beschäftigte sich das BVA auch mit der Frage, ob von Bietern Mehrfachnennungen von Produkten in Bieterlücken zulässig sind. Grundsätzlich steht der Angabe mehrerer Fabrikate oder dgl. durch den Bieter vergaberechtlich nichts im Weg. Alle vom Bieter angegebenen Fabrikate und dgl. müssen die in der Ausschreibung normierten Bedingungen erfüllen. Ist dies bei zumindest einem Fabrikat oder dgl.

²⁰¹ BVA 26.11.2012, N/0095-BVA/04/2012-24 = GRASBÖCK, R.; GRUBER, T.: Nicht ausgefüllte Bieterlücken können zum Ausscheiden führen. In: ZVB 2013/4 S. 12 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013 um 15:21 Uhr).

²⁰² BVA 15.02.2010, N/0120-BVA/05/2009-52 = ESTERMANN, G.: BVA: Nichtausfüllen von Bieterlücken und Mehrfachnennung von Produkten. In: RPA 2010, 149 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013 um 15:23 Uhr).

nicht der Fall, ist das Angebot als nicht ausschreibungskonform anzusehen. Dem Auftraggeber steht es allerdings frei, Mehrfachnennungen in Bieterlücken ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen als nicht zulässig zu erklären.²⁰³

In einem vom UVS Steiermark am 15.07.2010 mit der Geschäftszahl 44.8-1/2010-19 entschiedenen Fall ging es um die Frage der mangelhaft ausgefüllten Bieterlücken bei Billigstbietervergabe. In der Ausschreibung zu einem HKLS-Gewerk war ausdrücklich gefordert, dass Bieterlücken mit Angabe des Herstellers und der Type des verwendeten Produkts von den Bietern auszufüllen sei. Ein Bieter hatte in die Bieterlücke nur die Kurzbezeichnung des Herstellers („Heat“ anstatt „Heat Refrigeration Ciat“) ohne Angabe des Erzeugnisses bzw. der Type ausgefüllt. Er argumentierte, dass der betreffende Hersteller ausschließlich ein einziges ausschreibungskonformes Produkt liefert, sodass dem Auftraggeber klar sein musste, welches Produkt zum Einsatz kämen würde. Ein vom Auftraggeber daraufhin geforderter Verbesserungsauftrag kam der betroffene Bieter nach. Der UVS entschied, dass eine Bindung an die Ausschreibungsunterlagen besteht, was der Senat aus § 19 BVergG (Gleichbehandlung aller Bieter) und dem damit verbundenen Gebot der objektiven Vergleichbarkeit der Angebote ableitet. Somit war das Ausfüllen der Bieterlücke in diesem Fall unbehebbar mangelhaft, da lediglich die Kurzbezeichnung der Vertriebsfirma des angebotenen Produkts angegeben wurde und nicht – wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert – ebenfalls Fabrikat bzw. Type des Produkts. Darüber hinaus stellte sich die Situation für den Auftraggeber dergestalt dar, dass sogar mithilfe des vom Bieter übermittelten Produktkatalogs nicht eindeutig erkennbar war, welches Produkt im gegenständlichen Fall zum Einsatz gelangen würde. Eine nachträgliche Mängelbehebung führte nach Meinung des UVS Steiermark im gegenständlichen Fall zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung, da das originäre Anbot des Bieters ohne Nachfrage seitens des Auftraggebers nicht ausschreibungskonform und daher auszuschneiden gewesen wäre. Den Vorgaben des Auftraggebers, wie Bieterlücken auszufüllen sind, sollte demnach von den Bietern korrekt eingehalten werden, um nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.²⁰⁴

Aus den oben geschilderten Fällen kann Folgendes für die Praxis abgeleitet werden: Das Nichtausfüllen von echten Bieterlücken führt grundsätzlich zu einem Ausschluss des betreffenden Angebots aufgrund der Qualifikation als unbehebbarer Mangel. Ausnahmsweise können die fehlenden Angaben in echten Bieterlücken von Bietern verbessert

²⁰³ BVA 15.02.2010, N/0120-BVA/05/2009-52 = ESTERMANN, G.: BVA: Nichtausfüllen von Bieterlücken und Mehrfachnennung von Produkten. In: RPA 2010, 149 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013 um 15:23 Uhr).

²⁰⁴ Vgl. SCHLOSSAR-SCHIRETZ, ; MANJA, : Mangelhaft ausgefüllte Bieterlücken; Folgen bei Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip. In: ZVB 2011/49, S. 154 49 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013 um 15:25 Uhr).

werden, nämlich dann, wenn der Bieter aus seiner Verbesserungsmöglichkeit keinen Wettbewerbsvorteil ziehen kann. Dies ist aber immer nur dann möglich, wenn ihm im Nachhinein keine Wahlmöglichkeit hinsichtlich des in die Bieterlücke einzutragenden Produkts zukommt. Sobald der Bieter sich nämlich nachträglich noch entscheiden kann, welches Produkt er wählt (und somit beispielsweise länger mit Lieferanten über den Preis verhandeln kann) genießt er Vorteile, die seine Mitkonkurrenten, die ihre Angebote rechtzeitig und ausschreibungsgemäß abgegeben haben, nicht haben. Jeder Bieter tut demnach gut daran, echte Bieterlücken vollständig (d.h. ausschreibungskonform) auszufüllen.²⁰⁵

Auch die Mehrfachnennung von Produkten in Bieterlücken sollte im Zuge eines Vergabeverfahrens zurückhaltend angewendet werden. Denn auch die Mehrfachnennung (unter der Voraussetzung, dass alle genannten Produkte ausschreibungskonform sind) kann im speziellen Fall als Wettbewerbsvorteil für den Bieter angesehen werden, da er sich erst nachträglich für ein Produkt entscheiden muss und damit länger Dispositionen treffen kann.²⁰⁶ Mit einer Regelung in der Ausschreibung, dass in einem solchen Falle der Auftraggeber das Wahlrecht hinsichtlich des zum Einsatz gelangenden Produkts zukommt, könnte der Umstand der Wettbewerbsverzerrung entkräftet werden. Das BVA geht in seinem Urteil aber von einem anderen Ausgangspunkt aus und entscheidet den Rechtsfall bereits auf Ebene der Mangelfeststellung. Da weder das BVergG noch (im gegenständlichen Fall) die Ausschreibungsunterlagen die Mehrfachnennung in Bieterlücken ausschließlich verbieten, ist grundsätzlich von deren Zulässigkeit auszugehen, sodass überhaupt kein Mangel vorliegt, der als (un-) behebbar zu qualifizieren wäre.²⁰⁷ Sobald jedoch ein innerhalb der Mehrfachnennung angegebenes Produkt nicht ausschreibungskonform ist, ist das Ausfüllen der Bieterlücke aufgrund des Wettbewerbsvorteils als solches unbehebbar mangelhaft.

Das BVergG regelt in zumindest einem Punkt die Gleichwertigkeit von in Bieterlücken angegebenen Produkten. Gemäß § 106 Abs. 7 BVergG gilt das in den Ausschreibungsunterlagen genannte Produkt als angeboten, wenn das vom Bieter namhaft gemachte Produkt nach einer sachverständigen Prüfung als nicht gleichwertig mit dem ausgeschriebenen Produkt zu bewerten ist und der Bieter in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat, dass in einem solchen Fall das ausgeschriebene Produkt gelten soll. Wann aber ein in einer Bieterlücke angegebenes Produkt mit dem in der Ausschreibung angeführten Produkt gleichwertig

²⁰⁵ Vgl. ESTERMANN, G.: BVA: Nichtausfüllen von Bieterlücken und Mehrfachnennung von Produkten. a.a.O. S. 154.

²⁰⁶ Vgl. ESTERMANN, G.: BVA: Nichtausfüllen von Bieterlücken und Mehrfachnennung von Produkten. a.a.O. S. 155.

²⁰⁷ BVA 15.02.2010, N/0120-BVA/05/2009-52.

ist, lässt das Gesetz offen. Man wird sich hierbei an den Grundsätzen und Entscheidungen im Zusammenhang mit der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zu orientieren haben. Dem Auftraggeber steht es jedenfalls offen, bestimmte Kriterien (z.B. Mindest- oder Höchstgewicht, gewisses Wärmedämmmaß, o.Ä.) bei Bieterlücken festzulegen, um die Gleichwertigkeit mit dem Leitprodukt näher zu konkretisieren.²⁰⁸

Hinsichtlich Bewertung der Gleichwertigkeit von Leitprodukten mit den von den Bietern angegebenen Produkten hat das BVA entschieden, dass hierbei auf die Funktionalität (die Zielerreichung) abzustellen ist und es nicht auf Übereinstimmung in konstruktiven Details ankomme. Die in einer Bieterlücke angegebenen Produkte müssen nicht komplett ident mit den Leitprodukten sein, sondern müssen lediglich den Zielvorgaben der zu erbringenden Leistung genügen.²⁰⁹

5.1.4 Wahlpositionen

Nach § 97 Abs. 3 Z 4 BVergG können einzelne Leistungen nach Art, Güte, Menge, Herkunft, und dgl. auch wahlweise in gesonderten (Wahl-) Positionen ausgeschrieben werden, die bei der Feststellung des Gesamtpreises für bestimmte Ausführungsvarianten Berücksichtigung finden. § 2 Z 43 BVergG beschreibt Wahlpositionen, als *„die Beschreibung einer Leistung, die vom Auftraggeber als Teil einer Variante zur Normalausführung vorgesehen ist“*. Bei Wahlpositionen kommt es (anders als bei Bieterlücken) zwangsweise zu einer Veränderung der Position.

Anders als Bieterlücken sind Wahlpositionen nicht Teil des Hauptangebots, sondern Teil eines Variantenangebots. Auf Aufforderung des Auftraggebers haben die Bieter Wahlpositionen (also ein zusätzliches Angebot) zu erstellen, ob schlussendlich die Wahlposition oder die ausgeschriebene Position des Hauptangebots zur Ausführung gelangt, hat der Auftraggeber im Sinne einer „Entweder-oder-Entscheidung“ zu treffen.²¹⁰ Zwar geben auch Wahlpositionen dem Auftraggeber – gleich wie Bieterlücken – die Möglichkeit, sich von Bietern alternative Lösungsvorschläge anbieten zu lassen, der eklatante Unterschied besteht allerdings darin, dass Bieterlücken (noch) Teil des Hauptangebots sind, während die Ausschreibung mittels Wahlpositionen zu einem Variantenangebot (mit all seinen daraus resultierenden Vorgaben) führen. Wahlpositionen haben gegenüber den „klassischen“ Alternativangeboten nur den Vorteil (unter Umständen auch den Nachteil), dass die Richtung und

²⁰⁸ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 168.

²⁰⁹ BVA 11.05.2009, N/0020-BVA/09/2009-34.

²¹⁰ Vgl. SALADIN, A.: Varianten und Optionen. a.a.O. S. 135.

der Umfang der Alternative vom Auftraggeber konkret vorgegeben werden kann bzw. muss.

Das bedeutet, dass Wahlpositionen den Bietern weniger Handlungsspielräume gewähren, da diese Handlungsspielräume vom Auftraggeber nämlich in Form von Positionstexten vorgegeben sind. Erst anhand dieser Vorgaben können tatsächlich innovative Ideen der Bieter eingebracht werden.

5.2 Funktionale Ausschreibungen

Der öffentliche Auftraggeber kann gemäß § 95 Abs. 1 BVergG frei wählen, ob er eine Leistung konstruktiv oder funktional ausschreibt. Bei funktionalen Leistungsbeschreibungen werden – im Gegensatz zu den konstruktiven Ausschreibungen, in denen meist ein detailliertes, in Positionen gegliedertes Leistungsverzeichnis die Basis der Ausschreibung bildet – Leistungen als Aufgabenstellungen durch Festlegung von Leistungs- bzw. Funktionsanforderungen beschrieben.²¹¹ Vom Auftraggeber wird dafür nur das Leistungsziel vorgegeben, der konkrete Weg zur Erreichung dieses Ziels bleibt den Unternehmern überlassen.²¹²

Gemäß § 96 Abs. 1 BVergG ist die Leistung bei der Vergabe von Bauleistungen im Zuge einer konstruktiven Leistungsbeschreibung „so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist“. Zur Ergänzung dienen Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dgl. sowie die Beschreibung von technischen Spezifikationen (§ 96 Abs. 1 letzter Satz BVergG). Demgegenüber besteht für funktionale Leistungsbeschreibungen gemäß § 96 Abs. 2 BVergG die Pflicht, das Leistungsziel anhand technischer Spezifikationen „so hinreichend genau und neutral zu beschreiben“ (also nicht „eindeutig, vollständig und neutral“), so dass alle für das Bauvorhaben relevanten Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Aus der Leistungsbeschreibung muss einerseits der Zweck der fertigen Leistung, als auch die Anforderungen an die Leistung (sowohl in technischer, als auch in wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht) erkennbar sein, um damit die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen.²¹³ Die Bieter müssen eine klare Vorstellung vom Auftragsgegenstand besitzen, dies wird dann gegeben sein, wenn die Bieter das konkrete „Bau-Soll“ kennen.²¹⁴

²¹¹ Vgl. § 95 Abs. 3 BVergG.

²¹² Vgl. POCK, R.; SEHRSCHEIN, U.: Problematik der Vergleich- und Kalkulierbarkeit bei funktionalen Ausschreibungen. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. S. 24.

²¹³ Vgl. § 96 Abs. 2 BVergG.

²¹⁴ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. In: RPA 2011, 69 (digital abgerufen über www.rdb.at am 23.09.2013, 08:18 Uhr) S. 73.

In § 7 VOB/A findet sich eine ähnliche Bestimmung, in der zwischen der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (konstruktiv) und der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (funktional) unterschieden wird. Gemäß § 7 Abs. 9 VOB/A wird bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis die Leistung durch eine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) sowie ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis beschrieben. Bei Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogrammen wird (soweit dies zweckmäßig ist) der Entwurf einer Leistung dem Wettbewerb unterstellt, um damit die beste und zweckmäßigste Lösung einer Bauaufgabe zu ermitteln (§ 7 Abs. 13 VOB/A).

Kennzeichen einer funktionalen Ausschreibung ist die beabsichtigte Verlagerung der Planungsleistung auf den Auftragnehmer.²¹⁵ Damit verbunden findet ein Übergang des Planungs- und Mengenrisikos sowie des Vollständigkeitsrisikos auf den Auftragnehmer statt. Während konstruktive Leistungsbeschreibungen den Weg der Leistungserbringung detailliert vorgeben und so das Bau-Soll grundsätzlich vom Auftraggeber definiert wird, hat der Bieter im Zuge von funktionalen Ausschreibungen die Aufgabe, anhand der Aufgabenstellung durch den Auftraggeber das Bau-Soll im Rahmen seines Angebotes zu definieren.²¹⁶ Auftraggeber sollten die funktionale Leistungsbeschreibung aber nicht dazu benutzen, Planungsleistungen, die eigentlich von ihnen zu erbringen wären, auf die Bieter über zu wälzen. Ganz im Gegenteil bedarf eine funktionale Ausschreibung zumindest desselben Grads an Aufmerksamkeit in der Ausschreibungsphase, als eine vergleichbare konstruktive Ausschreibung.²¹⁷ Denn auch bei funktionaler Leistungsbeschreibung müssen die Eckpunkte, die es zu realisieren gilt, klar definiert sein und das Leistungsziel so hinreichend genau umschrieben werden, dass für die Bieter keine Zweifel bestehen, welche Leistung ausgeführt werden soll. *„Die funktionale Leistungsbeschreibung ist dann vorteilhaft, wenn die funktionellen Anforderungen an die Leistung genau beschrieben werden können, aber verschiedene Systeme am Markt existieren, welche diese Anforderungen erfüllen können.“*²¹⁸ Das Anwendungsgebiet funktionaler Leistungsbeschreibung ist aus diesem Grund vor allem in technisch anspruchsvollen Gebieten (wie beispielsweise im Spezialtiefbau) angesiedelt, für standardisierte Hochbau-Projekte eignen sich insbesondere konstruktive Ausschreibungen in Form von standardisierten Leistungsbeschreibungen.

²¹⁵ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 70.

²¹⁶ Vgl. GÖLLES, H.: Vom Leistungsziel zum Bau-Soll bei Bauverträgen. In: ZVB 2012/142 (digital abgerufen über www.rdb.at am 23.09.2013, 08:20) S. 473.

²¹⁷ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 80.

²¹⁸ SCHWARZ, H.: Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. a.a.O. S. 107 f.

Sowohl für konstruktive als auch für funktionale Leistungsbeschreibungen gilt jedoch, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sein muss und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden können (§ 78 Abs. 3 BVergG). Je detaillierter und präziser eine Leistung beschrieben ist, desto einfacher können die Angebote miteinander verglichen werden, weshalb bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen die Vergabe auch anhand nur eines Unterscheidungsmerkmals – nämlich des (niedrigsten) Preises – möglich ist.²¹⁹ Besonders die Vergleichbarkeit von Angeboten stellt bei funktionaler Ausschreibung eine erhebliche Schwierigkeit dar, beinhaltet doch jede funktionale Ausschreibung eine „unvollständige“ Planung seitens des Auftraggebers gerade aus dem Zweck heraus, dass sich Bieter bei funktionaler Ausschreibung viel stärker in den Planungsprozess einbringen. *„Wie (aber) soll man die Gleichwertigkeit verschiedener Lösungsansätze bei einer Leistungsbeschreibungsart bewerten, die man gerade deshalb gewählt hat, weil man keine Vorstellung davon hat, welche Leistungsansätze am Markt angeboten werden können?“*²²⁰

Heid hat hierfür drei Verfahrensschritte definiert, die im Zuge eines Vergabeverfahrens vom Auftraggeber abzuhandeln sind, damit die Gleichwertigkeit der Angebote bei funktionaler Ausschreibung beurteilt werden kann: In einem ersten Schritt ist die (Bau-)Leistung so genau als möglich zu beschreiben, um die von den Vertragsparteien zu tragenden Risiken exakt abzugrenzen. Die Beschreibung der Leistung erfolgt in der Praxis vor allem durch die Baubeschreibung, sowie ergänzend durch Pläne, Gutachten und dgl. In einem zweiten Schritt hat der Auftraggeber Verhandlungen mit den Bietern zu führen, um die unterschiedlichen technischen Lösungen zu erörtern und dessen Auswirkung auf die Kosten- und Terminstruktur zu hinterfragen. Dies setzt allenfalls voraus, dass die Vergabe in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung zu erfolgen hat.²²¹ Schlussendlich sind in einem dritten Schritt noch die vorherrschenden Unterschiede zwischen den Angeboten, anhand im Vorhinein definierter Zuschlagskriterien zu bewerten.²²²

Gerade die Festlegung geeigneter Zuschlagskriterien in einem sehr frühen Stadium der Projektabwicklung (Erstellung der Ausschreibungsunterlagen) wirft aber Probleme auf, denn es können sich Kriterien erst

²¹⁹ Vgl. KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. a.a.O.

²²⁰ MATHOI, T.; SCHWARTZ, W.: Chancen und Gefahren der funktionalen Leistungsbeschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen im Hochbau. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. S. 50.

²²¹ Die Vergabe von Bauleistungen mithilfe eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ist nach § 28 Abs. 1 Z 3 BVergG dann zulässig, wenn es sich um Bauleistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen.

