

**Spezielle Aspekte
bei der Vergabe von geistig-schöpferischen Dienstleistungen**

Vortrag von
Dr. Georg-Michael Vavrovsky

im Rahmen der

**Wiener Gespräche
Wissenschaft – Wirtschaft**

am 28. Jänner 2002

Spezielle Aspekte bei der Vergabe von geistig-schöpferischen Dienstleistungen

Dr. Georg-Michael Vavrovsky, HL-AG

1 Vorbemerkungen

Angesichts des derzeit in Begutachtung stehenden Entwurfes zum neuen Bundesvergabegesetz (BvergG 2002) scheint es dringend geboten, auf verschiedene Aspekte im Zusammenhang mit der Vergabe von geistig-schöpferischen Dienstleistungen vertiefend einzugehen. Dies insbesondere im Lichte der Bestimmung im §26, Abs (1) und (2), gemäß welcher Vergabeverfahren für derartige Dienstleistungen über einem geschätzten Auftragswert (ohne UST) von 20.000 EUR in einem Verhandlungsverfahren mit mindestens drei Bietern (§ 33 Abs (5)) durchzuführen und öffentlich bekanntzumachen sind. Diese Bestimmung verkennt eindeutig die Besonderheiten, welche derartigen Leistungen innewohnen und übersieht damit auch den Aufwand an Zeit und Kosten, welchen ein sachgerechtes und den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Vergabeverfahren sowohl auf Seite des Ausschreibenden als auch auf Seite der Bewerber und Bieter auslöst.

Bei Inkrafttreten derartiger Bestimmungen, welche weitab der ausgewogenen Intentionen der ÖNORM A 2050/2000 liegen, sind zwangsweise nicht nur massive Zeitverzögerungen in der Projektabwicklung sowie erhebliche Qualitätseinbußen bei Planungsleistungen mit all ihren Folgen zu erwarten, vielmehr steht zu befürchten, dass sich die Auswirkungen insbesondere bei hochrangigen Verkehrsinfrastruktur-Maßnahmen zu einem klaren Standortnachteil für die gesamte österreichische Wirtschaft ausweiten werden.

Die Ursache für derartige Absichten kann nur darin gelegen sein, dass verschiedene wesentliche Aspekte, welche dazu führen, dass derartige Dienstleistungen nur mit einem erheblichen Aufwand einem transparenten und dem Rechtsschutz unterliegenden Wettbewerb zugeführt werden können, nicht hinreichend bewußt sind. Aus diesem Grunde werden in den nachstehenden Ausführungen die in die ÖNORM A 2050/2000 aufgenommenen Bestimmungen für geistig-schöpferische Dienstleistungen eingehend begründet. Darüber hinaus wird die Rolle des Preises beleuchtet, welcher bei Vergabewettbewerben um derartige Dienstleistungen aus sachlich klar belegbaren Gründen nur untergeordnet sein kann. Die Unzulänglichkeit des Preises als vorrangiges Zuschlagskriterium erfordert somit in der Regel ein aufwendiges Qualitäts-Beurteilungsverfahren, für dessen Abwicklung der Österreichische Ingenieur- und Architektenverein in Kürze eine "Empfehlung zur Anwendung des Verhand-

lungsverfahrens bei der Vergabe von geistig-schöpferischen Dienstleistungen" herauszugeben beabsichtigt.

Es darf dabei nicht übersehen werden, dass ein derartiges mehrstufiges Vergabeverfahren neben dem Zeitaufwand von mindestens 6 Monaten zu Aufwendungen auf beiden Seiten führt, welche durchaus imstande sind, den ins Auge gefassten Schwellenwert für öffentliche Bekanntmachungen erheblich zu übersteigen. Aus diesem Grunde wurde im Rahmen der ÖNORM A 2050/2000 unter ganz bestimmten und eingeschränkten Randbedingungen unterhalb der EU-Schwellenwerte die Möglichkeit vorgesehen, ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung auch mit nur einem Unternehmer durchzuführen. (4.3.5.3).