²²² Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 73.

im Laufe des Bauprozesses als besonders wichtig bzw. unwichtig herausstellen.²²³ Vom Auftraggeber muss daher vorab (nämlich im Stadium der Ausschreibung der Leistung) – ähnlich wie bei Alternativangeboten – eine aussagekräftige Zusammenstellung von rein linear ableitbaren Qualitätskriterien (gemeint sind Kriterien, die sich allein aus dem Angebot ergeben, z.B. erreichbare Nettanutzflächen, Energiekennzahlen, etc.) und subjektiven Qualitätskriterien (z.B. Funktionalität einer Leistung, gestalterische Aspekte, Nutzerfreundlichkeit, etc.) erfolgen. Mithilfe dieser Qualitätskriterien sollen die Zuschlagskriterien konkretisiert und gewichtet werden, damit die Bieter ein einheitliches Verständnis davon bekommen, was der Auftraggeber wünscht.²²⁴

Weiters ist zu beachten, dass nicht alle funktionalen Ausschreibungen denselben Konkretisierungsgrad aufweisen. So können sich manche funktionale Leistungsbeschreibungen aufgrund der detaillierten Formulierung des Leistungsumfanges an konstruktive Ausschreibungen annähern, während andere funktionale Leistungsbeschreibungen durch offener definierte Leistungs- und Funktionsanforderungen den Bietern mehr Handlungsspielräume eröffnen. *Kropik* unterscheidet deshalb zwischen „teilkunktionalen“ und „echten funktionalen Leistungsbeschreibungen“. Im ersten Fall ist den Bietern die Umsetzung der Leistung auf Basis einer Auftraggeber-Planung übertragen (eher prozessorientiert), während bei der echten funktionalen Leistungsbeschreibung vom Auftraggeber nur Rahmenbedingungen vorgegeben werden (ergebnisorientiert).²²⁵

5.2.1 Voraussetzungen für funktionale Ausschreibungen

Das Gesetz sieht für funktionale Ausschreibungen besondere Bestimmungen für den Inhalt der Angebote vor. § 109 Abs. 1 BVergG (bzw. § 258 BVergG für Sektorenauftraggeber) bestimmt, dass Angebote bei funktionaler Leistungsbeschreibung so zu erstellen sind, dass Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt werden können. Abs. 2 leg cit besagt darüber hinaus sogar, dass der Bieter ein Leistungsverzeichnis mit Mengen- und Preisangaben zu erstellen hat. Der Bieter hat nach § 109 Abs. 3 BVergG eine Vollständigkeitserklärung hinsichtlich der angegebenen Mengen abzugeben. Die Bestimmung des §109 BVergG soll einerseits die Vergleichbarkeit der Angebote erleichtern, da die Gleichwertigkeit leichter durch Leistungsverzeichnisse festgestellt werden kann, andererseits sind auch etwaige später auftretende Fragen im Zusammenhang mit der Vergütung von Leistungen (Mehrkosten-

²²³ Vgl. KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. a.a.O.

²²⁴ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 76.

²²⁵ Vgl. KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. a.a.O.

forderungen, etc.) leichter zu beurteilen.²²⁶ Insbesondere die Pflicht zur Erstellung eines Leistungsverzeichnisses wird zu Recht in der Literatur kritisiert, so sieht *Kropik* nicht einmal bei konstruktiver Leistungsbeschreibung zwingend die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses vor.²²⁷ Die Formulierung in § 109 Abs. 2 BVergG, nachdem „*grundsätzlich*“ ein vom Bieter zu erstellendes Leistungsverzeichnis gefordert ist, legt den Schluss nahe, dass es durchaus funktional beschriebene Leistungen geben kann, die eben nicht durch ein Leistungsverzeichnis beschrieben werden müssen.²²⁸

Da Angebote, die im Zuge einer funktionalen Ausschreibung abgegeben werden, schwer miteinander vergleichbar sind, ist nach vorherrschender Meinung vorrangig das im BVergG vorgesehene Verhandlungsverfahren bei funktionaler Leistungsbeschreibung anzuwenden.²²⁹ Einer Vergabe im Zuge eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung steht vergaberechtlich nichts entgegen, soweit es sich um Bauleistungen handelt, „*die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen.*“²³⁰ Die Vergleichbarkeit der Angebote kann somit durch Verhandlungen unterstützt werden, daneben sollten auch aussagekräftige Zuschlagskriterien ausgewählt werden um das objektiv beste Angebot auswählen zu können.²³¹

Das BVA stellte jedoch in seiner Entscheidung 15N-06/04-29 vom 29.03.2004 im Zuge des Stadionneubaus Klagenfurt Waidmannsdorf fest, dass das Vergabeverfahren ein Ausnahmefall ist, dass nur bei Vorliegen der in § 28 Abs. 1 BVergG genannten, restriktiv auszuliegenden Gründe gewählt werden darf. Eine globale Preisgestaltung ist demnach nicht möglich, wenn Bieter keine festen Preise für ihre Leistung angeben können, was insbesondere dann der Fall ist, wenn sie Eventualitäten berücksichtigen müssen, welche einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen.²³²

Die in der Literatur vertretende Auffassung, funktionale Ausschreibungen im Zusammenhang mit einem Verhandlungsverfahren zu vergeben, ist demnach nicht immer durchsetzbar, da das Verhandlungsverfahren (zumindest nach Meinung des BVA) nicht uferlos angewendet werden

²²⁶ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 77.

²²⁷ Vgl. KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. a.a.O.; Krit: GÖLLES, H.: Die unterschiedlichen Arten der Leistungserbringung (Teil II). In: ZVB 2010/93 (digital abgerufen über www.rdb.at am 12.06.2013, 09:51 Uhr) S. 314.

²²⁸ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 77.

²²⁹ Vgl. GÖLLES, H.: Vom Leistungsziel zum Bau-Soll bei Bauverträgen. a.a.O. S. 477; . HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 75.

²³⁰ § 28 Abs. 1 BVergG. Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist nur im eingeschränkten Maße möglich (vgl. § 28 Abs. 2 BVergG).

²³¹ Vgl. GÖLLES, H.: Vom Leistungsziel zum Bau-Soll bei Bauverträgen. a.a.O. S. 479.

²³² BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29.

darf. Bei funktionalen Ausschreibungen, die in diesem Fall nicht im Zuge eines Verhandlungsverfahren vergeben werden, ist daher ein besonderes Augenmerk auf die Ausformulierung der Zuschlagskriterien zu richten.

Funktionale Leistungsbeschreibung enden meist (insbesondere dann, wenn kein Leistungsverzeichnis vorliegt) in einem (echten) Pauschalpreisvertrag^{233 234}.

5.2.2 Funktionale Ausschreibung als Alternative

Die Prüfung der Gleichwertigkeit bei funktionaler Ausschreibung läuft, wie bereits erörtert, ähnlich wie die Bewertung der Gleichwertigkeit bei Alternativangeboten (bei konstruktiver Ausschreibung) ab. Die vom Auftraggeber formulierten „Mindestanforderungen“ (die bei funktionaler Ausschreibung durch die Definition des Leistungsziels bestimmt werden) sind von den Angeboten zu erfüllen, um ausschreibungsgemäß zu sein. Dabei können die verschiedenen Lösungsansätze der Bieter die „Mindestanforderungen“ besser oder schlechter erfüllen. Wenn man diesen Gedanken konsequent weiter verfolgt, kommt man zu der Meinung, dass funktionale Ausschreibungen ohne Zulassung von Alternativen, den gleichen Handlungsspielraum vorgeben, als konstruktive Ausschreibungen unter Zulassung von Alternativangeboten – sich der Auftraggeber also durch die funktionale Ausschreibung gleich stellt, als ob er die Bauleistung durch konstruktive Leistungsbeschreibung mit der Möglichkeit von Alternativangeboten ausschreibt. Bei Alternativangeboten im Zuge von konstruktiven Ausschreibungen erstellen die Bieter – gleich wie bei funktionalen Ausschreibungen – ein alternatives (durch das Alternativangebot verändertes) Leistungsverzeichnis, da gemäß § 106 Abs. 4 BVergG gefordert ist, dass Alternativangebote in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen sind.²³⁵

Funktionale Ausschreibungen können daher unter Umständen eine konstruktive Ausschreibung unter Zulassung von Alternativangeboten ersetzen. Denn bei funktionaler Leistungsbeschreibung bietet sich den Bietern – analog zu Alternativangeboten – die Möglichkeit, innovative Lösungsansätze zum Leistungsumfang einzubringen, was in Form eines eigenen (geänderten) Leistungsverzeichnisses bewerkstelligt wird.²³⁶ Die aus Alternativangeboten bekannten Risiken (Risiko aus der „garantierten Auftragssumme“, Vollständigkeitsrisiko, Risiko der Gleichwertigkeit und

²³³ Zum Pauschalpreisvertrag siehe Kap. 5.3.

²³⁴ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 77.

²³⁵ Vgl. GÖLLES, H.: Vom Leistungsziel zum Bau-Soll bei Bauverträgen. a.a.O. S. 475.

²³⁶ Vgl. GÖLLES, H.: Die unterschiedlichen Arten der Leistungserbringung (Teil I). In: ZVB 2010/80 (digital abgerufen über www.rdb.at am 12.06.2013, 09:47 Uhr) S. 273.

dgl.) sind auch bei funktionalen Ausschreibungen zu beachten. Ein unvollständiges, nicht gleichwertiges oder mangelhaftes Angebot im Zuge einer funktionalen Ausschreibung ist gemäß § 129 BVergG vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

Ein Unterschied zwischen funktionalen Angeboten und Alternativangeboten kann sich aus der Art des Kostenvoranschlags ergeben. Da (beinahe) die gesamte Planungsleistung einer funktionalen Leistungsbeschreibung aus der Sphäre des Auftragnehmers kommt, ist der Werkvertrag auf Basis einer funktionalen Ausschreibung als Kostenvoranschlag unter Garantie im Sinne des § 1170a Abs. 1 ABGB zu qualifizieren, während Werkverträge auf Basis eines konstruktiven Leistungsverzeichnisses mit Alternativangebot eher als Kostenvoranschlag ohne Garantie im Sinne des § 1170a Abs. 2 ABGB zu werten sind.²³⁷ Bei einem Kostenvoranschlag unter Garantie gibt der Auftragnehmer ein verbindliches Versprechen ab, dass er die ausgeschriebene Leistung zu dem bekanntgegebenen Gesamtpreis herstellt.²³⁸ Die Qualifikation als Kostenvoranschlag unter Garantie bedeutet eine erhebliche Risikoverschiebung zu Lasten des Auftragnehmers, da in diesem Fall der Auftragnehmer bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Leistung keine Entgelt-erhöhung geltend machen kann.²³⁹

5.2.3 Alternativangebote bei funktionalen Ausschreibungen

Wird eine (Bau-)Leistung anhand einer konstruktiven Leistungsbeschreibung ausgeschrieben, sind die Bieter an das Leistungsverzeichnis derart gebunden, dass die vom Auftraggeber in der Ausschreibung vorgegebenen Qualitäten und Quantitäten nur in Form eines Alternativangebots abgeändert werden können. Bei funktionaler Ausschreibung stellt sich die Frage, worin eine Abweichung zur ausgeschriebenen Leistung besteht, da bei funktionalen Ausschreibungen der Leistungsgegenstand weniger detailliert definiert ist. Ausgangspunkt einer funktionalen Ausschreibung bilden Zielvorgaben, die Handlungsspielräume für die Bieter eröffnen, wie ein konkretes Projekt am besten abzuwickeln ist. Aber auch funktionale Ausschreibungen müssen zumindest aus Bestimmtheitserfordernissen heraus, gewisse Details (in Form von Plänen, etc.) festlegen. Abweichungen von diesen Vorgaben sind als Alternative zu werten.²⁴⁰

²³⁷ Vgl. GÖLLES, H.: Die unterschiedlichen Arten der Leistungserbringung (Teil II). a.a.O. S. 315.

²³⁸ Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage. S. 634.

²³⁹ Vgl. WELSER, R.: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Auflage. S. 258.

²⁴⁰ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 436.

Der Auftraggeber strebt einen von allen Seiten optimierten Projektablauf für das zu realisierende Bauvorhaben an. Optimierungspotenziale sind aber auch im Falle von funktionalen Ausschreibungen dort begrenzt, wo die Ausschreibungsunterlagen bestimmte „Must-have“-Kriterien festlegen, von denen das ausschreibungskonforme Angebot nicht abweichen darf. Somit ergeben sich in diesen Bereichen durchaus auch Anwendungsfälle für Alternativangebote. *Mathoi/Schwartz* sehen es sogar als „*unerlässlich, für die erfolgreiche Vergabe*“ an, Alternativangebote bei funktional beschriebenen Leistungen zuzulassen.²⁴¹

Da funktionale Leistungsbeschreibungen nur das Leistungsziel – und nicht den dorthin führenden Weg – vorgeben, ergibt sich auch weniger Raum die Mindestanforderungen für Alternativangebote festzulegen. Einerseits ergibt sich daraus eine große Variation der Alternativangebote, andererseits sind die Alternativangebote nicht immer gleich als solche erkennbar. Das Dilemma steckt hier in der Prüfung der Gleichwertigkeit: Gerade bei funktionalen Leistungsbeschreibungen ist der Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativen zum ausschreibungsgemäßen Angebot besonderes Augenmerk zu schenken, diese Vergleichbarkeit ist aber deshalb besonders schwierig, da die Mindestanforderungen (ebenso wie die Leistungsbeschreibung) nur funktional, nämlich mittels Zielvorgaben, beschrieben werden können.²⁴²

5.2.4 Chancen und Schwächen der funktionalen Ausschreibung

Da die Vergabe anhand des Billigstbieterprinzips gemäß § 79 Abs. 3 BVergG nur zulässig ist, soweit der Qualitätsstandard in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert werden kann, ist bei einer funktionalen Ausschreibungen (dessen Qualitätsstandard ja gerade nicht klar und eindeutig definiert ist) das Bestbieterprinzip anzuwenden.²⁴³ Bei funktionalen Ausschreibungen haben die Auftragnehmer umfangreiche Planungsleistungen zu erbringen, die als „geistige Dienstleistungen“ iS des § 2 Z 18 BVergG qualifiziert werden können, weshalb auch deshalb der Zuschlag anhand des Bestbieters gefordert ist, da die Billigstbietervergabe bei geistigen Dienstleistungen ausgeschlossen ist.²⁴⁴ Als Zuschlagskriterien sind neben den im Gesetz aufgezählten Merkmalen (Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität,

²⁴¹ Vgl. MATHOI, T.; SCHWARTZ, W.: Chancen und Gefahren der funktionalen Leistungsbeschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen im Hochbau. a.a.O. S. 55 f.

²⁴² Vgl. SCHWARZ, H.: Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. a.a.O. S.108.

²⁴³ Vgl. POCK, R.; SEHRSCHEIN, U.: Problematik der Vergleich- und Kalkulierbarkeit bei funktionalen Ausschreibungen. a.a.O. S. 30.

²⁴⁴ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 74.

Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist) bei funktionalen Ausschreibungen, insbesondere folgende Merkmale relevant: Lebenszykluskosten, Auswirkung auf die Projekt- bzw. Bauzeit, alternative technische bzw. organisatorische Herangehensweise, Steigerung der Benutzerfreundlichkeit.²⁴⁵ Die Beurteilung der Lebenszykluskosten kann dabei helfen, alle kostenrelevanten Faktoren mit einzubeziehen.²⁴⁶

Auch bei funktionalen Ausschreibungen sind im Vorhinein Mindestkriterien festzulegen, damit die Angebote miteinander vergleichbar sind.²⁴⁷ Ebenso bedarf es definierter Zuschlagskriterien zur späteren Auswahl des Bestbieters. Die sich daraus ergebenden Möglichkeiten aber auch Einschränkungen sind denen bei Alternativangeboten sehr ähnlich. Auch hier kann nicht ins Blaue hinein eine Ausschreibung gewählt werden, sondern der Auftraggeber hat sich vorher konkrete Gedanken über das zu realisierende Projekt und der Auswahl des besten Angebotes zu machen.

Da funktionale Ausschreibungen durch die Übertragung der Planungsleistung an den Auftragnehmer, diesem mehr Freiheiten hinsichtlich der Leistungserbringung gewähren, kann das spezielle Know-how des Bauunternehmers umfassender Berücksichtigung finden. Der Bauunternehmer kann seine Ideen im Zuge einer funktionalen Ausschreibung unabhängig von einem Alternativangebot einbringen. Die Risiken in Zusammenhang mit funktionalen Ausschreibungen ergeben sich aus der Übernahme des Mengen- und Vollständigkeitsrisikos für die Bieter, die auch für ihre fachliche Planung gerade stehen müssen.²⁴⁸ Dabei gilt, dass je früher in einem Planungsprozess die Einbindung der Auftragnehmer durch die Vergabe anhand einer funktionalen Ausschreibung erfolgt, desto größer gestalten sich auch die Möglichkeiten der Einbringung.

Gegenüber konstruktiven Ausschreibungen, die in Form eines Leistungsverzeichnisses ausgeschrieben sind, ergibt sich für funktionale Ausschreibungen der Vorteil, dass diese meist übersichtlicher formuliert sind, als ein umfangreiches, durch viele frei formulierte Positionen („Z“-Positionen) gebildetes Leistungsverzeichnis.²⁴⁹ Die Ausarbeitung einer funktionalen Ausschreibung bedeutet für die Bieter allerdings einen erheblichen Mehraufwand, da sie selbst Planungsleistungen erbringen müssen, die vom Auftraggeber unter Umständen besonders vergütet

²⁴⁵ Vgl. MATHOI, T.; SCHWARTZ, W.: Chancen und Gefahren der funktionalen Leistungsbeschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen im Hochbau. a.a.O. S. 55.

²⁴⁶ Vgl. ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionale Leistungsbeschreibung. a.a.O. S. 61.

²⁴⁷ Vgl. ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionale Leistungsbeschreibung. a.a.O. S. 60.

²⁴⁸ Vgl. GÖLLES, H.: Die unterschiedlichen Arten der Leistungserbringung (Teil II). a.a.O. S. 315.

²⁴⁹ TREUSCH, A.: functional use. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. S. 77.

werden müssen.²⁵⁰ Die Vergabe von Bauleistungen anhand funktionaler Ausschreibung befreit den Auftraggeber jedoch nicht von seiner Pflicht, den Leistungsgegenstand genau zu beschreiben, sondern der Auftraggeber ist in diesem Fall sogar besonders dazu aufgefordert, die Bauleistung exakt und detailliert zu beschreiben, was insbesondere im Bereich des Spezialtiefbaus durch die Beschreibung des Baugrundes eine besondere Relevanz erhält.²⁵¹ Ansonsten besteht für den Auftraggeber die Gefahr, dass er nicht das bekommt, was er sich im Zuge der Ausschreibung erwartet hat, sondern er muss das Ergebnis so hinnehmen, wenn dessen funktionaler Zweck erfüllt ist.²⁵²

Zu klären ist schlussendlich auch, wie mit den sogenannten Mischformen umgegangen wird, also mit Leistungsbeschreibungen, die sowohl konstruktive als auch funktionale Elemente aufweisen. In einem solchen Fall wird es darauf ankommen, ob die konstruktiven oder funktionalen Elemente überwiegen. Ist beispielsweise im Zuge eines konstruktiven Leistungsverzeichnisses eine einzelne Position (z.B. der Verbau zur Sicherung der Künette) funktional ausgeschrieben, so liegt insgesamt betrachtet eine konstruktive Leistungsbeschreibung vor.²⁵³ Diese Mischtypen können auch ganz gezielt von Auftraggebern eingesetzt werden. So kann beispielsweise als Basis einer Ausschreibung ein konstruktives Leistungsverzeichnis gewählt werden und in Bereichen, in denen Änderungsvorschläge von Bietern erwünscht sind, kann die Teilleistung funktional beschrieben werden. Somit können alternative Vorschläge seitens der Bieter an bestimmten Stellen vorgesehen werden, obwohl aufgrund des Überwiegens der konstruktiven Leistungsbeschreibung es zu keiner funktionalen Ausschreibung (und auch zu keinem Alternativangebot iS des BVergG) kommt.²⁵⁴

In der Praxis kommen funktionale Ausschreibungen in einem geringeren Ausmaß als konstruktive Ausschreibungen vor, da die Ausschreibung mit konstruktivem Leistungsverzeichnis am ehesten den Grundsätzen des BVergG entspricht.²⁵⁵ Nach einer Studie, die an der TU Wien durchgeführt wurde, spielen (echte) funktionale Ausschreibungen eine untergeordnete Rolle (wohl auch deswegen, da diese eine ca. dreifache Erhöhung des Aufwandes für die Bieter bedeuten), der positive Nebeneffekt davon ist, dass ein Bieter bei (echten) funktionalen Ausschreibungen statistisch gesehen jede dritte Ausschreibung (anstatt

²⁵⁰ Vgl. KROPIK, A.; GMOSER, M.: Der Einfluss funktionaler Leistungsbeschreibungen auf den Wettbewerb. In: ZVB, 2012/11. S. 36 (digital abgerufen über www.rdb.at am 20.09.2013, 15:08 Uhr).

²⁵¹ Vgl. HECK, D.: Funktionale Vertragsgestaltung im Spezialtiefbau. a.a.O. S. 71.

²⁵² Vgl. LECHNER, H.: Konstruktive und funktionale Vergabe aus Sicht des Vergebenden. In: Tagungsband Workshop "Funktionale Planung und Ausschreibung". S. 16.

²⁵³ Vgl. KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. a.a.O.

²⁵⁴ Siehe dazu Kapitel 5.4.

²⁵⁵ Vgl. KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. a.a.O.

jede siebente bei konstruktiver Ausschreibung) auch tatsächlich zuge-schlagen bekommt.²⁵⁶

5.3 Pauschalpreisvertrag

Die Vergütung von Bauleistungen erfolgt entweder anhand eines Einheitspreisvertrags oder eines Pauschal(preis)vertrags.²⁵⁷ Basis eines Einheitspreisvertrags ist ein vom Auftraggeber (bzw. von seinem beauftragten Planer) erstelltes detailliertes Leistungsverzeichnis mit im Vorhinein berechneten Mengenangaben.²⁵⁸ Die Bieter tragen dabei ihre kalkulierten Preise ein. Zur Verrechnung kommen die tatsächlich geleisteten Mengen. Im Unterschied dazu werden bei Pauschalverträgen nicht die tatsächlich geleisteten Mengen verrechnet, sondern eine vom Bieter abgeschätzte und angebotene Pauschalsumme. § 2 Z 26 lit e BVergG definiert den Pauschalpreis als „*der für eine Gesamtleistung oder Teilleistung in einem Betrag angegebene Preis.*“

Das entscheidende Merkmal eines Pauschal(preis)vertrags hat der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1968 derart zusammenfasst: „*Bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreisvereinbarung darf der Unternehmer keine Preiserhöhung fordern, auch wenn das Werk mehr Arbeit oder größere Auslagen erfordert als er vorhergesehen hatte. Er trägt die Gefahr der Mehrarbeit ebenso wie ihm der ganze Nutzen zufällt, wenn sich die Arbeit als billiger oder leichter herausstellt.*“²⁵⁹ Der Unterschied zu einem Kostenvoranschlag unter Garantie iS des § 1170a Abs. 1 ABGB besteht darin, dass bei einem (Unechten) Pauschalpreisvertrag nicht offen gelegt wird, wie der Pauschalpreis zustande kommt, während beim Kostenvoranschlag das Leistungsverzeichnis vom Bieter tatsächlich auch positionsweise ausgepreist wird.²⁶⁰

Bei den Pauschal(preis)verträgen unterscheidet man den Detailpauschalvertrag oder auch Unechter Pauschalpreisvertrag vom Globalpauschalvertrag oder auch Echter Pauschalpreisvertrag. Die deutsche Literatur²⁶¹ geht von den Begriffen Detail- und Globalpauschalvertrag

²⁵⁶ Vgl. KROPIK, A.; GMOSEK, M.: Der Einfluss funktionaler Leistungsbeschreibungen auf den Wettbewerb. a.a.O. S. 37.

²⁵⁷ Vgl. § 2 Z 26 lit d BVergG, der als Gesamtpreis die Summe der Positionspreise als Menge mal Einheitspreis oder Pauschale definiert. Tatsächlich besteht auch die Möglichkeit eines Mengengarantievertrages und eines (selbstständigen) Regiepreisvertrages, die hier aber nicht näher behandelt werden soll.

²⁵⁸ Vgl. BARGSTÄDT, H.; HAVERS, M.: Die Handschrift im Funktionalvertrag. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. S. 35.

²⁵⁹ Rechtssatz zu OGH 28.02.1968 6 Ob 18/68.

²⁶⁰ Vgl. KROPIK, A.; KRAMMER, P.: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag. S. 19.

²⁶¹ Vgl. KAPPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag - Band 2: Pauschalvertrag, 5. Auflage. S. 3 ff.

aus, während nach der österreichischen Terminologie²⁶² (eher) von Echten bzw. Unechten Pauschalpreisverträgen die Rede ist.

Dem Detailpauschalvertrag (Unechte Pauschalverträge) liegt, gleich wie Einheitspreisverträge, ein detailliertes Leistungsverzeichnis zugrunde.²⁶³ Das Leistungsverzeichnis wird im Unterschied zum Einheitspreisvertrag vom Bieter allerdings nicht mit Einheitspreisen je Position eingetragen, sondern es wird ein Pauschalpreis für die gesamte Leistung angeboten. Die Grundlage von Globalpauschalverträgen (Echten Pauschalverträgen) bilden demgegenüber funktionale Leistungsbeschreibungen. Der Auftraggeber legt dabei die Funktion, die das zu errichtende Objekt erfüllen soll fest, im Globalpauschalvertrag ist also neben den Mengen auch das konkrete Leistungs-Soll pauschaliert.²⁶⁴ Dem Auftragnehmer kommen im Zuge der Ausführung einerseits umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten zu, andererseits trägt dieser aber auch die damit einhergehenden Risiken, wie Schnittstellen- und Terminkoordinierung, Mengenberechnung und erweitertes Gewährleistungsrisiko.²⁶⁵

Die beiden Arten des Pauschalpreisvertrages unterscheiden sich demnach anhand ihrer Pauschalierung. Während bei Detailpauschalverträgen nur das Entgelt pauschaliert ist, haben Globalpauschalverträge eine Pauschalierung der Leistung zur Folge.²⁶⁶ Ein Unterscheidungsmerkmal bietet auch die vertragliche Vereinbarung über den Leistungsinhalt. Ist der Leistungsinhalt in Form eines Leistungsverzeichnisses definiert, handelt es sich um einen Detailpauschalvertrag, die Umschreibung des Leistungsinhaltes anhand einer Baubeschreibung lässt auf einen Globalpauschalvertrag schließen.²⁶⁷

In der folgenden Grafik sind die soeben beschriebenen Arten von Pauschalverträgen gegenübergestellt:²⁶⁸

²⁶² Vgl. KROPIK, A.; KRAMMER, P.: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag. S. 18 ff.

²⁶³ Vgl. KAPPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag - Band 2: Pauschalvertrag, 5. Auflage. S. 3.

²⁶⁴ Vgl. BARGSTÄDT, H.; HAVERS, M.: Die Handschrift im Funktionalvertrag. a.a.O. S. 37.

²⁶⁵ Vgl. BARGSTÄDT, H.; HAVERS, M.: Die Handschrift im Funktionalvertrag. a.a.O. S. 37.

²⁶⁶ Vgl. KARASEK, G.: Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis. In: ecolex 1991, 235 (digital abgerufen über www.rdb.at am 23.09.2013, 09:30 Uhr).

²⁶⁷ Vgl. KARASEK, G.: Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis. a.a.O.

²⁶⁸ Vgl. KAPPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag - Band 2: Pauschalvertrag, 5. Auflage. S. 139.

Detailpauschalvertrag	Globalpauschalvertrag
<ul style="list-style-type: none"> • konstruktive Leistungsbeschreibung • Menge und Preis sind pauschaliert • AN trägt Mengenrisiko 	<ul style="list-style-type: none"> • funktionale Leistungsbeschreibung • Menge, Preis und Leistung sind pauschaliert • AN trägt Vollständigkeitsrisiko

Abbildung 10 - Gegenüberstellung Detailpauschalvertrag Globalpauschalvertrag

Nach § 24 Abs. 4 BVergG darf zu Pauschalpreisen ausgeschrieben werden, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung sowie die Umstände der Leistungserbringung hinreichend genau bekannt sind und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist. Grundlage einer jeden Ausschreibung ist somit die exakt definierte Beschreibung des Leistungsumfangs. Dies gilt besonders auch bei Vergabe von Leistungen anhand eines Globalpauschalvertrages, in dem die Leistung ja gerade nicht anhand eines Leistungsverzeichnisses beschrieben wird. Wird der Leistungsumfang nämlich nur unpräzise festgelegt, besteht die Gefahr für den Auftraggeber, eine gänzlich andere Leistung zu erhalten, als gewünscht. Ist als Leistungsumfang nur die schlüsselfertige Herstellung eines Einfamilienhauses in Ziegelbauweise definiert, sind viele Ausführungsdetails unklar (Dach, Fenster, Raumaufteilung, Innenausstattung, Qualitäten und Quantitäten der eingesetzten Produkte) und der Bauherr wird mit ziemlicher Sicherheit nicht das bekommen, was er sich vorgestellt hat. Auf der anderen Seite führt ein detaillierter Leistungsumfang auch zu größeren Spielräumen hinsichtlich Leistungsänderungen und damit Mehrkostenforderungen.²⁶⁹

Da bei Detail- und Globalpauschalvertrag jeweils unterschiedliche Leistungsbeschreibungen die Grundlage bilden, ist auch das Bau-Soll bei beiden Verträgen unterschiedlich: Während das Bau-Soll beim Detailpauschalvertrag detailliert und (theoretisch) vollständig in Form eines konstruktiven Leistungsverzeichnisses beschrieben ist, kann das Bau-Soll beim Globalpauschalvertrag nicht in Einzelaufgaben, sondern nur als Ganzes beschrieben werden.²⁷⁰ Besonders bei (globalen) Pauschalverträgen muss vom Auftraggeber das Leistungsziel exakt in

²⁶⁹ Vgl. KARASEK, G.: Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis. a.a.O.

²⁷⁰ Vgl. KAPPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag - Band 2: Pauschalvertrag, 5. Auflage. S. 5 und 139.

den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Werkvertrag umschrieben werden, damit er genau das bekommt, was er sich vorgestellt hat.²⁷¹

Pauschalpreise können als feste oder als veränderliche Preise definiert sein (§ 24 Abs. 6 BVergG). Bei Vereinbarung auf feste Preise trägt der Auftragnehmer zusätzlich die Gefahr der Erhöhungen von Material- oder Lohnkosten (z.B. Steigung des Stahlpreises o.Ä.).

5.3.1 Pauschalpreisvertrag als Alternative

Pauschalpreisverträge auf Grundlage von konstruktiven Leistungsbeschreibungen haben zwar die Vergütung (bzw. die Menge), nicht aber die Leistung pauschaliert. Aus der konstruktiven Leistungsbeschreibung (mag sie anhand eines Leistungsverzeichnisses oder anhand einer anderen konstruktiven Leistungsbeschreibung beschrieben sein) lässt sich das Leistungsziel durch das detaillierte, in Teilleistungen gegliederte Bau-Soll derart nachvollziehen, dass Alternativen von Bietern innerhalb dieser konstruktiven Leistungsbeschreibung nur sehr begrenzt, nämlich in gleicher Weise wie bei Einheitspreisverträgen auf konstruktiver Basis, Berücksichtigung finden können. Anders stellt sich die Situation für Pauschalverträge auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung, bei der nicht nur die Vergütung (Menge) sondern auch die Leistung (also in welcher Art und Weise, mit welchem Bauverfahren, mit welchem Material und anhand welcher Rahmenbedingungen das Bauprojekt verwirklicht werden soll) pauschaliert ist.

Gegenüber Alternativangeboten besteht der Vorteil, dass alternative Lösungsvorschläge im Zuge von Pauschalverträgen unabhängig einer Bestbietervergabe möglich sind. Zwar muss die Ausschreibung, die zum Pauschalpreisvertrag führt, den Regeln des BVergG genügen (so sind funktionale Ausschreibungen nur bei Bestbietervergabe zulässig, konstruktive Ausschreibungen aber auch beim Billigstbieterprinzip), wurde der Bauauftrag jedoch an ein Bauunternehmen zugeschlagen und der Pauschalpreisvertrag abgeschlossen, können innerhalb dieses Vertrags alternative Lösungsvorschläge des Bauunternehmens in der pauschalierten Leistung verwirklicht werden. Beim Detailpauschalvertrag ist sowohl die Vergütung als auch die Menge mit der Pauschalsumme des Bauunternehmers pauschaliert. Wie der Pauschalpreis kalkuliert wurde, ist (obwohl ein konstruktives Leistungsverzeichnis die Grundlage bietet) Sache des einzelnen Bieters und muss von diesem nicht offengelegt werden. Ihm steht es beispielsweise frei, die Leistung nicht (exakt) nach der Leistungsbeschreibung zu kalkulieren, sondern seine alternativen Lösungen in die Angebotserstellung mit einfließen zu lassen,

²⁷¹ Vgl. KARASEK, G.: Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis. a.a.O.

in der Hoffnung, dass diese der Auftraggeber akzeptiert. Der Vorteil liegt im Idealfall in einem billigeren Angebotspreis. Das Risiko, dass sich hierbei für den Bauunternehmer ergibt, ist der Umstand, dass der Auftraggeber auf die Leistungserbringung gemäß dem konstruktiven Leistungsverzeichnis besteht.

5.3.2 Alternativangebote bei Pauschalvereinbarungen

Alternative Lösungsvorschläge der Bauunternehmer werden bei echten Pauschalpreisverträgen aufgrund der detaillierten Leistungsbeschreibung vorrangig durch Alternativangebote Berücksichtigung finden, die dann in gleicher Weise wie bei Einheitspreisverträgen zu behandeln sind. Bei Globalpauschalverträgen ergeben sich auf den ersten Blick nur wenige Möglichkeiten von Alternativangeboten. Die Leistungsbeschreibung bietet in den meisten Fällen genügend Handlungsspielräume für Bauunternehmer, ihre alternativen Ideen ohne Änderung des Leistungsvertrages einzubringen. Es ist allerdings zu beachten, dass, je präziser die Baubeschreibung ist, vermehrt alternative Vorschläge hinsichtlich Leistungserbringung in Form von Alternativangeboten iwS vorgebracht werden. Alternativangebote können demnach sowohl bei Detail-, als auch bei Globalpauschalverträgen vorkommen.

5.3.3 Chancen und Schwächen der Pauschalvereinbarung

Insbesondere bei (Bau-)Leistungen, die ein besonderes technisches Know-how erfordern, spielen funktionale Ausschreibungen in Verbindung mit Pauschalausschreibungen eine Rolle. Der Grund hierfür liegt unter anderem darin, dass durch die Art der Ausschreibung und Verrechnung das vom Bauunternehmer angewendete spezielle Verfahren in den Angebots- und Abrechnungsunterlagen nicht dargelegt werden muss und er sich seinen Wissensvorsprung (insbesondere gegenüber seinen Mitkonkurrenten) erhalten kann.

Der Unternehmer kann bei Globalpauschalverträgen (denen eine funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde liegt) sein innovatives Wissen umfangreicher einfließen lassen, da er an kein strenges Leistungsverzeichnis gebunden ist. Ihm kommt bei alternativen (besseren und kostengünstigeren) Lösungen auch der monetäre Vorteil zu Gute, denn er kann seinen Pauschalpreis zur Gänze verlangen. Der Bauunternehmer muss alternative Lösungen bei Pauschalverträgen nicht schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in Form von Alternativangeboten anbieten, sondern kann auch erst während der Bauarbeiten seine Leistungserbringung verändern und verbessern, soweit die Ausschreibung dies zulässt. Die Auftraggeber profitieren von alternativen Lösungsansätzen zwar nicht in finanzieller Hinsicht, müssen sie doch

grundsätzlich²⁷² den Pauschalpreis in unveränderter Form bezahlen, ziehen aber aus den unter Umständen rascheren und effizienteren Bauabläufen ihre Vorteile.

Nach *Kropik/Krammer* besteht bei Pauschalpreisverträgen mit funktionaler Ausschreibung das Risiko, dass einerseits der Auftragnehmer versucht, so günstig als möglich zu bauen und andererseits der Auftraggeber die vagen Formulierungen seiner funktionalen Leistungsbeschreibung für seine Zwecke ausnutzen will. Dem Auftraggeber kommt nämlich kein nachträgliches Weisungsrecht zu, das den Auftragnehmer verpflichtet könnte, die Leistung in einer bestimmten Art und Weise auszuführen.²⁷³

Für den Bauunternehmer liegen die Vorteile von Pauschalpreisverträgen darin, dass bei sorgfältiger Kalkulation Minderleistungen zu seinem Vorteil ausfallen, wobei zu beachten ist, dass bei Ausschreibung der Leistung „vernünftige“ (der Realität entsprechende) Preise angeboten werden, damit ein Bauauftrag überhaupt akquiriert werden kann. Auf der anderen Seite darf der Auftragnehmer keine Preiserhöhung fordern, auch wenn Mehrleistungen oder größere Auslagen zur Leistungserbringung erforderlich sind, als ursprünglich angenommen.²⁷⁴ Nachträgliche Anpassungen des Pauschalpreises können sich nur ausnahmsweise, z.B. bei Änderungswünschen des Auftraggebers, bei Irrtum oder bei Mehrleistungen, die in der Sphäre des Auftraggebers liegen (Nichterlangen einer Baubewilligung, Baugrundrisiko, etc.) ergeben.²⁷⁵

Hinsichtlich Vergütung und Rechnungsprüfung ergibt sich der Vorteil aus Pauschalpreisverträgen daraus, dass keine derart umfangreiche Ausmaßermittlung und Abrechnung sowie dazugehörige Rechnungsprüfung seitens Auftraggebers, wie bei Detailpauschalverträgen (und den unter Umständen beauftragten Alternativangeboten) notwendig ist.²⁷⁶

5.4 Möglichkeiten nach der LB-HB

Aus Praktikabilitätsgründen haben sich unterschiedliche Institutionen (zuständiges Bundesministerium, Forschungsgesellschaften, etc.) dazu entschieden, standardisierte Leistungsbeschreibungen zu entwickeln und den Anwendern zur Verfügung zu stellen. In Österreich existieren momentan vier unterschiedliche standardisierte Leistungsbeschreibungen, nämlich für den Hochbau (LB-HB), für die

²⁷² Zu den Möglichkeiten, die sich aus dem Value Engineering ergeben, siehe Kapitel 5.7.

²⁷³ Vgl. KROPIK, A.; KRAMMER, P.: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag. S. 20.

²⁷⁴ Vgl. Rechtssatz zu OGH 28.02.1968 6 Ob 18/68.

²⁷⁵ Vgl. KARASEK, G.: Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis. a.a.O.

²⁷⁶ Vgl. RÖSEL, W.; BUSCH, A.: AVA-Handbuch, 6. Auflage. S. 53.

Verkehrsinfrastruktur (LB-VI), für den Siedlungswasserbau (LB-SW) und für die Haustechnik (LB-HT). Die standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau wird vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend herausgegeben und ist auf deren Homepage abrufbar. Die LB-HB gliedert sich in 55 Leistungsgruppen (Stand: LB-HB Version 19). Die standardisierte Leistungsbeschreibung Verkehrsinfrastruktur ist erstmals im Jahre 2008 erschienen und kann über die Österreichische Forschungsgesellschaft Straße Schiene Verkehr bezogen werden.²⁷⁷

Standardisierte Leistungsbeschreibungen sind gemäß § 97 Abs. 2 BVergG von den öffentlichen Auftraggebern heranzuziehen, soweit solche für ein konkretes Bauprojekt vorliegen. In einzelnen Punkten kann der Auftraggeber abweichende Festlegungen (in Form von sogenannten Z-Positionen, also frei formulierten Positionen) treffen.