2 Erläuterungen zu den einschlägigen Bestimmungen für geistig-schöpferische Dienstleistungen in der ÖNORM A 2050/2000

2.1 Bestimmungen

Die ÖNORM A 2050/2000 enthält insgesamt folgende drei Bestimmungen für geistig-schöpferische Dienstleistungen:

unter **3. Definitionen**

3.15 geistig-schöpferische Dienstleistungen

Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung möglich.

unter **4.2.2 Wahl des Vergabeverfahrens**

4.2.2.4 *Für die Vergabe von geistig-schöpferischen Dienstleistungen ist das Verhandlungsverfahren anzuwenden.*

unter **7.4 Verhandlungen mit den Bietern**

7.4.6 *Bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen ist unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien jene verbindliche Erklärung zur Leistungserbringung auszuwählen, welche im Hinblick auf die gestellte Aufgabe am ehesten Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserbringung bietet. Mit diesem ausgewählten Bieter kann unter Beach-*

tion der Grundsätze des bisherigen Verfahrens über den Auftragsinhalt verhandelt werden.

2.2 Begründungen

2.2.1 Definition

Die Gruppe der geistig-schöpferischen Dienstleistungen unterscheidet sich von allen anderen Dienstleistungen insbesondere dadurch, dass ihr wesentlicher Inhalt, wie die Definition ja auch klar zum Ausdruck bringt, in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung möglich. Dies bezieht sich insbesondere auf die Qualität und damit auch den jeweiligen Wert des Produktes der geistigen Leistung.

Dieser Umstand eröffnet den Bietern die Möglichkeit, über einen wesentlichen Teilaspekt der Leistung, nämlich die Qualität des Leistungsproduktes weitgehend selbst zu disponieren und ihrem Angebot jeweils subjektive Einschätzungen für den getätigten Aufwand zu Grunde zu legen. Die Folge sind Angebote, die aufgrund der Natur der Leistung nicht direkt über den Preis, sondern nur über eine vorwiegend qualitätsorientierte Beurteilung des "Leistungsversprechens" bzw. der Erklärung zur Dienstleistungserbringung miteinander vergleichbar sind. Um hierbei willkürliche Einflüsse weitgehendst auszuschalten, ist ein klar vorgegebenes und bekanntgemachtes Verfahrensprozedere unumgänglich.

Die spezielle Definition dieser Gruppe von Leistungen hatte somit den Sinn

- der nicht hinlänglichen Beschreibbarkeit dieser Leistungen dahingehend Rechnung zu tragen, dass solche Leistungen jedenfalls im einzig hierfür zugänglichen Vergabeverfahren, nämlich dem **Verhandlungsverfahren** (Pkt. 4.2.2.4) zu vergeben sind und
- der nicht direkten Vergleichbarkeit der Preisangebote insofern Rechnung zu tragen, als **die abschließenden Verhandlungen** über den gesamten Auftragsinhalt **erst nach Herstellung der Vergleichbarkeit** im Wege eines vorwiegend qualitätsorientierten Wettbewerbes geführt werden können (Pkt. 7.4.6).

2.2.2 Wahl des Vergabeverfahrens

Die Begründung für die klare Formulierung in Pkt. 4.2.2.4 wird sehr treffend von o.Univ.Prof. Dr. Josef AICHER in [1] dargelegt.

Dort wird u.a. ausgeführt:

"Kann der Auftraggeber durch eine vollständige und exakte Leistungsbeschreibung die gleiche Ausgangsposition der Bieter nicht gewährleisten, weil die bloße Aufgabenbeschreibung nicht einen für alle Bieter gleichen Leistungsinhalt festlegen kann, mit dem die Aufgabe erfüllt werden soll, weil die Bieter über die Qualität des Angebotsinhaltes disponieren können und im Wege der Einschätzung des nicht exakt angebbaren Leistungsvolumens, über die Abschätzung des erforderlichen Zeitaufwandes, der notwendigen Qualifikation des eingesetzten Personals, der Leistungsqualität des Büros etc. auch disponieren müssen, kommt es bei geistig-schöpferischen Leistungen zu einem Phänomen, das bei beschreibbaren Leistungen nicht auftritt: Der Bieter disponiert mit dem Preisangebot über Auftragsinhalt und -qualität. In gewisser Weise schafft der Bieter über das Preisangebot erst den Leistungsinhalt, der zur Erfüllung der beschriebenen Aufgabe erforderlich ist, weil er - durchaus subjektiv - den Preis danach kalkuliert, was er an Zeit- und Personalaufwand, Personalqualität, projektnotwendige Durchdringungstiefe etc. einschätzt. Daraus resultiert die Unvergleichbarkeit der Angebote.