Die Vorteile von standardisierten Leistungsbeschreibungen stellen sich folgendermaßen dar: Die Verminderung des Risikos von mangelhaft formulierten bzw. fehlerhaften Positionen, die leichtere Vergleichbarkeit der Angebote aufseiten des Auftraggebers, die schnellere Bearbeitung des Leistungsverzeichnisses (Stichwort: automatische Datenverarbeitung), die exakte Abgrenzung von Nebenleistungen und die damit einhergehende Senkung des Vertragsrisikos aufseiten des Auftragnehmers. Ein positiver Effekt von standardisierten Leistungen, nämlich die Kosten- und Zeitersparnis bei der Bearbeitung des Angebots kann sich wiederum positiv auf die Qualität und Quantität von Alternativangeboten auswirken, hat doch der Bieter somit mehr Zeit und Kapazität sich alternative Lösungsvorschläge zu überlegen.²⁷⁸

Leistungsverzeichnisse geben im Allgemeinen die zu erbringende (Bau-) Leistung detailliert in Teilschritten an und bieten daher grundsätzlich wenig Möglichkeiten alternative Leistungserbringungen seitens der Bieter einfließen zu lassen. Diese müssen vorrangig in Form von Alternativangeboten vorgebracht werden. Aber auch die relativ starre Ausformulierung der standardisierten Leistungsverzeichnisse bietet Möglichkeiten für alternative Handlungsspielräume. Im Gegensatz zu Alternativangeboten iS des BVergG sind die Handlungsmöglichkeiten für die Bieter geringer (meistens beschränkt auf einzelne Positionen bzw. Leistungsgruppen) und können auch nicht unbeschränkt auf alle Bereiche angewendet werden, sondern sind nur bei Positionen möglich, die bestimmte Formulierungen beinhalten (z.B. „nach Wahl des Auftragnehmers“, „Verrechnungseinheiten“, etc.).

²⁷⁷ KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage. S. 71.

²⁷⁸ Vgl. HECK, D.; SCHLAGBAUER, D.: Vorlesungsskript zur LV-Nr. 218.451 Bauwirtschaftslehre VU. S. 197 f.

5.4.1 Positionstext „nach Wahl des Auftragnehmers“

In der LB-HB finden sich mehrere Positionen, die den Zusatz „nach Wahl des Auftragnehmers“ beinhalten, so beispielsweise:

Pos. 011302 *Bauzaun nach Wahl des Auftragnehmers, Zaunhöhe 1,5 bis 2,5 m über Terrain, einschließlich Türen oder Tore.*

Die konkrete Ausführung des Bauzauns (Material, Höhe, System, etc.) ist demnach vom Auftragnehmer selbst festzulegen. Verständlicherweise muss die vom Auftragnehmer eingesetzte Art des Bauzauns für die Anwendung geeignet sein, darf also nicht unterdimensioniert sein (einfacher Maschendrahtzaun) sollte aber aus Wirtschaftlichkeitsgründen auch nicht über das verfolgte Ziel hinausschießen (Betonwand).

Die in den standardisierten Leistungsbeschreibungen vorgesehenen Möglichkeiten („nach Wahl AN“, „nach statischen Erfordernissen“ und dgl.) können als funktionale Elemente in einer konstruktiven Leistungsbeschreibung (als sogenannter Mischtyp) angesehen werden.²⁷⁹ Auftraggeber können somit bewusst bestimmte Leistungen „offen“, nämlich funktional, beschreiben und somit die konkrete Ausführung der Leistung in den Dispositionsbereich der Auftragnehmer übertragen.

Zu hinterfragen ist in diesem Zusammenhang, was nach der LB-HB bzw. nach dem BVergG überhaupt „nach Wahl des Auftragnehmers“ ausgeschrieben werden kann. Beschränkt sich die Möglichkeit von Positionen „nach Wahl des Auftragnehmers“ auf die Positionsebene oder können sogar ganze Leistungs- bzw. Obergruppen derart ausgeschrieben werden?

Ein Blick in die LB-HB verrät, dass beispielsweise Fassadensysteme grundsätzlich „nach Wahl des Auftragnehmers“ ausgeschrieben werden können, ebenso das Verwerten bzw. Deponieren von Aushubmaterial und Baurestmassen, diverse Prüfverfahren, Sicherungsmaßnahmen im Erdbau (Pölung, Wasserhaltung, etc.) sowie diverse Materialanwendungen. Mit Positionen „nach Wahl des Auftragnehmers“ haben Auftraggeber die Möglichkeit, bestimmte Anwendungs- oder Materialfragen bewusst den Auftragnehmern zu überlassen, entweder, weil es nicht sinnvoll erscheint, ein bestimmtes System (ein bestimmtes Material) vorzugeben, da viele verschiedene (fast) gleichwertige Produkte am Markt vorliegen (Stichwort: Bauzaun) oder beim Auftraggeber das nötige Know-how fehlt, um ein bestimmtes System (ein bestimmtes Material) auszuschreiben (Stichwort: Wasserhaltung). Gerade bei technisch anspruchsvollen Aufgaben kann die Ausschreibung als Position „nach Wahl des Auftragnehmers“ dem Auftraggeber kosten- und zeitintensive Recherchen über die am Markt

²⁷⁹ Vgl. KROPIK. A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. a.a.O.

vorhandenen Ausführungsmöglichkeiten ersparen. Stattdessen kann er sich über die Ausschreibung geeignete Lösungsvorschläge von den potentiellen Auftragnehmern anbieten lassen. Vergibt man die Leistung anhand des Bestbieterprinzips und bewertet man die in der betreffenden Position gemachten Vorschläge mit einem Bewertungsschlüssel, so kann auch ausgeschlossen werden, dass bestimmte, unerwünschte Vorschläge von Bietern den Zuschlag aufgrund des billigsten Preises erhalten (müssen).

Die Bewertung der als eine Position „nach Wahl des Auftragnehmers“ angegebenen Handlungsvarianten stellt allerdings unter Umständen ein Problem dar, wenn dem Auftraggeber unklar ist, wie die eingereichten Handlungsalternativen zu bewerten sind. Die ausgeschriebenen und von den Bietern eingereichten Positionen müssen den Sinn und Zweck der Ausschreibung genügen. Eine „nach Wahl des Auftragnehmers“ ausgeschriebene Wasserhaltung muss die Baugrube trocken halten und auftretendes Meteorwasser ableiten, dies kann aber auf unterschiedliche Art und Weise bewerkstelligt werden. Jedenfalls müssen die Positionen „nach Wahl des Auftragnehmers“ den Regeln der Technik genügen, haben also anwendbare ÖNORMEN zu berücksichtigen und einzuhalten.

5.4.2 Regiepreise

Als Regiepreis versteht der österreichische Gesetzgeber einen „Preis für eine Einheit (z.B. Leistungsstunde oder Materialeinheit), welche nach tatsächlichem Aufwand abgerechnet wird“ (§ 2 Z 26 lit f BVerG). Die Vergabe zu Regiepreisen ist aber nach § 24 Abs. 5 BVerG nur dann zulässig, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung oder die Umstände der Leistungserbringung nicht genau erfassbar sind und somit die Vergabe zu Einheits- oder Pauschalpreisen nicht möglich ist.

Die ÖNORM B 2112 unterscheidet die angehängten Regieleistungen, die im Rahmen eines Einheits- oder Pauschalpreisvertrags abgeschlossen werden von den selbstständigen Regieleistungen, die unabhängig eines Werkvertrages, als sogenannter selbstständiger Regievertrag, vergeben werden.²⁸⁰ Der selbstständige Regievertrag beinhaltet die Gefahr für Auftragnehmer, dass der Auftraggeber stark in die Leistungserbringung eingreifen kann, ohne dass der Auftragnehmer nachträglich seine Regiepreise anpassen kann, da Art, Güte und Umfang der Leistung zum Zeitpunkt der Beauftragung noch nicht (exakt) feststehen bzw. die Umstände der Leistungserbringung nicht hinreichend genau geklärt werden konnten.²⁸¹

²⁸⁰ Vgl. LECHNER, H.: Vorlesungsskript zur LV-Nr. 218.461 Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung. S. 273.

²⁸¹ Vgl. HECK, D.; SCHLAGBAUER, D.: Vorlesungsskript zur LV-Nr. 218.451 Bauwirtschaftslehre VU. S. 142.

Regieleistungen bilden als angehängte Regieleistungen eigene Positionen in standardisierten Leistungsbeschreibungen – siehe dazu die Leistungsgruppe (LG) 20 „Regieleistungen“. Diese sind vom Auftraggeber im Einzelfall anzuordnen, auch wenn sie im Leistungsverzeichnis vorgesehen sind.²⁸² Demgegenüber werden selbstständige Regieleistungen dann vereinbart, wenn ein eigenständiges Leistungsziel erreicht werden soll, dessen Abrechnung nach tatsächlichem Verbrauch erfolgt.²⁸³

Mithilfe der Regieleistungen können unter Umständen alternative Leistungserbringungen vergütet werden, wenn nämlich Zusatzleistungen oder Leistungen, die anders ausgeschrieben waren, vom Auftragnehmer anders erbracht werden. Konkretes Beispiel wäre eine Leistung (z.B. die Montage von Konsolen auf der Außenwand eines Gebäudes), die in einer bestimmten Art und Weise ausgeschrieben war (z.B. wäre die Montage mittels Hebebühne vorgesehen gewesen), die aber stattdessen anders (z.B. durch ein temporäres Gerüst, Überkopfmontage oder durch Montage mithilfe von Fassadenkletterern) ausgeführt werden, egal ob dieser Umstand auf eine Alternative des Auftragnehmers oder auf andere Gründe fußt.

Wenn der Auftragnehmer eine alternative Lösung hinsichtlich Bauverfahren, Material, Leistungserbringung oder dgl. dem Auftraggeber anbietet und der Auftraggeber den alternativen Vorschlag annehmen will, so kann die Vergütung der Alternative über Regieleistungen erfolgen. Der Ausschreibungstext bzw. das Vergabe-LV muss für die Zwecke der Alternative nicht verändert werden, sondern anstatt der ausgeschrieben Positionen werden Regieleistungen abgerechnet. Somit könnte auch ein öffentlicher Auftraggeber alternative Vorschläge seitens des Auftragnehmers ausnützen, ohne gegen das BVergG zu verstoßen. Eine vorrangegangene Billigstbietervergabe steht ebenso wenig entgegen, wie das Nichtzulassen von Alternativangeboten in der Ausschreibungsphase. Ein vergaberechtliches Problem könnte sich aber daraus ergeben, dass bei „Umwandlung“ der einst ausgeschrieben Positionen in Regien ein nachträglicher Bietersturz stattfindet (der einst erstgereichte Best- bzw. Billigstbieter ist beispielsweise nach Abrechnung der Leistung in Regien deutlich teurer als der zweitgereichte Bieter).

Nachteilig ist allerdings, dass die Alternative erst im Zuge der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer Berücksichtigung findet, es muss also bereits eine vergaberechtskonforme Beauftragung des Auftragnehmers vorliegen. Mit der alternativen Leistungserbringung kann der Auftragnehmer somit im Stadium der Vergabe keinen Vorteil für sich

²⁸² Vgl. Pkt. 1 zu OG 20 Regieleistungen der LB-HB.

²⁸³ Vgl. KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, 2. Auflage, S. 63.

erwirken. Öffentliche Auftraggeber haben überdies zu beachten, dass bei Regieaufträgen, die besonders umfangreich sind (und damit die Schwellenwerte der Auftragssummen des BVergG erreichen), öffentlich ausgeschrieben werden muss.

Alternativen können aber auch in Form von selbstständigen Regieleistungen erbracht werden. So wäre es denkbar, dass ein Vertrag abgeschlossen wird, bei dem die Leistung auf Regie, also nach tatsächlichem Aufwand, abgerechnet wird. Der Auftragnehmer kann somit die Art und Weise der Leistungserbringung erst im Nachhinein festlegen, der Auftragnehmer kann wiederum in jedem Stadium der Ausführung seine alternativen Ideen einbringen. Nachteilig ist jedoch, dass die einmal fixierten Regiepreise nicht geändert werden können, was für den Auftragnehmer den Nachteil bringt, dass er seine Leistung nicht exakt kalkulieren kann und er somit einen bestimmten Risikozuschlag in seinen Regiepreis berücksichtigen muss, der dann vom Auftraggeber zu bezahlen ist.

5.4.3 Position mit Verrechnungseinheiten (VE)

In derselben Art und Weise, wie angehängte Regieleistungen in Form von eigenen Positionen in der LB-HB berücksichtigt werden (vgl. LG 20), können auch die bei Regieleistungen verwendeten Materialien in sogenannten Verrechnungseinheiten in der Ausschreibung vorgesehen werden.

Verrechnungseinheiten sind in der LB-HB beispielsweise in der folgenden Position vorgesehen:

Pos. 909051 *Materiallieferungen f.Regieleistungen*

Materiallieferungen für angeordnete Regieleistungen, für die keine gesonderten Regiepositionen ausgeschrieben wurden, werden mit einem prozentuellen Aufschlag (Gesamtzuschlag Material) auf die vom Auftragnehmer nachgewiesenen Materialkosten frei Bau (ohne Umsatzsteuer) abgerechnet (sinngemäß K4 nach ÖNORMB 2061).

Dabei wird als Verrechnungseinheit ein gewisser Betrag in Euro angegeben (z.B. 1 VE = 1 EURO). Der Bauunternehmer bietet einen Preisfaktor für die Vergütung seiner Materialien an, mit der er einen Subunternehmerzuschlag geltend machen kann (werden beispielsweise 100 VE ausgeschrieben und der Bieter gibt den Einheitspreis mit 1,13

Euro an, so wird jede Verrechnungseinheit mit einem Faktor von 13 % verrechnet).²⁸⁴

5.5 Externes und Internes Bau-SOLL

Am Anfang jedes Bauprozesses steht immer eine Idee, eine Vorstellung des Auftraggebers, was er gerne errichten lassen will – ein exakt definiertes Leistungsziel.²⁸⁵ Auf Basis dieses Leistungsziels wird das Bau-Soll definiert, also die Leistung, die laut Vertrag vom Auftragnehmer zu erbringen ist. Als Bau-Soll versteht man alle Leistungen des Auftragnehmers, die durch den Vertrag, bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden.²⁸⁶ Dabei zählt zum Bau-Soll sowohl die „*inhaltlich geschuldete Bauleistung*“ als auch „*die durch den Bauvertrag definierte Art und Weise, wie diese Leistung erreicht werden soll*“.²⁸⁷ Das Leistungsziel ist der aus dem Bauvertrag objektiv ableitbare, vom Auftraggeber angestrebte Erfolg der (Bau-)Leistung.²⁸⁸ Leistungsziel und Bau-Soll sind aber nicht immer ident. Insbesondere bei komplexen Aufgaben wird das Bau-Soll stärker vom Leistungsziel abweichen, als bei einfachen Bauaufgaben.²⁸⁹

Das Bau-Soll kann wiederum in ein externes und ein internes Bau-Soll unterteilt werden. Die im Bauvertrag beschriebenen Leistungen (Leistungsverzeichnis, Baubeschreibungen, Pläne etc.) sowie alle aus dem Vertrag ableitbaren Leistungen, die zur Zielerreichung notwendig sind, bilden das externe Bau-Soll. Der Auftragnehmer schuldet nämlich nicht nur die im Bauvertrag durch eine Leistungsbeschreibung definierte Leistung, sondern auch den Erfolg.²⁹⁰ Ergeben sich während der Ausführung Umstände, die eine Störung der Leistungserbringung iS des Pkt. 3.7.2 ÖNORM B 2110 darstellen (die also der Sphäre des Auftraggebers bzw. der neutralen Sphäre zuzuordnen sind), so sind diese Leistungsänderungen ebenfalls als Teil des externen Bau-Solls zu werten.²⁹¹

²⁸⁴ Vgl. LANG, C.: Die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1. 1. 2009 (Teil VII). In: ZVB 2011/10 (digital abgerufen über www.rdb.at am 04.09.2013, 10:20 Uhr) S. 37.

²⁸⁵ Vgl. GÖLLES, H.: Vom Leistungsziel zum Bau-Soll bei Bauverträgen. a.a.O. S. 472.

²⁸⁶ Vgl. Pkt. 3.8 ÖNORM B 2110.

²⁸⁷ KAPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag - Band 1: Einheitspreisvertrag, 6. Auflage. S. 39 f.

²⁸⁸ Vgl. Pkt. 3.9 ÖNORM B 2110.

²⁸⁹ Vgl. GÖLLES, H.: Vom Leistungsziel zum Bau-Soll bei Bauverträgen. a.a.O. S. 476.

²⁹⁰ Vgl. DUVE, H.: Bauwirtschaftliche Aspekte des Erfolges - externes und internes Bau-Soll. In: Tagungsband zum 4. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar: Die Schnittstelle zwischen Vergabe und Bauvertragswesen. S. 38.

²⁹¹ Vgl. DUVE, H.: Bauwirtschaftliche Aspekte des Erfolges – externes und internes Bau-Soll. a.a.O. S. 39 f.

Auf Basis der ausgeschriebenen Leistung, in Form von Leistungsverzeichnissen, Baubeschreibungen, Plänen, Gutachten und dgl., erfolgt eine Ausführungsplanung seitens Auftragnehmers in der er seine Arbeitsvorbereitung festlegt. Der sich daraus ergebende Handlungsspielraum bietet dem Auftragnehmer Platz für Alternativen. Soweit er sich nämlich innerhalb des Werkvertrages bewegt und dem externen Bau-Soll nicht widerspricht, kann er beliebig die Art der Leistungserbringung anpassen. Das so vom Auftragnehmer im Zuge seiner Arbeitsvorbereitung definierte Leistungs-Soll stellt das interne Bau-Soll dar. Das interne Bau-Soll ist das dem Auftragnehmer überlassene Wahlrecht über Art und Weise der Leistungserbringung, das bei „nicht beschriebenen (ausgeschriebenen)“ Leistungen ausgeübt werden kann (bzw. muss). Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich das externe Bau-Soll aus der Ausschreibung ergibt, während das interne Bau-Soll vom Auftragnehmer bestimmt wird.²⁹²

Da das interne Bau-Soll immer abhängig vom externen Bau-Soll ist und diesem nicht widersprechen darf, bestehen für Auftragnehmer größere Freiheiten, je allgemeiner das externe Bau-Soll definiert ist. Als Teil einer konstruktiven Leistungsbeschreibung kann die Position „Baugrubenverbau nach Wahl des Auftragnehmers“ dem Auftragnehmer eindeutig mehr Handlungsspielraum als eine exakt beschriebene Position „Baugrubenverbau aus ausgesteiften Spundwänden“ bieten. Hier stellt sich das externe Bau-Soll als Anforderung dar, die Baugrube zu verbauen. Wie dieser Baugrubenverbau konkret ausgeführt wird, kann der Auftragnehmer autonom festlegen. Die Möglichkeiten, die sich aus der Differenz zwischen externem und internem Bau-Soll ergeben, sind allerdings begrenzt. Nur dort, wo die Ausschreibung als solches „Lücken“ lässt, kann auch der interne Bauablauf vom Auftragnehmer selbst bestimmt werden.