Daraus folgt dreierlei:

- (1) Zur Festlegung des konkret geschuldeten Leistungsinhaltes muss mit dem Bieter verhandelt werden, weil die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht so abgefasst werden können, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können (§ 29 Abs 3 BVergG). Der Weg, den der Bestbieter zur Lösung der beschriebenen Aufgaben angeboten hat, muss im Verhandlungsweg zum geschuldeten Leistungsinhalt optimiert werden.*
- (2) Der Auftraggeber ist aber auch bei nicht hinreichend beschreibbaren Leistungen verpflichtet, die Grundsätze des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter zu wahren. Das kann aber nur gelingen, wenn der Auftraggeber eine möglichst detaillierte Aufgabenbeschreibung verfasst, durch Unternehmens- und projektbezogene Qualitätskriterien sowie durch Zurückdrängung des Preiskriteriums, das wie kein anderes die Vergleichbarkeit der Angebote voraussetzt, Bewertungsfaktoren heranzieht, die vom angebotenen Leistungsvolumen unabhängig sind oder zumindest das Verhältnis von angebotenen Leistungsinhalt und Preis bewertbar machen.*

(3) Beiden Anforderungen kann nur im Verhandlungsverfahren entsprochen werden, sodass nicht hinreichend beschreibbare geistig-schöpferische Dienstleistungen in diesem Verfahren vergeben werden müssen."

Im Ergebnis heißt dies, dass unter Zugrundelegung der in der ÖNORM A 2050/2000 festgelegten Definition für geistig-schöpferische Dienstleistungen **keine Optionsmöglichkeit** hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens besteht und sich der kategorische Imperativ aus der Definition eo ipso ableitet.

Den beiden bisher behandelten Aspekten wurde im Entwurf zum BvergG 2002 auch vollinhaltlich Rechnung getragen. Anders verhält es sich jedoch mit den Sonderbestimmungen hinsichtlich der Verhandlung mit den Bietern.

2.2.3 Verhandlungen mit den Bietern

Die Bestimmung des Punktes 7.4.6 präzisiert das generelle Zuschlagsprinzip (Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot) im Hinblick auf die speziellen Anforderungen an derartige Leistungen, wobei der Aspekt einer qualitätvollen Leistungserbringung speziell hervorgehoben wird.

Der Wesenskern dieser Bestimmung zielt aber vor allem darauf ab, bei derartigen Leistungen, die nicht eindeutig und vollständig beschreibbar sind und damit auch nicht direkt vergleichbar sind, anhand von Zuschlagskriterien einen fairen und transparenten Wettbewerb unter gleichen Bedingungen für alle Bieter durchzuführen, **bevor** mit dem Bieter, welcher sich mit seiner Erklärung zur Leistungserbringung als Bester erwiesen hat, über den Auftragsinhalt abschließend verhandelt wird.

Diese Bestimmung ist für derartige Leistungen an sich schon deshalb vergaberechtlich zwingend erforderlich, da das notwendige Bemühen bei der Herstellung einer Vergleichsbasis im Zuge der Verhandlung mit mehreren Bietern zwangsweise in den Widerspruch zwischen erforderlicher Transparenz und gebotener Vertraulichkeit führt.

In diesem Punkt muss im Rahmen des Verhandlungsverfahrens eben unterschieden werden zwischen Leistungen und Angeboten, für welche eine Vergleichsbasis sowie ein Vergleichsmaßstab vorhanden ist (hier sind abschließende Verhandlungen mit mehreren Bietern gleichzeitig möglich) und zwischen jenen Leistungen bzw. Angeboten, wo diese Voraussetzungen nicht vorhanden sind.