Der Vorteil, der sich aus der Diskrepanz zwischen externem und internem Bau-Soll ergibt, besteht einerseits darin, dass sich die daraus resultierenden Alternativen innerhalb der ausschreibungskonformen Leistung bewegen, die Ausschreibung als solche somit nicht verändert wird, andererseits auch dadurch, dass im Zuge der Angebotsausarbeitung nur eine grobe Planung der Arbeitsvorbereitung beim Auftragnehmer durchgeführt wird, und die tatsächliche Feinplanung erst auf Basis des abgeschlossenen Bauvertrages (also in einem Zeitpunkt nach der Auftragsvergabe) geschieht.

²⁹² Vgl. DUVE, H.: Bauwirtschaftliche Aspekte des Erfolges – externes und internes Bau-Soll. a.a.O. S. 40 ff.

5.6 Der wettbewerbliche Dialog

Der wettbewerbliche Dialog wurde durch das Bundesvergabegesetz 2006 auf Grundlage der Vergabe-RL eingeführt und bildet seitdem eine weitere Möglichkeit, neben dem offenen und nicht offenen sowie dem Verhandlungsverfahren, Leistungen im Zuge des BVergG zu vergeben. Art 1 Abs. 11 lit c Vergabe-RL beschreibt den wettbewerblichen Dialog als *„ein Verfahren, bei dem sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechenden Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage (...) die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden“*. Praktisch hat sich die Möglichkeit der Vergabe von Leistungen anhand eines wettbewerblichen Dialogs aus dem Bereich der PPP-Modelle ergeben.²⁹³ Die Vergabe anhand eines wettbewerblichen Dialogs unterliegt jedoch besonderen Beschränkungen.

Gemäß § 34 BVergG kommt ein wettbewerblicher Dialog nur dann zur Anwendung, wenn es sich um *„besonders komplexe Aufträge“* handelt und die Vergabe im Wege eines offenen bzw. nicht offenen Verfahrens aus Sicht des Auftraggebers nicht möglich ist. Abs. 2 leg cit beschreibt einen besonders komplexen Auftrag als einen solchen, bei dem der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die technischen Spezifikationen iS des § 98 Abs. 2 BVergG, mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können, oder die rechtlichen bzw. finanziellen Konditionen des Vorhabens, anzugeben. Der wettbewerbliche Dialog verhält sich demnach subsidiär zu einem offenen bzw. nicht offenen Verfahren. Soweit ein offenes bzw. nicht offenes Verfahren möglich ist, ist dieses zu wählen. Der wettbewerbliche Dialog ist im Zuge einer Vergabe im Sektorenbereich nicht zulässig, da § 192 Abs. 1 BVergG den wettbewerblichen Dialog nicht als Vergabeart aufzählt.

Die Anwendung eines wettbewerblichen Dialogs steht sowohl unter einer subjektiven Komponente, nämlich dass nach Ansicht des Auftraggebers ein besonders komplexer Auftrag vorliegen muss, als auch unter einer objektiven Komponente, dass nämlich die technischen oder rechtlichen bzw. finanziellen Rahmenbedingungen nicht (exakt) angegeben werden können.²⁹⁴ Als Anwendungsbeispiel sieht die Vergabe-RL bedeutende integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetzwerke und Vorhaben mit komplexer und strukturierter Finanzierung an, deren finanzielle und rechtliche Konstruktion im Vorhinein nicht beschrieben

²⁹³ Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog - ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 479 f.

²⁹⁴ Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. a.a.O. S. 482 f.

werden kann.²⁹⁵ In einer Aufzählung von *Primig* gelten als „besonders komplexe Aufgaben“ Tunnelbauwerke in unerforschtem Gestein oder mit bislang unerforschter Länge, Brücken mit unerforschten Eigenschaften hinsichtlich Länge, Konstruktion oder Untergrund, sowie Hochbauprojekte, deren Konstruktionselemente unerforscht sind.²⁹⁶

Der Ablauf eines wettbewerblichen Dialogs ist in Österreich in den §§ 159 bis 162 BVerG geregelt. § 159 Abs. 2 BVerG stellt klar, dass im Wege eines wettbewerblichen Dialogs nur auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zugeschlagen werden darf. In der Bekanntmachung eines wettbewerblichen Dialogs sind sowohl die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers anzugeben, als auch der konkrete Ablauf des Verfahrens (so beispielsweise die Anzahl der Teilnehmer, Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien, Anzahl der Phasen, in der über die Vergabe entschieden wird, etc.).²⁹⁷ Ausgehend von der Bekanntmachung werden die potenziellen Auftragnehmer aufgefordert, Teilnehmeranträge zu erstellen, auf Basis dieser wiederum dann die tatsächliche Auswahl der Teilnehmer erfolgt.²⁹⁸ In der Dialogphase werden die Aspekte des Auftrags erörtert und versucht, für das konkrete Projekt die Lösung zu finden, mit der die Bedürfnisse des Auftraggebers am besten erfüllt werden können.²⁹⁹ Auf Basis dieser lösungsorientierten Ideenfindung werden die noch verbliebenen Teilnehmer daraufhin aufgefordert, ihre Angebote zu legen.³⁰⁰

5.6.1 Chancen und Schwächen des wettbewerblichen Dialogs

Der wettbewerbliche Dialog hat gegenüber den „klassischen“ Vergabearten des öffentlichen und nicht öffentlichen Verfahrens den Vorteil, dass der Vergabeprozess flexibler gestaltet und somit besser an ein konkretes Projekt angepasst werden kann. Weiters ist zu beachten, dass innovative Lösungen von den Bietern viel stärker in den gesamten Vergabeprozess einfließen können, da es Sinn und Zweck eines wettbewerblichen Dialogs ist, Projekte gemeinsam (mit Auftraggeber und Bieter) zu erarbeiten.³⁰¹ Dieser Umstand beinhaltet gleichzeitig aber auch die Gefahr, dass eine allfällige alternative Lösung von den Mitkonkurrenten aufgegriffen und in ihren Angeboten verwendet wird und sich somit für den „Erfinder“ kein Wettbewerbsvorteil aus seiner

²⁹⁵ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 31 der Vergabe-RL.

²⁹⁶ Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVerG. a.a.O. S. 484.

²⁹⁷ Vgl. § 160 Abs. 1 und 2 BVerG.

²⁹⁸ Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVerG. a.a.O. S. 486 f.

²⁹⁹ Vgl. § 161 Abs. 1 BVerG.

³⁰⁰ Vgl. § 162 Abs. 1 BVerG.

³⁰¹ Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVerG. a.a.O. S. 493 f.

Alternative ergibt. Ein Anreiz zu alternativen Lösungen kann und sollte deshalb über ein Prämiensystem für die angebotenen Vorschläge seitens der Teilnehmer verwirklicht werden.³⁰² Innovative Vorschläge der Teilnehmer werden so vom Auftraggeber unabhängig von einer Vergabe finanziell honoriert.

Die Teilnehmer an einem wettbewerblichen Dialog wissen über die konkreten Vorstellungen und Zielvorgaben des Auftraggebers Bescheid und können so das Angebot diesen Zielvorgaben anpassen und gemeinsam innovative Lösungsansätze diskutieren und anbieten. Ein alternativer Lösungsvorschlag kann von den Teilnehmern auch erst zu einem späteren Zeitpunkt im Projekt vorgeschlagen werden. Das wettbewerbliche Verfahren ist zwar an bestimmte Fristen innerhalb des BVergG gebunden.³⁰³ § 57 Abs. 1 BVergG bestimmt allerdings, dass die Teilnahme- und Angebotsfristen ebenso wie die Fristen zur Ausarbeitung von Lösungen im wettbewerblichen Dialog so zu bemessen sind, dass den Teilnehmern hinreichend Zeit zur Entscheidung und Erstellung der Teilnahmeanträge, Angebote und Lösungen verbleibt. Eine allfällige verlängerte Angebots- und Teilnahmefrist im Zuge des wettbewerblichen Dialogs ist hinsichtlich der relativ kurzen Bearbeitungszeit von Alternativangeboten als Vorteil gegenüber den „klassischen“ Alternativangeboten zu bewerten.

Der Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs ist jedoch mit der Einschränkung auf „besonders komplexe Aufträge“ sehr eingeschränkt. Als echte Alternative zu einem Alternativangebot eignet sich der wettbewerbliche Dialog deshalb nur für Projekte, die nach der Definition des § 34 BVergG als besonders komplex einzustufen sind.

5.7 Value-Engineering

Der Begriff des Value Engineerings bezeichnet in der allgemeinen Betriebswirtschaftslehre eine „Wertanalyse im Hinblick auf ein in der Entwicklung befindliches Produkt mit dem Ziel der Kostenvermeidung“.³⁰⁴ Im Bauwesen wird mithilfe des Value Engineering eine Kostenreduktion und Leistungsverbesserung der auszuführenden Leistung damit erreicht, dass nach Vertragsschluss alternative Ausführungsvorschläge durch den Auftragnehmer angeboten werden.³⁰⁵

³⁰² Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. a.a.O. S. 493.

³⁰³ So ist beispielsweise gemäß § 59 BVergG die Teilnahmefrist an einem wettbewerblichen Dialog im OSB (gleich wie auch für ein nicht offenes und ein Verhandlungsverfahren) mit 37 Tagen vorgegeben, im USB mit 14 Tagen (§ 64 BVergG).

³⁰⁴ GABLER WIRTSCHAFTSLEXIKON: Bd. 4. SP-Z, 14. Auflage. S. 3990.

³⁰⁵ Vgl. LEIBER, G.: Value Engineering - die Alternative zur Alternative. In: Tagungsband zum 2. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar - Spezielle Probleme des Bauvertrages und die ÖNORM B 2110. S. 210.

Pkt. 3.17 der ÖNORM B 2118 bezeichnet als Value Engineering ein „Verfahren zur Behandlung alternativer Ausführungsvorschläge des Auftragnehmers nach Vertragsabschluss“.

Von einem Alternativangebot unterscheidet sich das System des Value Engineerings vorrangig dadurch, dass die Alternative erst nach Vertragsabschluss (also erst nach einem allenfalls durchgeführten Vergabeverfahren inklusive Zuschlag an den Best- bzw. Billigstbieter) aufgegriffen wird. Allerdings sind nicht alle Änderungen nach Vertragsabschluss als Value Engineering zu werten, sondern nur jene Alternativen, die vom Auftragnehmer entwickelt wurden. Wurde die Alternative nämlich vom Auftraggeber selbst bzw. seinem Planer oder eines anderen Erfüllungsgehilfen vorgeschlagen, so sind die monetären Folgen durch das Leistungsänderungsrecht der ÖNORM B 2110 bzw. B 2118 abzuwickeln.³⁰⁶ Das bedeutet, dass für die geänderte Leistung eine Mehrkostenforderung aufzustellen ist, die dann anstatt der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses zur Abrechnung gelangt.

Das Value Engineering muss einen verbesserten Bauablauf (wegen Einsparung an Kosten, Produktionsmitteln, Bauzeit etc.) aufgrund eines nachträglichen Alternativvorschlags seitens des Auftragnehmers beinhalten. Dabei muss als Ganzes eine Win-win-Situation entstehen, sodass auch der Auftraggeber von der alternativen Leistungsabwicklung Vorteile genießt. Der alternative Leistungsvorschlag muss zumindest gleichwertig mit der laut Werkvertrag bedungenen Leistung sein.³⁰⁷

5.7.1 Voraussetzungen

Hinsichtlich formalen und inhaltlichen Anforderungen an alternative Leistungsvorschläge im Zuge des Value Engineerings ist zu sagen, dass keine gesetzlichen bzw. in Normen enthaltenen Vorgaben bestehen (sieht man von Anhang A der ÖNORM B 2118 einmal ab, der rein informativen Charakter aufweist), da die Alternative nach Vertragsabschluss, also in einem Stadium in dem bereits ein gültiger Vertrag zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber besteht, vorgeschlagen wird. Die Grenzen sind somit an den allgemeinen privatrechtlichen Normen abzulesen. Sinnvollerweise – und in Entsprechung des ungeschriebenen Grundsatzes der Baubranche „Wer schreibt, der bleibt!“ – sollte der Auftragnehmer seinen alternativen Leistungsvorschlag ausreichend in schriftlicher Form dokumentieren und dem Auftraggeber bzw. Planer nachweislich und zeitgerecht übermitteln. Die nachträgliche Alternative sollte, um Missverständnisse vorzubeugen und zu Informations- und

³⁰⁶ Vgl. LEIBER, G.: Value Engineering – die Alternative zur Alternative. a.a.O. S. 210.

³⁰⁷ Vgl. LEIBER, G.: Value Engineering – die Alternative zur Alternative. a.a.O. S. 212.

Beweiszwecken, alle Schritte beinhalten, die zur Ausformulierung des alternativen Leistungsvorschlages geführt haben (Protokolle über Planungs- und Ausführungsbesprechungen, sämtlicher Schriftverkehr, etc.). Auch der alternative Leistungsvorschlag als solcher sollte vom Auftragnehmer nachvollziehbar und in prüffähiger Form für den Auftraggeber, inklusive der dadurch ersparten Potentiale (Bauzeitplan, Einsparungen an Arbeitern, Material, Maschinen und die sich daraus ableitende Kostenreduktion für den Bauherrn) vorgelegt werden.

Ob ein alternativer Leistungsvorschlag im Zuge des Value Engineering zur Ausführung kommt, entscheidet der Auftraggeber. Ohne verbindliche Zusage der Alternative hat sich der Auftragnehmer an den originären Werkvertrag zu halten. Soll eine nachträgliche Alternative erfolgreich zur Ausführung kommen, ist insbesondere der zeitliche Rahmen zu beachten. Die Übermittlung des alternativen Leistungsvorschlags an den Auftraggeber hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass genügend Zeit für die umfassende Prüfung der Alternative, deren Zustimmung und Beauftragung sowie etwaiger Verhandlungen und Vorlaufzeit zur tatsächlichen Leistungsausführung (inkl. Einarbeitung in die Planung) bleibt. Besonders vorteilhaft erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass sich die Vertragspartner in einem frühen Stadium über die Rahmenbedingung (Vergütung, Risikoaufteilung, etc.) einig werden.³⁰⁸

Der Vergütung ist im Zuge der Ausverhandlung eines Value Engineering besonderes Augenmerk zu schenken. Da keine gesetzlichen Vorgaben bestehen und das Vergaberecht nicht anwendbar ist (das Vergabeverfahren und somit die Anwendbarkeit des BVergG endet mit Zuschlag), liegt es in der freien Disposition der Vertragsparteien, wie der „Gewinn“ aus einem alternativen Leistungsvorschlag aufgeteilt werden soll. Als Richtwert sieht Anhang A zur ÖNORM B 2118 eine Aufteilung 50:50 vor. Eine Aufteilung, in der beide Vertragspartner 50% der Ersparnis erhalten, wird dort umsetzbar sein, wo beide Vertragspartner annähernd gleich starke Verhandlungspositionen besitzen. Sind vom Auftragnehmer allerdings in der Ur-Kalkulation Kalkulationsirrtümer vorhanden, so müssen diese bei der Vergütung berücksichtigt werden. Ansonsten könnte dem Auftragnehmer unterstellt werden bei der Angebotsabgabe absichtlich falsch (billiger) kalkuliert zu haben, um den Zuschlag zu erhalten, gleichzeitig jedoch bereits beabsichtigt hat sich diesen monetären Nachteil durch Value Engineering wieder zurück-zuholen. Dies würde nachträglich zu einer Wettbewerbsverfälschung führen.³⁰⁹

³⁰⁸ Vgl. LEIBER, G.: Value Engineering – die Alternative zur Alternative. a.a.O. S. 212.

³⁰⁹ Vgl. LEIBER, G.: Value Engineering – die Alternative zur Alternative. a.a.O. S. 215.

5.7.2 Chancen und Schwächen des Value Engineering

Der Begriff des Value Engineering stellt keinen Rechtsbegriff dar.³¹⁰ Das System des Value Engineerings ist als solches nicht gesetzlich geregelt. Dies bietet einerseits den Vorteil, fernab allfälliger Gesetze und Normen für das gegenständliche Bauvorhaben individuelle Lösungen auszuverhandeln und so besser auf die konkreten Erfordernisse eingehen zu können. Andererseits bestehen für die Ausgestaltung von „Value Engineering-Lösungen“ keine Grenzen, was unter Umständen die Gefahr unlauterer Geschäftspraktiken (Ausnutzen der Machtstellung gegenüber dem schwächeren Vertragspartner, Umgehung des Vergabegesetzes, Umgehung des Billigstbieterprinzips, etc.) schürt.

Ein Vorteil des Value Engineering gegenüber dem „klassischen“ Alternativangebot besteht darin, dass Alternativen unabhängig von Zuschlagskriterien (nicht nur bei Vergabe des Bestbieterprinzips) und anderen durch das BVergG normierten Voraussetzungen für Alternativangebote (Mindestanforderungen, formale und inhaltliche Voraussetzungen, etc.) zur Ausführung gelangen können. Dem Auftragnehmer bietet sich so die Möglichkeit, alternative Lösungsansätze bei Vergabeverfahren einzubringen, bei denen Alternativangebote ausgeschlossen sind. Weiters ist auch zu beachten, dass der Zeitraum für Erarbeitung und Einreichung des Alternativangebots im Zuge des Value Engineering sowie dessen Prüfung und Nachverhandlung keinen Fristen – insbesondere nicht der kurzen Fristen des BVergG – unterliegen.

Der große Nachteil des Value Engineering gegenüber Alternativangeboten besteht sicherlich im Umstand, dass zuerst ein (Bau-)Auftrag akquiriert werden muss, um überhaupt erst Alternativen vorschlagen zu können. Dies ist vor allem für den Auftraggeber deshalb nachteilig, da der monetäre Vorteil aus der Alternative an ihn im Zuge der Vergabe der Bauleistung nicht weitergegeben werden kann.³¹¹

Es bleibt schlussendlich auch die Frage, ob Value Engineering bei Verträgen mit Pauschalpreisen anwendbar ist. Die Pauschale liegt nämlich in der Disposition des Auftragnehmers, der Auftraggeber hat grundsätzlich die Pauschale als solche zu vergüten, sodass der Vorteil einer alternativen Leistungsabwicklung allein dem Auftragnehmer zufällt.³¹² Zu unterscheiden ist hierbei der Detailpauschalvertrag, dem ein konstruktives Leistungsverzeichnis zugrunde liegt, und der Globalpauschalvertrag, dessen Grundlage eine funktionale Leistungsbeschreibung bildet. Value Engineering liegt nur dann vor, wenn tatsächlich von der Leistungsbeschreibung (bzw. zumindest von der

³¹⁰ Vgl. OGH 14.02.2012, 2 Ob 222/11b.

³¹¹ Vgl. LEIBER, G.: Value Engineering – die Alternative zur Alternative. a.a.O. S. 209.

³¹² Siehe dazu schon oben Kapitel 5.3.

Ausschreibung an sich) abgewichen wird. Dementsprechend wird bei Vorliegen eines konstruktiven Leistungsverzeichnisses eher ein Abgehen von der pauschalierten Leistung stattfinden, wo dann auch das System des Value Engineering angewendet werden kann. Aber auch ein Abweichen von funktionalen Beschreibungen ist möglich und daher auch anhand des Value Engineerings steuerbar.

Insgesamt betrachtet, kann bei positiver Abwicklung eines Value Engineerings, bei dem alle Vertragsparteien einen Gewinn aus der alternativen Leistungsausführung lukrieren, das System des Value Engineerings als akzeptable Alternative zu den „klassischen“ Alternativangeboten gesehen werden.

5.7.3 Empfohlene vertragliche Regelungen

In Anhang A zur ON B 2118 sind Vorschläge für Kosten mindernde Leistungsänderungen angeführt, die rein informativen Charakter haben und somit nicht automatisch zum Vertragsinhalt werden, auch wenn die Anwendung der ON B 2118 vereinbart wurde.³¹³ Wurde ein Value Engineering vereinbart, sollen nach Möglichkeit in den Vertragsunterlagen folgende Regelungen bezüglich Folgen der Leistungsabweichung getroffen werden:

Die ON B 2118 stellt ausdrücklich klar, dass das Value Engineering – also ein nachträgliches Abgehen vom Werkvertrag in Form einer Leistungsabweichung vom Auftraggeber ausdrücklich beauftragt werden muss.³¹⁴ Nach Anhang A sollten diese, sich aus den Änderungsvorschlägen des Auftragnehmers ergebenden Leistungsabweichungen, vom Auftraggeber im Vorhinein schriftlich beauftragt werden. Für eine solche Beauftragung müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Die technische Gleichwertigkeit zum festgelegten Leistungsumfang (Bau-Soll) muss gewährleistet sein.
- Vorteilhaft ist auch eine vom Auftragnehmer erarbeitete Darstellung der Auswirkungen der Leistungsabweichung auf Sicherheit, Qualität, Dauerhaftigkeit, Lebenszykluskosten, Bescheidlage, Nachbarbaulose, Bauzeit und Risiko sowie sonstige Folgekosten.
- Als Basis des Value Engineerings soll ein verbindliches Angebot auf Preisbasis, Preiskomponenten und Mengen- sowie Leistungsansätze des Werkvertrages dienen, dass die

³¹³ Vgl. LANG, C.: Die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1. 3. 2011 – das unbekannte (Bauvertrags-)Wesen (Teil II). In: ZVB 2011/64 (digital abgerufen über www.rdb.at am 23.09.2013, 08:30 Uhr) S. 257.

³¹⁴ Vgl. LANG, C.: Die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1. 3. 2011 – das unbekannte (Bauvertrags-)Wesen (Teil II). a.a.O. S. 257.

entstandenen Kostenersparnisse aufgrund der Leistungsabweichung sowohl seitens des Auftragnehmers als auch des Auftraggebers berücksichtigt.

- Es sollten verbindliche Termine für eine Entscheidung des Auftraggebers festgelegt werden.

Bei erfolgter Auftragserteilung eines Value Engineerings sollten darüber hinaus auch Vereinbarungen bezüglich Übernahme sämtlicher mit der Änderung verbundenen erhöhten Risiken, garantierte Angebotssumme oder die Festlegung von Pauschalen, Durchführung allfälliger zusätzlicher Behördenverfahren und der Aufteilung der Kostenersparnis aufgrund der Leistungsänderung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber getroffen werden.

5.8 Mehrfachbeteiligungen von Bietern

Als Mehrfachbeteiligung ist die Teilnahme eines Bieters an einer Vergabe von (Bau-)Leistungen auf mehrere verschiedene Wege gemeint. So kann ein Bieter unmittelbar durch die Abgabe eines Haupt- und eines Alternativangebotes als auch mittelbar durch die Beteiligung in Form eines Subunternehmers an der Vergabe teilnehmen.³¹⁵ Inwieweit die Möglichkeit einer Mehrfachbeteiligung als Alternative von den Unternehmern benutzt werden kann, um innovative Lösungsvorschläge einzubringen, ist anhand dessen zu beurteilen, ob sich für den Bieter ein Wettbewerbsvorteil aus der Mehrfachbeteiligung ergibt und somit gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen wird.

Gibt ein Bieter jeweils ein Hauptangebot und ein Alternativangebot ab, so ist er mit beiden Angeboten im Vergabeverfahren beteiligt. Dem steht vergaberechtlich nichts entgegen, da das BVerG die Möglichkeit von Alternativangeboten ausdrücklich vorsieht. Jedenfalls müssen beide Angebote, den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen und dürfen den Verdingungsunterlagen in Form von Leistungsverzeichnissen, Plänen, Baubeschreibungen, etc. nicht widersprechen.

In einem Fall, der vom BVA entschieden wurde, gab der Bieter zwei Angebote ab, nämlich ein ausschreibungskonformes Hauptangebot und ein von ihm bezeichnetes „Alternativangebot A“. Das Alternativangebot unterschied sich vom Hauptangebot jedoch lediglich durch den Angebotspreis, ansonsten waren die beiden Angebote (hinsichtlich technischer Lösung, rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, etc.) ident. Das BVA urteilte, unter Verweis auf deutsche Judikatur und Literatur, dass kein Alternativangebot vorliegt, sondern

³¹⁵ Vgl. GÖLLES, H.: Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht? In: ZVB 2005/77 (digital abgerufen über www.rdb.at am 23.09.2013, 08:30 Uhr).

dass es sich um zwei idente (ausschreibungskonforme) Hauptangebote handelt, die sich ausschließlich durch den Angebotspreis unterscheiden. Dies wurde vom BVA als Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip gewertet und es schloss daher beide Angebote vom weiteren Vergabeverfahren aus.³¹⁶

Die Teilnahme eines Bieters durch Legung mehrere Hauptangebote ist nach Ansicht des BVA nicht zulässig, wenn der Zuschlag anhand des Billigstbieterprinzips erfolgt und Alternativangebote iwS ausgeschlossen sind. Legt der Bieter nämlich zwei Hauptangebote, stellt sich die Frage, mit welchem Angebot bzw. Angebotspreis er sich am Vergabeverfahren beteiligen will. Da das Billigstbieterprinzip gilt, würde bei Zulassung beider Hauptangebote die Gefahr bestehen, dass der Bieter sein billigeres Angebot zurückzieht, soweit sich bei Angebotsöffnung herausstellt, dass sein anderes Angebot billiger als die Konkurrenzangebote ist.³¹⁷

Die Legung zweier Hauptangebote muss aber nicht unbedingt zum Ausschluss führen. Das BVA entschied in einer Rechtsache, dass das „Anbieten zweier, der Ausschreibung jeweils entsprechender Leistungen durch einen bietenden Unternehmer (...) nach dem BVergG 2006, (...) nicht verboten [ist].“³¹⁸ Im gegenständlichen Fall war die Lieferung von Videokommunikationssystemen mit der Option „Konferenzfähigkeit“ des Systems als Soll- und nicht als Muss-Kriterium ausgeschrieben. Der Zuschlag sollte an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gehen. Der Bieter reichte zwei (Haupt-)Angebote über ein Kommunikationssystem ein, einmal mit Konferenzfähigkeit und einmal ohne. Da die Konferenzfähigkeit kein Muss-Kriterium darstellte, wurden durch das Anbieten beider Angebote die Ausschreibungsbedingungen nicht verletzt und deshalb beide Angebote zugelassen.³¹⁹

Dass die Legung von mehreren (Haupt-)Angeboten nicht von vornherein unzulässig wäre, lässt sich auch mit § 129 BVergG argumentieren, der keinen Ausschließungsgrund aufzählt, der das Vorliegen mehrere Hauptangebote mit dem Ausschluss sanktioniert.³²⁰ Voraussetzung ist allerdings, dass alle abgegebenen Hauptangebote den Ausschreibungsbedingungen entsprechen und sich nicht nur aufgrund des Angebotspreises unterscheiden. Auch nach deutscher Judikatur ist die Legung mehrerer Hauptangebote zulässig, soweit sich die ausschreibungskonformen Hauptangebote zumindest in technischer

³¹⁶ Vgl. BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39 = GÖLLES, H.: Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht? a.a.O.

³¹⁷ Vgl. BVA 14.05.2007, N/0034-BVA/10/2007-046 mwN.

³¹⁸ BVA 09.05.2007, N/0029-BVA/06/2007-112.

³¹⁹ Vgl. BVA 09.05.2007, N/0029-BVA/06/2007-112.

³²⁰ Vgl. GRASBÖCK, R.; GRUBER, T.: Kein per-se-Ausscheiden wegen eines zweiten Angebots. In: ZVB 2012/84 (digital abgerufen über www.rdb.at am 23.09.2013, 08:33 Uhr) S. 287.

Hinsicht unterscheiden, eine etwaige falsche Bezeichnung (im gegenständlichen Fall die Bezeichnung als „Nebenangebot“) schadet nicht.³²¹

Hinsichtlich mittelbarer Mehrfachbeteiligung besteht in der Judikatur die Meinung, dass die gleichzeitige Beteiligung eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften ebenso unzulässig ist, wie auch die Legung eines Angebots als Einzelbieter und gleichzeitig die Beteiligung an einer Bietergemeinschaft, soweit diese Mehrfachbeteiligung als Wettbewerbswidrigkeit zu qualifizieren ist.³²² In einem solchen Fall besteht nämlich die Gefahr, dass sich ein Bieter durch wettbewerbswidrige Abreden einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschafft, was nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG zum Ausschluss der betreffenden Angebote führt. Ob eine solche Wettbewerbswidrigkeit vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen.³²³

5.8.1 Mehrfachbeteiligung als Alternative

Die mittelbare Mehrfachbeteiligung an einer Ausschreibung in Form eines Einzelangebots und einer Bietergemeinschaft bzw. mehrere Angebote verschiedener Bietergemeinschaften ist hinsichtlich der Rechtsprechung nicht empfehlenswert, da die Beurteilung, ob durch die Mehrfachbeteiligung die Grundsätze des Vergabeverfahrens (insbesondere hinsichtlich eines möglichen Wettbewerbsvorteils aufgrund wettbewerbswidriger Abreden) verletzt wurden einer Einzelfallbetrachtung unterliegt. Die mittelbare Mehrfachbeteiligung eignet sich daher nicht als Alternative zu Alternativangeboten.

Die Legung mehrerer Hauptangebote ist jedenfalls nur dann empfehlenswert, wenn die Vergabe an den Bestbieter erfolgt. Das Kriterium des Bestbieters ist auch bei Alternativangeboten ieS vorgeschrieben, weshalb sich hier ein Vorteil für die Legung mehrerer Hauptangebote nur dann ergeben könnte, wenn zwar das Bestbieterprinzip gewählt wurde, Alternativangebote iwS jedoch vom Auftraggeber ausgeschlossen wurden. Die Mehrfachbeteiligung eines Bieters durch Abgabe mehrerer (Haupt-)Angebote ist aber nur zulässig, soweit dies die Ausschreibung zulässt. Innerhalb der Ausschreibungsbedingungen müssen somit Handlungsräume für die Bieter offen sein, sodass zumindest zwei sich unterscheidende, jedoch ausschreibungskonforme Hauptangebote bilden lassen. Da konstruktive Leistungsbeschreibungen das Bau-Soll und den Weg zu dessen Erfüllung exakter vorgeben, wird

³²¹ OLG Düsseldorf 09.03.2011, Verg 52/10.

³²² Vgl. GÖLLES, H.: Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht? a.a.O.

³²³ Vgl. GÖLLES, H.: Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht? a.a.O.

der Anwendungsbereich der Abgabe mehrerer Hauptangebote vorwiegend bei funktionalen Ausschreibungen liegen sowie auch aus dem Umstand heraus, dass funktionale Ausschreibungen zwingend anhand des Bestbieterprinzips zu vergeben sind. Funktionale Leistungsbeschreibungen geben im Allgemeinen nur die Zielvorgaben vor, lassen den Weg zur Zielerreichung aber offen, sodass unter Umständen mehrere ausschreibungskonforme Angebote abgegeben werden können. Wichtig ist allerdings, dass sich die Angebote inhaltlich und nicht nur anhand des Preises unterscheiden.

Hinsichtlich Bestbieterprinzip, Bearbeitungszeit und Verhandlungsverbot unterscheidet sich die unmittelbare Mehrfachbeteiligung in Form der Legung mehrerer Hauptangebote nicht von den Erfordernissen für Alternativangebote. Zwar sind für die Legung mehrerer Hauptangebote keine Mindestkriterien aufzustellen und keine Gleichwertigkeit nachzuweisen, die Beschränkung der unmittelbaren Mehrfachbeteiligung ergibt sich aber aus dem eröffneten Spielraum der Ausschreibung.

6 Conclusio

Beabsichtigt ein Auftraggeber ein Bauprojekt auszuschreiben, stellt sich zuerst die Frage, wie er die Leistung ausschreiben will und ob er dabei Alternativangebote oder Abänderungsangebote bzw. Variantenangebote zulassen will. Dies wird einerseits davon abhängig sein, welches Bauprojekt verwirklicht werden soll und andererseits auch, ob Alternativen den Bedürfnissen des Auftraggebers gerecht werden. Soll beispielsweise ein standardisierter Hochbau in Form eines einfachen, kostengünstigen Betriebsgebäudes errichtet werden, so sind Alternativen bei der Ausschreibung von vornherein weniger sinnvoll, da der Auftraggeber eine klare Vorstellung vom Projekt hat und die verwendeten (standardisierten) Leistungsbeschreibungen die Leistungserbringung detailliert vorgeben. Soll aber ein technisch anspruchsvolles Projekt (insbesondere im Tiefbau) realisiert werden, sind Alternativangebote grundsätzlich sinnvoller, da es gerade im Spezialtiefbau oft mehrere Bauverfahren gibt, bei denen sich erst bei Abwägung aller Rahmenbedingungen das wirtschaftlich günstigste Angebot, für die speziellen Herausforderungen gerade bei diesem Bauvorhaben, herausstellt.

Was spricht also für die Zulassung von Alternativangeboten bzw. was spricht dagegen?

Auch auf der Prämisse aufbauend, dass Auftraggeber bzw. die beauftragten Planer die Ausschreibung sorgfältig, wohlüberlegt, unter Einbeziehung aller am Markt vorhandenen Möglichkeiten und zeitintensiv über einige Monate zusammengestellt haben, haben die Bieter oftmals einen Wissensvorsprung hinsichtlich neuer Technologien oder der vorhandenen Rahmenbedingungen auf einem bestimmten Baufeld. Dieser Wissensvorsprung kann von den Auftraggebern bzw. Planern oftmals nicht kompensiert werden, insbesondere bei Ausschreibungen, die zeitlich oder budgetär begrenzt sind. Weiters ist an eine andere zeitliche Komponente zu denken: In der Zeitspanne zwischen Ausschreibung und Angebotslegung können sich Preise für Rohstoffe verändern (man denke an die Schwankungen des Stahlpreises), was ohne Zulassung von Alternativen zu erheblich höheren Angebotspreisen führen könnte, als zur Zeit der Ausschreibung angenommen. Hätte man in einem solchen Fall Alternativen zugelassen, müsste man das Angebot nicht mit dem starken Preisanstieg für das ausgeschriebene Produkt (z.B. Stahl) anbieten, sondern könnte es mit einem alternativen (zum Zeitpunkt der Angebotsbearbeitung billigeren) Produkt erstellen.³²⁴

Mit der Novelle BGBl I Nr. 128/2013 vom 11. Juli 2013 wurde den §§ 19 und 187 BVergG, die die Grundsätze des Vergabeverfahrens festlegen,

³²⁴ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 155 ff.

ein neuer Abs. 7 beigefügt: *„Im Vergabeverfahren kann auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung innovativer Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien erfolgen.“* Daraus kann abgeleitet werden, dass es dem österreichischen Gesetzgeber durchaus wichtig erscheint, dass innovative Lösungen im Vergabeprozess von (Bau-)Leistungen Berücksichtigung finden (sowohl durch die Leistungsbeschreibung, durch technische Spezifikationen als auch durch Zuschlagskriterien) und hat dementsprechend einen neuen Grundsatz des Vergabeverfahrens eingefügt. Im neuen Abs. 7 leg cit findet sich jedoch kein Bezug zu Alternativangeboten.

Nachdem der Auftraggeber die Art und Weise der Vergabe einer Leistung festgelegt hat und er sich auch entschieden hat, ob Alternativangebote iwS bzw. Variantenangebote zugelassen werden, kann, darauf aufbauend, von den potentiellen Auftragnehmern beurteilt werden, ob und wie sie die ausgeschriebene Leistung anbieten wollen. Weiters ist in diesem Stadium auch die Möglichkeit von Alternativen zu Alternativangeboten iwS zu untersuchen.

Allen Alternativen ist gemein, dass deren Erfolg oder Misserfolg immer auch von der Qualität der Planung und der Ausschreibungsvorbereitung abhängig sind. Herrscht auf Auftraggeberseite Klarheit über die gewünschten Ziele eines (Bau-)Projekts und werden darauf aufbauend mögliche Alternativen ausgelotet, so kann die Ausschreibung auf Basis dieser Aufgabenstellung erfolgen. Das bedeutet aber auch, dass Alternativen nie nur einseitig von Auftragnehmerseite erwirkt werden können, sondern dass dafür in den meisten Fällen die Grundlagen für Alternativen vom Auftraggeber geschaffen werden müssen. Dabei müssen sich die erhöhten Aufwendungen für die Ausschreibung bzw. das Angebot von Alternativen für alle Beteiligten „lohnen“.

6.1 Pro & Contra Alternativangebote

Sowohl der private als auch der öffentliche Auftraggeber kann von Alternativen bei Angeboten profitieren. Durch Alternativangebote zeigt der Bieter dem Auftraggeber alternative Möglichkeiten zur Erreichung des Leistungszieles auf. Die Bieter sind in den meisten Fällen die „Praktiker“, haben daher ein größeres Know-how und können mit Lieferanten bessere Konditionen aushandeln als der Auftraggeber (bzw. die ausschreibende Stelle). Der Auftraggeber kann das vorhandene Wissen des Bieters dabei bereits in der Vergabe ausnutzen, der Bieter

kann sich durch die angebotene Alternative von seinen Mitkonkurrenten abgrenzen und erwirbt sich somit einen Wettbewerbsvorteil.³²⁵

Die Notwendigkeit von Alternativangeboten bringt Gölles auf den Punkt, wenn er meint, dass „*Alternativangebote (...) ein wichtiger Beitrag dafür [sind], dass einerseits technisch fortschrittlichere, andererseits wirtschaftlichere Lösungen den Auftragserteilungen zugrunde gelegt werden können. Der Preis dafür ist oft, dass die Prüfung von Alternativangeboten aufwändig ist.*“³²⁶

Idealerweise ergibt sich aus der Zulassung von Alternativangeboten ein niedrigerer Angebotspreis, daneben können auch ein optimierter Bauablauf sowie damit zusammenhängende verkürzte Ausführungsfristen bzw. bessere Konditionen von Auftraggebern angestrebte Erfolge von Alternativangeboten sein. Allein der Umstand, dass Alternativangebote zugelassen sind, kann die Bieter dazu veranlassen billiger anzubieten, da die Gefahr des Zuschlags an ein (technisch) günstigeres Angebot besteht.³²⁷

Dem Bieter bietet sich darüber hinaus die Möglichkeit, dem der Baubranche anhaftenden reinen Preiswettbewerbs zu entfliehen und durch sein Alternativangebot in einen Preis-Leistungs-Wettbewerb mit seinen Mitkonkurrenten zu treten.³²⁸ Das Auftreten von Alternativangeboten kann weiters als ein Indikator für die Konkurrenzfähigkeit einer bestimmten Branche oder einer bestimmten Wirtschaft angesehen werden.³²⁹

Das nunmehr gültige Vergaberecht sieht sowohl auf europäischer (Art. 24 Vergabe-RL) wie auch auf nationaler Ebene (§ 81 Abs. 1 BVergG) vor, dass Alternativangebote i.e.S. nur mehr dort zulässig sind, wo der Auftraggeber dies explizit vorsieht. Die geübte Praxis stellt sich leider derart dar, dass öffentliche Auftraggeber Alternativangebote nicht zulassen, um sich so Aufwand und etwaige Schwierigkeiten mit Vergabekontrollbehörden und dem Rechnungshof zu ersparen. Konkurrenten, die bei einer Vergabe aufgrund eines wirtschaftlicheren Alternativangebots i.w.S. keinen Zuschlag erhalten haben, können im Rechtsweg versuchen, den Zuschlag juristisch zu bekämpfen und so dazu beitragen, dass Auftraggeber sich bewusst dazu entscheiden, keine Alternativangebote i.w.S. zuzulassen.³³⁰

³²⁵ Vgl. SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. a.a.O. S. 434.