Im Sinne der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbes zielt diese Bestimmung vor allem darauf ab, eine wettbewerbsverzerrende Beeinflussung der Bonität einzelner Angebote im

Verhandlungswege zuverlässig zu unterbinden und durch eine geeignete Verfahrensvorschrift dafür Sorge zu tragen, dass vor der Aufnahme abschließender Verhandlungen die Vergleichbarkeit der Erklärungen zur Leistungserbringung auf Basis vorgegebener Zuschlagskriterien sichergestellt wird.

Dies hat zur Folge, dass die in der EU-Richtlinie verankerte generelle Ermächtigung zur Verhandlung mit einem oder mehreren Bietern im Falle von Leistungen, bei denen der Auftragsinhalt nach Art, Umfang und Qualität auch im Zuge des Vergabeverfahrens nicht eindeutig und vollständig festgelegt werden kann, sondern vielmehr einer Erwartungshaltung des Auftraggebers ein Leistungsversprechen des Bieters gegenübersteht, zwingend auf jenen Bieter eingeschränkt werden muss, der sich in einem fairen und transparenten Wettbewerb anhand der Zuschlagskriterien als Bester erwiesen hat. Bei entsprechend qualifizierter Wahl der Zuschlagskriterien sollte dieser Bieter am ehesten die Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Lösung der gestellten Aufgabe bieten.

Sinn der Verhandlung mit dem erstgereihten Bieter ist es vornehmlich, die Qualitätsvorstellungen des Auftraggebers mit denjenigen des potentiellen Auftragnehmers abzustimmen und die darauf basierenden Konsequenzen in das Angebot einzuarbeiten. Hiezu gehört selbstverständlich auch die Prüfung der Angemessenheit des Honorarvorschlages im Hinblick auf das abgestimmte Leistungsvolumen und das ins Auge gefaßte Qualitätsniveau.

3 Zur Rolle des Preises bei der Auswahl des bestgeeigneten Bieters

Entsprechend der ÖNORM A 2050/2000 ist es das Ziel des Vergabeverfahrens, jenen Bieter nicht diskriminierend auszuwählen, welcher im Hinblick auf die gestellte Aufgabe am ehesten Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserbringung bietet. Unter Bedachtnahme auf dieses Ziel kommt dem Kriterium Preis naturgemäß eine eher untergeordnete Rolle zu, wobei es bei derartigen Leistungen vorrangig über folgende zwei Aspekte Auskunft gibt:

- Ist der Bieter aufgrund einschlägiger Erfahrungen in der Lage, das zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgabe anfallende Leistungsvolumen sowie die erforderliche Leistungsqualität und den damit im Zusammenhang stehenden Aufwand in angemessener Weise einzuschätzen?
- Ist der Bieter in der Lage, ein mit den anderen Angeboten vergleichbares Leistungsvolumen sowie eine vergleichbare Leistungsqualität zu kostengünstigeren Konditionen zu erbringen?

Im Hinblick auf die Bewertung des ersten Aspektes zeigt die Erfahrung, dass die Preisangebote von Bietern umso weiter vom Mittelpreis der übrigen Bieter abweichen, je geringer die einschlägige Erfahrung und damit die Qualität dieses Bieters im Vergleich zu den anderen Bietern ist. Dies hat in der Regel einen der folgenden beiden Gründe:

- Der Bieter ist nicht in der Lage, das anfallende Leistungsvolumen sowie die erforderliche Leistungsqualität und den damit in Zusammenhang stehenden Aufwand in angemessener Weise einzuschätzen,
- oder aber
- der Bieter hat seinem Angebot bewusst ein sehr geringes und damit nicht sachgerechtes Leistungsvolumen bzw eine Leistungsqualität, welche mit den anderen Angeboten nicht vergleichbar ist, zugrunde gelegt, um sich einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.

Beide Aspekte sind im Hinblick auf die Zielsetzung der Bieterauswahl sowie die gebotene Gleichbehandlung aller Bieter bei der Bewertung des Angebotspreises in angemessener Form zu berücksichtigen. Dies gilt in ganz besonderem Maße für bewusst herbeigeführte Wettbewerbsverzerrungen durch mindere Leistungsqualität bzw. durch nicht vergleichbare Leistungsvolumina.

Dass niedrige und stark von den übrigen Bietern abweichende Angebotspreise bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen in der Regel nicht in erster Linie auf ein technisch und wirtschaftlich günstiges Angebot, sondern auf ein wesentlich geringeres Leistungsvolumen, verbunden mit einer deutlich geringeren Leistungsqualität zurückzuführen sind, zeigen die Ergebnisse einer Vielzahl von Angebotsprüfungen deutlich auf. Analysen der Aufwandsschätzungen und der Qualifikation des eingesetzten Personals ergeben, dass Preisunterschiede fast ausschließlich auf eine unterschiedliche Einschätzung des Zeitaufwandes und damit des Leistungsvolumens zurückzuführen sind.

Die Ursache für derart unterschiedliche Leistungsangebote liegt vorrangig darin, dass der zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe erforderliche Zeitaufwand im Vorhinein oft nur unzulänglich eingeschätzt werden kann. Der Angebotspreis ist somit nicht so sehr das Ergebnis der Kalkulation von ausgeschriebenen Einzelleistungen als vielmehr eine auf subjektiver Erfahrung aufbauende Einschätzung des erforderlichen Kostenrahmens zur Erbringung des zum Zeitpunkt der Angebotslegung noch nicht hinreichend bekannten Leistungsvolumens. Dabei spielt insbesondere auch die subjektive Einschätzung der hinreichenden Leistungsqualität eine maßgebende Rolle.

Bei Dienstleistungen, bei welchen Art, Umfang und erforderliche Qualität im Vorhinein nicht hinlänglich genau bekannt und beschreibbar sind, ist deshalb zwischen der Qualität des Bieters und der Qualität des Angebotsinhaltes bzw des damit unterbreiteten Leistungsversprechens deutlich zu unterscheiden. Im Rahmen eines vorrangig über den Preis geführten Wettbewerbes kann auch ein qualitativ hochwertiger Bieter bei nicht eindeutigen Auftragsinhalten versuchen, sich durch einen vergleichsweise geringen Angebotsinhalt einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Leidtragender ist diesfalls nicht nur der Auftraggeber, der sich vor qualitativ minderwertigen Angeboten nicht in Schutz nehmen kann, sondern vorallem auch die Qualität, die Dauerhaftigkeit und die Wirtschaftlichkeit jener Projekte, an deren Beginn mangelhafte Planungsleistungen stehen.

Die beschriebenen Aspekte zeigen die grundsätzliche Problematik eines Preisvergleiches im Rahmen der Bieterauswahl, insbesondere im Hinblick auf die geforderte Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote, deutlich auf.

4 Empfehlungen zum Vergabeverfahren für geistig-schöpferische Dienstleistungen

4.1 Allgemeines

Sinn dieser vom Österreichischen Ingenieur- und Architektenverein (ÖIAV) in Kürze vorgelegten Empfehlung ist die Hilfestellung bei der Abwicklung von Vergabeverfahren für geistig schöpferische Dienstleistungen, für welche gemäß BvergG 97 und ÖN A 2050/2000 Punkt 4.2.2.4 ein Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung durchzuführen ist. Aufbauend auf den Bestimmungen der ÖN A 2050 (A 2051) bzw. des BvergG soll durch die Vorgabe einer standardisierten Struktur des Verfahrensablaufes für das Vergabeverfahren von geistig schöpferischen Leistungen eine Vereinheitlichung und eine Erhöhung der Rechtssicherheit erzielt werden.

Die Empfehlungen beziehen sich ausschließlich auf Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, für welche im Oberschwellenbereich gem. der gegenwärtigen einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ein Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung durchzuführen ist, bzw. auch auf Vergabeverfahren von nicht öffentlichen Auftraggebern, welche ein derartiges Verfahren aufgrund sonstiger Umstände durchführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich bzw. der Vergabeverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung wird auf Kapitel 5 verwiesen.

4.2 Ablauf des Vergabeverfahrens

Gegenstand der Empfehlung ist die Darlegung der organisatorischen Abwicklung des gesamten Vergabeverfahrens, um dem ausschreibenden Auftraggeber, aber auch potentiellen Bewerbern einen Überblick über den weiteren Ablauf zu geben.