³²⁶ GÖLLES, H.: Prüfung von Alternativen – Die Neuregelung des BVergG 2002. a.a.O.

³²⁷ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 158.

³²⁸ Vgl. SCHWARZ, H.: Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. a.a.O. S. 99, vgl. auch KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

³²⁹ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

³³⁰ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

Wie aber kann man diese Situation entschärfen? Die Abgabe von Alternativangeboten ist aus bereits genannten Gründen (effizientere Lösungen, bessere Konditionen der Unternehmen etc.) für die Wirtschaft wünschenswert. Allerdings bleiben Bieter, die sich an die Vorgaben des Auftraggebers halten (und somit die für sie „sichere“ Variante wählen, nämlich den Vorstellungen des Auftraggebers zu folgen) auf der Strecke. Dass sowohl die Vergabe-RL als auch das BVergG diesen Trend noch damit unterstützen, dass Alternativangebote ausdrücklich zugelassen werden müssen, sehen mehrere Autoren als kontraproduktiv für die Bauwirtschaft an, da gerade innovative Alternativangebote Denkanstöße für effizientere Lösungen sein können.³³¹ Die Rückkehr zur „alten“ (vor 2006) bestehenden Regelung, dass vom Auftraggeber unerwünschte Alternativangebote ausdrücklich als nicht zugelassen ausgeschrieben werden müssen, ist zu begrüßen. Allerdings wäre in einer solchen Situation fraglich, ob sich der Auftraggeber mit der „unerwünschten“ Alternative tatsächlich auseinandersetzen will bzw. kann. Jedenfalls stünde die dort entwickelte alternative Handlungsvariante im Raum und würde somit in den weiteren Bauprozess einfließen können, was beim gegenwärtigen System (Alternativangebote nur bei ausdrücklicher Zulassung) gar nicht möglich ist.

Das oberste Ziel einer jeden Ausschreibung, nämlich das wirtschaftlich günstigste Angebot aus der Vielzahl der eingereichten Angebote auszuwählen, wird durch die Bedingungen des BVergG hinsichtlich Mindestanforderungen, Gleichwertigkeit der Leistung etc. jedenfalls erfüllt, und zwar nicht nur durch ein abstraktes Unterscheidungskriterium wie jenes des niedrigsten Preises, sondern anhand objektiver Bewertungskriterien, das ein Alternativangebot eben zur besseren Lösung eines (Bau-)Projektes erscheinen lässt.

Alternativangebote haben allerdings den Nachteil, dass diese nicht nur bei der Angebotserstellung, sondern sowohl bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen, als auch bei Prüfung der Angebote, Mehraufwand bedeuten. Der Auftraggeber muss sich nach den einschlägigen Bestimmungen des BVergG schon im Vorhinein Gedanken darüber machen, welche Alternativen angeboten werden könnten und hierzu die geeigneten Mindestanforderungen aufstellen. Die Prüfung der Alternativangebote darf sich dann aber nicht nur auf die Prüfung der Gleichwertigkeit beschränken, sondern muss auch auf Aspekte des Anti-Claim-Managements eingehen. Genauer gesagt muss überprüft werden, ob das Alternativangebot eines Bieters (entweder absichtlich oder aufgrund fehlerhafter Planung) nicht zu einem aufwendigen und kostspieligen Nachtragsmanagement führt.³³² Die Aussage von *Kurbos*

³³¹ Vgl. z.B. PAETZOLD, U.: Das EU-Legislativpaket aus Sicht der Europäischen Bauwirtschaft. In: Vergaberecht und PPP. S. 174.

³³² Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 157 f.

ist in diesem Sinn aber zu relativieren, sollte doch davon ausgegangen werden, dass Auftragnehmer generell (nicht nur bei Alternativangeboten, sondern bei allen Leistungsvergaben) versuchen, ein teures Claim-Management zu verhindern und daher alle Angebote hinsichtlich Vollständigkeit überprüfen, nämlich ob das (Alternativ-) Angebot bewusst Lücken für Mehrkostenforderungen offen lässt.

Auch die relativ kurzen Bearbeitungszeiten sowohl für die Ausschreibung, die Ausformulierung von Alternativangeboten, als auch die Prüfung, tragen nicht unbedingt zur Attraktivität von Alternativangeboten bei. Dies könnte eine Überarbeitung und somit einer Flexibilisierung der Fristen in BVergG verbessert werden.

Ein weiterer Punkt, der die generelle Abneigung von Alternativangeboten bei öffentlichen Auftraggebern schürt, ist der Umstand, dass bei Zulassung von Alternativangeboten zwingend das Bestbieterprinzip anzuwenden ist. *Leinemann* kritisiert die Zulässigkeit von Alternativangeboten nur bei Vergabe anhand des Bestbieterprinzips und führt dazu aus, dass vor einer Prüfung des günstigsten Angebots jedenfalls die Gleichwertigkeit geprüft werden muss und somit „die Gefahr, dass nicht unmittelbar vergleichbare Angebote im Wettbewerb stehen“ auch bei Vergabe anhand des Billigstbieterprinzips nicht bestehe.³³³ Lediglich eine eventuelle Höherwertigkeit von Alternativangeboten kann bei Billigstbietervergabe nicht berücksichtigt werden.³³⁴ Im Gegensatz dazu sieht *Kurbos* den Umstand, dass Alternativangebote nur beim Bestbieterprinzip zulässig sind, darin, dass bei einer Ausschreibung mit exakt festgelegten Positionen und Details, nur der Preis als einziges Wettbewerbsinstrument übrig bleibt.³³⁵

Das tendenziell alternativen-feindliche Vergaberecht, das durch die Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden untermauert wird, führte zur Einführung einer neuen Kategorie der Alternativen ins „neue“ BVergG 2006, nämlich der Abänderungsangebote. Zwar sind mit Legung eines Abänderungsangebotes nur geringfügige, technische Alternativen möglich, die Bieter können aber von sich aus die Möglichkeit ergreifen, Abänderungsangebote einzureichen, da diese gemäß § 82 Abs. 1 BVergG, vorbehaltlich deren ausdrücklichem Ausschluss durch den Auftraggeber zulässig sind und darüber hinaus auch, wenn die Vergabe an den Billigstbieter erfolgt.

Zusammenfassend bringt es *Kurbos* auf den Punkt: „Insgesamt zeigt sich (...), dass mit gezielter Zulassung von Alternativen ein beträchtliches wirtschaftliches und technisches Potential gehoben werden kann und

³³³ LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 177.

³³⁴ Vgl. LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. S. 177.

³³⁵ Vgl. KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 159.

*dass es sich dabei aber um eine sehr anspruchsvolle und keineswegs risikolose Herausforderung für Auftraggeber handelt.*³³⁶

6.2 Bewertung der „Alternativen“

In Kapitel 5 wurde ausführlich über mögliche Alternativen zu Alternativangeboten berichtet. Diese sollen nun anhand einer tabellarischen Aufstellung auf ihre Eignung als Alternative geprüft werden und abschließend sollen die konkreten Anwendungsbereiche der alternativen Handlungsmöglichkeiten abgegrenzt werden.

Vollständigkeitshalber muss hier noch kurz auf die Möglichkeit von Abänderungsangeboten und Variantenangeboten als Alternative zu Alternativangeboten ieS eingegangen werden.

Mit Abänderungsangeboten können geringfügige, rein technische Alternativen seitens der Bieter eingebracht werden. Die Abänderungsangebote können als solche als echte Alternativen zu Alternativangeboten ieS bewertet werden, da nach Einschätzung des Verfassers der überwiegende Teil von Alternativen (besonders in der technisch geprägten Baubranche,) rein technische Aspekte betreffen, die mithilfe von Abänderungsangeboten aufgezeigt werden können. So argumentiert auch die europäische Kommission die Möglichkeit der Legung von Abänderungsangeboten mit der Förderung des technischen Fortschritts und dessen Bedeutung für die Verwirklichung eines mit der Weltwirtschaft konkurrierenden Binnenmarktes.³³⁷ Jedoch sind mit Abänderungsangeboten nur „geringfügige“ Änderungen (insbesondere solche auf Positionsebene) möglich, was deren Anwendungsbereich stark einschränkt. Als Vorteil gegenüber Alternativangeboten ieS sind einerseits die Möglichkeit ihrer Anwendung auch bei Vergabe an den Billigstbieter, andererseits dessen grundsätzliche Zulässigkeit im Vergabeprozess (soweit der Auftraggeber diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat) zu nennen. Hinsichtlich der Definition geeigneter Mindestanforderungen bei Abänderungsangeboten ist zu erwähnen, dass nach BVergG zwar keine Pflicht besteht, solche Mindestanforderungen anzugeben, der Auftraggeber jedoch die Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen auch bei Abänderungsangeboten vorschreiben kann.³³⁸

Für Variantenangebote gelten grundsätzlich dieselben Vorgaben wie für Alternativangebote. Variantenangebote werden allerdings vom Auftrag-

³³⁶ KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag – Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. a.a.O. S. 171.

³³⁷ Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/services_de.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 14:42 Uhr. S. 52.

³³⁸ Vgl. KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. a.a.O.

geber selbst vorgegeben und bieten für potentielle Auftragnehmer nicht die gleichen Möglichkeiten innovative Ideen in den Vergabeprozess einzubringen als Alternativangebote ieS. Dem Auftraggeber jedoch bietet sich bei Variantenangeboten die Möglichkeit, dass er die Alternativen exakt steuern kann. Da sich die Gleichwertigkeit der Leistung schon aus dem Variantenangebot selbst ergibt (jedes Variantenangebot ist gleich, da es ja vom Auftraggeber selbst vorgegeben wird), sind Variantenangebote auch bei Vergabe anhand des Billigstbieterprinzips möglich. Als echte Alternative können Variantenangebote allerdings nicht angesehen werden, da keine innovativen Lösungen von den Bietern eingebracht werden können, sondern die Variante allein aus der Sphäre des Auftraggebers kommt. Anwendungsbereich findet ein Variantenangebot beispielsweise in Fällen, in denen sich der Auftraggeber mehrere Ausführungsvarianten anbieten lassen will, weil er selbst nicht genau weiß, welche Variante die beste bzw. billigste ist. Insofern können Variantenangebote auch als Alternative zu Alternativangeboten ieS angesehen werden, wenn nämlich nur zwei im Vorhinein bereits ausgelotete Varianten miteinander verglichen werden sollen.

In der folgenden Tabelle sind die in Kapitel 5 beschriebenen Alternativen zu den „klassischen“ Alternativangeboten in den Zeilen ganz links untereinander aufgeführt. In jeder Spalte wurde ein Charakteristikum des Alternativangebots iS des BVergG eingetragen. Jede Alternative wurde sodann anhand der Charakteristika bewertet:

- sind sie ausschließlich beim Bestbieterprinzip zulässig,
- ist die Definition von Mindestanforderungen durch den Auftraggeber obligat,
- sind sie gleichwertig mit der ausgeschriebenen (Haupt-)Leistung,
- wie eng der Prüfungszeitraum für die Bearbeitung und Prüfung des Angebotes ist und
- besteht ein Verhandlungsverbot nach BVergG?

In den oberen Zeilen sind zum Vergleich die Bedingungen für Alternativangebote ieS, Abänderungsangebote und Variantenangebote angegeben.

	Bestbieter- prinzip	Mindestan- forderungen	Prüfzeit- raum	Verhand- lungsverbot
Alternativ- angebot ieS	Erforderlich	Erforderlich	Begrenzt	Ja
Abänderungs- angebot	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Begrenzt	Ja
Varianten- angebot	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich ³³⁹	Begrenzt	Ja
Bieterlücke	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Begrenzt	Ja
Wahlposition	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Begrenzt	Ja
Pauschalpreis	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Begrenzt	Ja
Funktionale Ausschreibung	Erforderlich	Erforderlich ³⁴⁰	Begrenzt	Ja
LB-HB "nach Wahl des AN"	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Begrenzt	Ja
Regieleistung	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Unbegrenzt	Nein
Bau-Soll	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Unbegrenzt	Nein
Wettbewerbl. Dialog	Erforderlich	Nicht erforderlich	Begrenzt ³⁴¹	Nein
Value- Engineering	Nicht erforderlich	Nicht erforderlich	Unbegrenzt	Nein
Unmittelbare Mehrfach- beteiligung	Erforderlich	Nicht erforderlich ³⁴²	Begrenzt	Ja

Tabelle 2 – Bewertung der Alternativen hinsichtlich Bestbieter, Mindestanforderungen, Prüfzeitraum und Verhandlungsverbot

6.3 Eignung als Alternative und konkrete Anwendungsbereiche

Im nun folgenden, abschließenden Abschnitt werden die Alternativen zu Alternativangeboten hinsichtlich deren Eignung als Alternative und deren konkreter Anwendungsbereiche untersucht.

³³⁹ Bei Variantenangeboten werden vom Auftraggeber keine Mindestanforderungen, sondern die Variante selbst definiert.
³⁴⁰ Zwar sind bei funktionalen Ausschreibungen keine „Mindestanforderungen“ notwendig, der Auftraggeber muss jedoch gemäß § 95 Abs. 3 BVergG die Leistung als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- und Funktionsanforderungen (insbesondere durch die Festlegung von technischen Spezifikationen) beschreiben.
³⁴¹ Im OSB ist eine Verlängerung der Teilnahme- und Angebotsfristen und Fristen für die Ausarbeitung von Lösungen im wettbewerblichen Dialog gemäß § 57 Abs. 1 BVergG möglich.
³⁴² Die Legung mehrere Hauptangebote ist zwar nicht an Mindestanforderungen geknüpft, ist aber insofern nur beschränkt zulässig, soweit die Ausschreibung Handlungsspielräume hierfür offen hält.

Standardisierte Leistungsbeschreibungen und die damit verbundenen Möglichkeiten der Ausschreibung bestimmter Positionen „nach Wahl des Auftragnehmers“, als Verrechnungseinheit bzw. als Regieposition sowie die Ausschreibung eines Angebotes mit Bieterlücken wird dort sinnvoll sein, wo eine Leistung im standardisierten Bereich errichtet werden soll (z.B. standardisierter Hochbau, standardisierte Infrastrukturprojekte), die grundsätzlich detailliert vom Auftraggeber ausgeschrieben ist, die aber in bestimmten Teilbereichen alternative (eigene) Lösungsvorschläge der Bieter berücksichtigt (z.B.: Wasserhaltung, Bauzaun, etc.). Als Alternative zu den klassischen Alternativangeboten sind die Möglichkeiten der LB-HB somit nur bedingt geeignet. Bieterlücken haftet aus Sicht der Auftragnehmer noch das Manko an, dass diese explizit vom Auftraggeber vorgesehen werden müssen. Die Initiative zur Alternative kommt in diesem Fall allein vom Auftraggeber, was den Anwendungsbereich von Bieterlücken weiter einengt.

Soll die gesamte (Bau-)Leistung alternativen Lösungsvorschlägen von Bieterseite offenstehen, so bietet sich die funktionale Ausschreibung (unter Umständen im Zusammenhang mit einem Pauschalpreisvertrag) an, insbesondere wenn der Auftraggeber wenig Spezialwissen auf diesem Gebiet hat bzw. er selbst keine Planungsleistung übernehmen will. Aus Sicht des Auftraggebers kann zwar aus dem ersten Blickwinkel der Vorteil von funktionalen Ausschreibungen gegenüber Alternativangeboten iS des BVergG nicht sofort erkannt werden, da in beiden Fällen umfangreiche Vorarbeiten hinsichtlich Definition von technischen Spezifikationen notwendig sind, zwingend auf den Bestbieter zugeschlagen werden muss und funktionale Ausschreibung den strengen Grundsätzen des BVergG unterliegen (Prüfzeitraum, Verhandlungsverbot etc.). Positiver Effekt einer funktionalen Ausschreibung für Auftraggeber ist aber der Umstand, dass eine Verlagerung der Planungsleistung – und damit auch das Risiko einer unvollständigen bzw. mangelhaften Planung – auf den Auftragnehmer eintritt, dieser kann umgekehrt aufgrund der „offenen“ Leistungsbeschreibung anhand von Funktionsanforderungen sein gesamtes Know-how (soweit ausschreibungskonform) in das Projekt einbringen.³⁴³

Die Möglichkeit des Value Engineerings ist eher der Auftragnehmerseite zuzuordnen. Anwendungsbereiche können insbesondere Fälle sein, bei der die Vergabe auf Hauptangebote begrenzt ist (z.B.: aufgrund des Billigstbieterprinzips). Der Auftraggeber gibt in diesem Fall die Leistung und auch den konkreten Weg zur Erreichung dieser Leistung detailliert an. Ein Bieter hat aber gegenüber dem Auftraggeber und auch eventuell gegenüber seinen Mitkonkurrenten einen Wissensvorsprung, da er die Leistung nicht nur so ausführen kann, wie es der Auftraggeber vorsieht,

³⁴³ Vgl. HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. a.a.O. S. 70.

sondern auch alternative Herstellungsweisen anbieten kann (die dem Auftraggeber gar nicht bekannt sind), die aber wirtschaftlich günstiger sind (z.B. sieht die Ausschreibung eine händische Einbringung des Asphalts an schwer zugänglichen Stellen ein, der Bieter verfügt aber über eine Spezialmaschine, die den Asphalt auch an schwer zugänglichen Stellen einbringen kann). Anstatt dass der betreffende Bieter eine Bieteranfrage stellt, ob die Leistung auch nach seinen Vorstellungen erbracht werden kann und somit den Wissensvorsprung auch den übrigen Bietern präsentiert, kann er die Leistung ausschreibungsgemäß anbieten, die Alternative aber in den Angebotspreis einfließen lassen. Das bedeutet, er kalkuliert die Alternative (Asphaltierung durch Spezialmaschine), bietet aber die Hauptleistung an (händische Asphaltierung). Sofern der Zuschlag dann auf sein Angebot fällt, kann er mit Hilfe des Value Engineerings die Leistungserbringung auf seine Alternative umändern. Hierbei besteht für den Bieter jedoch die Gefahr, dass sich der Auftraggeber nicht auf das geänderte Bauverfahren einlassen muss und stattdessen die vertragsgemäße Leistung verlangt. In diesem Fall muss er die Hauptleistung zu seinem kalkulierten Preis leisten. In den meisten Fällen wird aber eine Alternative, die wirtschaftlich günstiger oder terminlich optimiert ist, den Auftraggeber überzeugen, der alternativen Leistungserbringung zuzustimmen.

Das soeben geschilderte Beispiel einer alternativen Leistungserbringung könnte auch mithilfe von Regieleistungen vergütet werden.

Die Möglichkeit der Diskrepanz zwischen externem und internem Bau-Soll als Alternative ist nur sehr begrenzt einsetzbar. Nur dort wo das externe Bau-Soll derart allgemein definiert ist, sodass noch Handlungsspielräume für den Auftragnehmer offen bleiben, kann das interne Bau-Soll vom externen abweichen. In gleicher Weise sind auch Mehrfachbeteiligungen von Bietern nur sehr begrenzt als Alternative zu Alternativangeboten geeignet.

In der folgenden Tabelle werden nun nochmals alle möglichen Alternativen hinsichtlich Initiator der Alternative, einer allfälligen Mitwirkung des Auftraggebers entweder in Form einer ausdrücklichen Zulassung der Alternative, wie bei Alternativangeboten, oder einer vor der erfolgreichen Abwicklung einer Alternative notwendigen Akquise eines Auftrages, der Aufwand für den Auftraggeber bzw. der ausschreibenden Stelle sowie der konkrete Anwendungsbereich der Alternative untersucht.

	Initiator der Alternative	Mitwirkung AG (Zulässigkeit bzw. Auftrag)	Aufwand für AG	Anwendungsbereich
Abänderungsangebot	AN	Nicht erforderlich	Gering	Begrenzt auf geringfügige, technische Alternativen
Variantenangebot	AG	Erforderlich	Hoch	Unbegrenzt
Bieterlücke	AG	Erforderlich	Mittel	Begrenzt auf Bieterlücke
Wahlposition	AG	Erforderlich	Mittel	Begrenzt auf Wahlposition
Pauschalpreis	AN	Nicht erforderlich	Gering	Unbegrenzt, jedoch Bestbieterprinzip obligat
Funktionale Ausschreibung	AN	Nicht erforderlich	Hoch	Unbegrenzt, jedoch Bestbieterprinzip obligat
LB-HB "nach Wahl des AN"	AG	Auftrag erforderlich	Gering	Begrenzt auf einzelne Positionen
Regieleistung	AG	Auftrag erforderlich	Gering	Unbegrenzt
Bau-Soll	AN	Auftrag erforderlich	Gering	Begrenzt durch Definition des (externen) Bau-Solls
Wettbewerbl. Dialog	AG	Erforderlich	Hoch	Begrenzt, nur „besonders komplexe Aufgaben“
Value-Engineering	AN bzw. beide	Auftrag erforderlich	Hoch	Unbegrenzt
Unmittelbare Mehrfachbeteiligung	AN	Nicht erforderlich	Gering	Begrenzt, darf Ausschreibung nicht widersprechen

Tabelle 3 - Bewertung der Alternativen hinsichtlich Initiator, Mitwirkung und Aufwand AG und Anwendungsbereich

Eine pauschale Aussage, welche Alternative oder ob ein „klassisches“ Alternativangebot nun die beste Möglichkeit darstellt, damit sinnvolle, innovative Lösungen der Bieter berücksichtigt werden können, kann nicht getroffen werden, da es immer vom Einzelfall abhängig ist, welche Leistung, wie und unter welchen Rahmenbedingungen erbracht werden soll. Es ist auch immer davon abhängig, was ein Auftraggeber eigentlich will und welche Ressourcen ihm dafür zur Verfügung stehen. Unter Betrachtung aller Vor- und Nachteile können trotz der soeben dargelegten Problematik folgende Alternativen erwähnt werden, die in den meisten Fällen den größten Profit sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite verwirklichen können:

Auf Auftraggeberseite ist für geringfügige, schon im Vorhinein bekannte alternative Lösungen das System der Bieterlücken zu präferieren. Sind alternative Lösungen nicht schon im Stadium der Ausschreibung

bekannt, will man also den Bietern bewusst freien Raum für die Gestaltung von alternativen Lösungen bieten, damit die Bauunternehmen ihr spezielles Know-how einbringen können, empfehlen sich funktionale Leistungsbeschreibungen sowie funktionale Elemente in einer konstruktiven Ausschreibung („nach Wahl des Auftragnehmers“).

Auf Bieterseite ist insbesondere das Value Engineering zu erwähnen, das diesen vielfältige Möglichkeiten hinsichtlich alternativen Lösungsvorschlägen bietet, dessen positiven monetären Folgen sich im besten Fall für beide Seiten auswirken.



Judikaturverzeichnis

Zu jedem Urteil sind die Fundstellen sowie die Position(en) in der Masterarbeit angeführt.

Europäischer Gerichtshof

EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01 „Traunfellner“

- www.eur-lex.europa.eu/de.....FN 47-53,
Seite 17-18; FN 123, Seite 40

Verwaltungsgerichtshof

VwGH 25.02.2002, 2001/04/0250

- www.ris.bka.gv.at.....FN 196, Seite 65;
FN 200, Seite 66

VwGH 21.12.2004, 2004/04/0161

- www.ris.bka.gv.at.....FN 126, Seite 41

VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077

- www.ris.bka.gv.at.....FN 57, Seite 19

Oberster Gerichtshof

OGH 28.02.1968, 6 Ob 18/68 (Rechtssatz)

- www.ris.bka.gv.at.....FN 259, Seite 81

OGH 23.01.2001, 7 Ob 265/00x

- www.ris.bka.gv.at.....FN 59, Seite 20

OGH 27.03.2001, 1 Ob 262/00m

- www.ris.bka.gv.at.....FN 59, Seite 20

OGH 14.12.2012, 2 Ob 222/11b

- www.ris.bka.gv.at.....FN 310, Seite 99

Bundesvergabeamt

BVA 28.04.1995, F-1/95-14

- www.ris.bka.gv.at.....FN 152, Seite 48
- www.ris.bka.gv.at.....FN 154, Seite 51

- BVA** 09.04.1997, F-18/96-29
- www.ris.bka.gv.at.....FN 117, Seite 39
- BVA** 25.09.1997, N-16/97-14
- www.ris.bka.gv.at.....FN 146, Seite 47
- BVA** 01.04.1998, N-7/98-10, N-9/98-5
- www.ris.bka.gv.at.....FN 115-116, Seite 39
- BVA** 24.04.1998, N-5/98-16, N-12/98-5
- www.ris.bka.gv.at.....FN 161, Seite 53
- BVA** 12.10.1998, N-26/98-18
- www.ris.bka.gv.at.....FN 151, Seite 47;
FN 153, Seite 49
- BVA** 29.03.2004, 15N-06/04-29
- www.ris.bka.gv.at.....FN 31, Seite 11;
FN 232, Seite 75
- BVA** 24.11.2004, 06N-92/04-39
- www.ris.bka.gv.at.....FN 11, Seite 5;
FN 316, Seite 102
- BVA** 10.08.2007, N/0067-BVA/02/2007-038
- www.ris.bka.gv.at.....FN 135-136, Seite 43-44;
FN 178, Seite 60
- BVA** 09.05.2007, N/0029-BVA/06/2007-112
- www.ris.bka.gv.at.....FN 318-319, Seite 103
- BVA** 14.05.2007, N/0034-BVA/10/2007-046
- www.ris.bka.gv.at.....FN 317, Seite 102
- BVA** 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36
- www.ris.bka.gv.at.....FN 140, Seite 44
 - www.ris.bka.gv.at.....FN 163, Seite 54
- BVA** 11.05.2009, N/0020-BVA/09/2009-34
- www.ris.bka.gv.at.....FN 209, Seite 70
- BVA** 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35
- www.ris.bka.gv.at.....FN 5, Seite 4;
FN 127, Seite 41
- BVA** 15.02.2010, N/0120-BVA/05/2009-52

- www.ris.bka.gv.at.....FN 202-203,
Seite 67-68; FN 207, Seite 69
- BVA** 27.09.2010, N/0071-BVA/10/2010-34
- www.ris.bka.gv.at.....FN 191, Seite 65
- BVA** 17.07.2012, N/0056-BVA/11/2012-28
- www.ris.bka.gv.at.....FN 157, Seite 52
- BVA** 19.11.2012, N/0094-BVA/03/2012-19
- www.ris.bka.gv.at.....FN 114, Seite 39
- BVA** 26.11.2012, N/0095-BVA/04/2012-24
- www.ris.bka.gv.at.....FN 201, Seite 67
- BVA** 04.04.2013, N/0013-BVA/14/2013-31
- www.ris.bka.gv.at.....FN 164, Seite 55

Bundes-Vergabekontrollkommission

- BVKK** 10.04.2000, S-28/00-11
- www.ris.bka.gv.at.....FN 145, Seite 46

Vergabekontrollsenat

- VKS Wien** 23.08.2012, VKS-7738/12
- www.ris.bka.gv.at.....FN 193, Seite 65

Oberlandesgerichte

- OLG Düsseldorf** 07.01.2010, Beschluss Az. VII-Verg 61/09
- <http://openjur.de>.....FN 82, Seite 29
- OLG München** 09.09.2010, Beschluss Az. Verg 16/10
- <http://openjur.de>.....FN 166, Seite 55
- OLG Düsseldorf** 09.03.2011, Verg 52/10
- <http://openjur.de>.....FN 321, Seite 103

Literaturverzeichnis

BARGSTÄDT, H.; HAVERS, M.: Die Handschrift im Funktionalvertrag. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. Hrsg.: INSTITUT FÜR BAUBETRIEB UND BAUWIRTSCHAFT, TU GRAZ. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2006.

BODNER, E.: Normen und Begriffe im Verdingungswesen. Wien. Verlag Österreich, 2006.

CASATI, C.: Alternativangebote. In: ecolex, 1999, 580.

DEMBLIN, A.; MÖRTH, C.: FIDIC. Wien. Manz Verlag, 2013.

DUVE, H.: Bauwirtschaftliche Aspekte des Erfolges - externes und internes Bau-Soll. In: Tagungsband zum 4. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar: Die Schnittstelle zwischen Vergabe und Bauvertragswesen. Hrsg.: HECK, D.; LECHNER, H.: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2011.

ELSNER, B.: Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionaler Leistungsbeschreibung. In: Vergaberecht und PPP. Hrsg.: SCHRAMM, J.; AICHER, J.: Wien. Manz Verlag, 2004.

ELSNER, B.: Bestbieterermittlung: Tipps für die Praxis. In: Vergaberecht und PPP II. Hrsg.: SCHRAMM, J.; AICHER, J.: Wien. Manz Verlag, 2005.

ESTERMANN, G.: BVA: Nichtausfüllen von Bieterlücken und Mehrfachnennung von Produkten. In: RPA, 2010, 149.

GABLER WIRTSCHAFTSLEXIKON: Bd. 4. SP-Z, 14. Auflage. Wiesbaden. Gabler Verlag, 1997.

GAST, G.: Das öffentliche Vergabewesen in Österreich. Innsbruck. Redline Wirtschaft, 2006.

GÖLLES, H.: Alternativangebote - Erfordernis von mehr als einem Zuschlagskriterium? In: ZVB, 2003/74.

GÖLLES, H.: Alternativangebote - Prinzipien beim Ausschreiben und Prüfen. In: RPA, 2003, 330.

GÖLLES, H.: Die unterschiedlichen Arten der Leistungsbeschreibung (Teil I). In: ZVB, 2010/80.

GÖLLES, H.: Die unterschiedlichen Arten der Leistungsbeschreibung (Teil II). In: ZVB, 2010/93.

GÖLLES, H.: Mehrfachbeteiligung eines Bieters - Ausschluss oder nicht?. In: ZVB, 2005/77.

GÖLLES, H.: Prüfung von Alternativen - Die Neuregelung des BVergG 2002. In: ZVB, 2003/49.

GÖLLES, H.: Vom Leistungsziel zum Bau-Soll bei Bauverträgen. In: ZVB, 2012/142.

GÖTZL, P.: Die vergaberechtliche Bindung an geeignete Leitlinien - Klarstellungen zu Anwendbarkeit, Umfang und Abweichung. In: RPA, 2010, 123.

GRASBÖCK, R.; GRUBER, T.: Nicht ausgefüllte Bieterlücken können zum Ausscheiden führen. In: ZVB, 2013/4.

GRASBÖCK, R.; GRUBER, T.: Kein per-se-Ausscheiden wegen eines zweiten Angebots. In: ZVB, 2012/84.

GRUBER, T.: Alternativangebote. In: Europäisches Vergaberecht. Hrsg.: GRUBER, G.; GRUBER, T.; SACHS, M.: Wien. Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2005.

HACKL, J.: Mindestanforderungen an Alternativangebote und Präklusion. In: ZVB, 2006/69.

HAHNL, K.; MÜLLER, W.: Die konsrutive Ausschreibung mit integrierten funktionalen Elementen aus vergabe- und zivilrechtlicher Sicht. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. Hrsg.: INSTITUT FÜR BAUBETRIEB UND BAUWIRTSCHAFT, TU GRAZ. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2006.

HECK, D.: Funktionale Vertragsgestaltung im Spezialtiefbau. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. Hrsg.: INSTITUT FÜR BAUBETRIEB UND BAUWIRTSCHAFT, TU GRAZ. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2006.

HECK, D.; SCHLAGBAUER, D.: Vorlesungsskript zur LV-Nr. 218.451 Bauwirtschaftslehre VU. Graz. Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz, 2011.

HEID, S.: Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich. In: RPA, 2011, 69.

HEID, S.; KURZ, T.: Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. Hrsg.: HEID, S.; SCHIEFER, R.; PRESLMAYR, R.: Wien. Lexis Nexis Verlag, 2010.

HEID, S.: Persönlicher Geltungsbereich. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. Hrsg.: HEID, S.; SCHIEFER, R.; PRESLMAYR, R.: Wien. Lexis Nexis Verlag, 2010.

HEID, S.; SCHREIBMAYER, K.: Gestaltung des Angebots. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. Hrsg.: HEID, S.; SCHIEFER, R.; PRESLMAYR, R.: Wien. Lexis Nexis Verlag, 2010.

- HÖK, G.: FIDIC Yellow Book, 2. Auflage. Berlin. Verband Beratender Ingenieure, 2009.
- KAHL, A.; ROSENKRANZ, S.: Vergaberecht. Wien. Jan Sramek Verlag, 2012.
- KAPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag - Band 1: Einheitspreisvertrag, 6. Auflage. Köln. Werner Verlag, 2011.
- KAPELLMANN, K.; SCHIFFERS, K.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag - Band 2: Pauschalvertrag, 5. Auflage. Köln. Werner Verlag, 2011.
- KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 2. Auflage. Wien. Manz Verlag, 2009.
- KARASEK, G.: Die Pauschalpreisvereinbarung in der Baupraxis. In: *ecolex*, 1991, 235.
- KAUFMANN, A.; SCHNABEL, K.: Vergaberecht in der Praxis, 2. Auflage. Graz. dbv-Verlag, 2006.
- KREJCI, H.: Zur Gesetz- und Sittenwidrigkeit ausgeschriebener Bauverträge. In: Tagungsband zum 4. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar: Die Schnittstelle zwischen Vergabe und Bauvertragswesen. Hrsg.: HECK, D.; LECHNER, H.: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz. Graz. Verlag der Technischen Universität, 2011.
- KROPIK, A.: Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006. In: *ZVB*, 2006/31.
- KROPIK, A.: Die Beschreibung von Bauleistungen: konstruktiv vs funktional. In: *ZVB*, 2006/84.
- KROPIK, A.: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, 2. Auflage. Wien. Austrian Standard plus, 2009.
- KROPIK, A.; GMOSEK, M.: Der Einfluss funktionaler Leistungsbeschreibungen auf den Wettbewerb. In: *ZVB*, 2012/11.
- KROPIK, A.; KRAMMER, P.: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag. Wien. Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1999.
- KURBOS, R.: Vergaberecht und Bauvertrag - Grenzgang zwischen Wunsch und Realität. In: Tagungsband zum 4. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar: Die Schnittstelle zwischen Vergabe und Bauvertragswesen. Hrsg.: HECK, D.; LECHNER, H.: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2011.
- LANG, C.: Die ÖNORM B 2118, Ausgabe 1. 3. 2011 - das unbekannte (Bauvertrags-)Wesen (Teil II). In: *ZVB*, 2011/75.

- LANG, C.: Die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1. 1. 2009 (Teil VII). In: ZVB, 2011/10.
- LECHNER, H.: Vorlesungsskript zur LV-Nr. 218.461 Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung. Graz. Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz, 2012.
- LECHNER, H.: Konstruktive und funktionale Vergabe aus Sicht des Vergabenden. In: Tagungsband Workshop "Funktionale Planung und Ausschreibung". Hrsg.: LECHNER, H.; HECK, D.: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz. Graz. Verlag der Technischen Universität, 2008.
- LEINEMANN, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Auflage. Köln. Werner Verlag, 2011.
- LEIBER, G.: Value Engineering - die Alternative zur Alternative. In: Tagungsband zum 2. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar - Spezielle Probleme des Bauvertrages und die ÖNORM B 2110. Hrsg.: LECHNER, H.; HECK, D.: Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, TU Graz. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2009.
- MATHOI, T.; SCHWARTZ, W.: Chancen und Gefahren der funktionalen Leistungsbeschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen im Hochbau. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. Hrsg.: INSTITUT FÜR BAUBETRIEB UND BAUWIRTSCHAFT, TU GRAZ. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2006.
- MÜLLER, K.: Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. Hrsg. ÖGEBAU. Wien. Manz, 2008.
- OBERNDORFER, W.; JODL, H. (Hrsg.): Handwörterbuch der Bauwirtschaft. Wien. Austrian Standards plus GmbH, 2010.
- PAETZOLD, U.: Das EU-Legislativpaket aus Sicht der Europäischen Bauwirtschaft. In: Vergaberecht und PPP. Hrsg.: SCHRAMM, J.; AICHER, J.: Wien. Manz Verlag, 2004.
- POCK, R.; SEHRSCHÖN, U.: Problematik der Vergleich- und Kalkulierbarkeit bei funktionalen Ausschreibungen. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. Hrsg.: INSTITUT FÜR BAUBETRIEB UND BAUWIRTSCHAFT, TU GRAZ. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2006.
- PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog - ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. Hrsg.: ÖGEBAU. Wien. Manz, 2008.
- RECKERZÜGL, W.; SCHWARZ, H.: Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts (Teil II). In: RPA, 2001, 113.

RÖSEL, W.; BUSCH, A.: AVA-Handbuch, 6. Auflage. Wiesbaden. Vieweg + Teubner Verlag, 2008.

SALADIN, A.: Varianten und Optionen. In: ZVB, 2007/ 35.

SCHIEFER, M.; FEUCHTMÜLLER, S.: Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. Hrsg.: HEID, S.; SCHIEFER, R.; PRESLMAYR, R.: Wien. Lexis Nexis Verlag, 2010.

SCHLOSSAR-SCHIRETZ, ; MANJA, : Mangelhaft ausgefüllte Bieterlücken; Folgen bei Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip. In: ZVB, 2011/49.

SCHWARZ, H.: Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. In: Festschrift für Wolfgang J. Oberndorfer zum 60. Geburtstag. Hrsg.: INSTITUT FÜR BAUBETRIEB UND BAUWIRTSCHAFT, TU WIEN. Wien. Eigenverlag der Technischen Universität Graz, 2001.

STEINER, D.; RÖBLREITER, K.; WINDISCH, M.: Bundesvergabegesetz 2006. Wien. Verlag Österreich, 2006.

TRAUNER, M.: Österreichisches Recht. In: Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage. Hrsg.: HEID SCHIEFER, R.; PRESLMAYR, R.: Wien. Lexis Nexis Verlag, 2010.

TREUSCH, A.: functional use. In: Tagungsband zum Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium 07.04.2006. Hrsg.: INSTITUT FÜR BAUBETRIEB UND BAUWIRTSCHAFT, TU GRAZ. Graz. Verlag der Technischen Universität Graz, 2006.

VAVROVSKY, G.: Grundlagen zur Bestbieterermittlung bei Zulassung von Alternativangeboten für Bauleistungen. In: ZVB, 2004/61.

WELSER, R.: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Auflage. Wien. Manz, 2007.

Linkverzeichnis

EUROPÄISCHE KOMMISSION: Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/services_de.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013.

EUROPÄISCHE KOMMISSION: Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Dienstleistungsaufträge.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/services_de.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013.

HÖDL, M.; HETTLER, S.: Internationale Bauverträge, ein Leitfaden zu den FIDIC-Vertragsmustern - Teil 1: Einführung und Claim-Management.

http://www.this-magazin.de/artikel/bmbw_Internationale_Bauvertraege_ein_Leitfaden_zu_den_FIDIC-Vertragsmustern_1353718.html. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 10:00 Uhr.

IB-DATA GmbH: Vom richtigen Umgang mit Bieterlücken.

http://www.abk.at/pdf/13_03_Bieterluecken.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 10:24 Uhr.

PARLAMENT: Erläuternde Bemerkungen zum BVergG 2006.

http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/01513/fname_235535.pdf. Datum des Zugriffs: 22.09.2013, 09:50 Uhr.