4.2.1 Ablauf des Vergabeverfahrens - 1. Stufe: Auswahlverfahren

Folgende Vorgangsweise wird empfohlen:

Zunächst erfolgt die Überprüfung der Eignung der Bewerber gemäß den in den Bewerbungsunterlagen bekanntgegebenen Eignungskriterien. Ist eine Begrenzung der Anzahl der einzuladenden Bieter vorgesehen, so hat der AG in den Bearbeitungsunterlagen darzulegen, auf welche Weise er aus der Anzahl der geeigneten Unternehmer jene in der Bekanntmachung bekanntgegebene Anzahl an Unternehmern auswählt, welche eingeladen werden, eine Erklärung zur Leistungserbringung abzugeben. Anhand der sogenannten Auswahlkriterien erfolgt eine Auswahl aus den geeigneten Bewerbern nach unternehmensbezogenen, nicht diskriminierenden und objektiven Gesichtspunkten.

Soweit solche Kriterien aufgrund der Eigenart des konkreten Auftragsinhaltes auch als auftragsbezogene Kriterien anzusehen sind, können diese im Unterschied zu den Eignungskriterien auch als Teil der Zuschlagskriterien Verwendung finden, sofern dies den Bewerbern in der Bekanntmachung oder in den Bewerbungsunterlagen mitgeteilt wird.

Auf der Basis der Beurteilungs- und Bewertungsergebnisse werden jene Bieter ausgewählt, welche zur Abgabe einer Erklärung zur Leistungserbringung eingeladen werden sollen. Die nicht berücksichtigten Bewerber sollten hiervon verständigt werden.

4.2.2 Ablauf des Vergabeverfahrens - 2. Stufe: Zuschlagsverfahren

Obwohl diese Phase des Verfahrens nur für die ausgewählten Bewerber von Interesse ist, sollte sich der Auftraggeber schon in den Bewerbungsunterlagen festlegen, wie er gedenkt, den Bestbieter aus der begrenzten Zahl von Bietern zu ermitteln. Diese Information ist für die Entscheidung der potentiellen Bewerber, einen Teilnahmeantrag zu stellen, von maßgebender Bedeutung.

Folgende Vorgangsweise wird empfohlen:

Die eingegangenen Erklärungen zur Leistungserbringung haben jeweils aus einer **Erklärung zur Qualität** und einer **Erklärung zum Honorar** zu bestehen, welche voneinander getrennt in zwei Kuverts abzugeben sind (Zwei Kuvert - System).

In einem ersten Schritt wird die Erklärung zur Qualität der Leistung (Kuvert A) geöffnet, das Kuvert mit der Erklärung zum Honorar (Kuvert B) bleibt verschlossen und wird zweckmäßigerweise einem Notar übergeben.

Nach der Öffnung des Kuverts A erfolgt zunächst die möglichst kommissionelle* Prüfung und Beurteilung der Erklärung zur Qualität auf Basis der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien. Hierbei können die Bieter auch zu einem Hearing geladen werden. Das Beurteilungsergebnis auf Basis der auftragsbezogenen Auswahlkriterien sowie der Erklärung zur Qualität sollte hierauf möglichst jenem Notar übergeben werden, welcher auch an der Öffnung der Erklärungen zum Honorar (Kuvert B) teilnimmt.

Nach einer rechnerischen und kalkulatorischen Überprüfung erfolgt schließlich die Ermittlung des bestgereihten Bieters auf Basis der festgelegten Gewichtung zwischen den Kriterien Qualität und Preis. Die Quantifizierungsmethode sollte dabei jedenfalls schon mit den Bewerbungsunterlagen voll-inhaltlich bekanntgegeben werden.

Mit dem auf diese Weise ermittelten Bieter kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden, wobei insbesondere die Angemessenheit des Honorars im Hinblick auf die beiderseitigen Qualitätsvorstellungen und das damit verbundene Leistungsvolumen abzustimmen sind. Eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten dieses Bieters erfolgt nur dann, wenn dem zu vereinbarenden Auftragsinhalt ein angemessenes Honorar gegenüber steht. Andernfalls wird der erstgereichte Bieter ausgeschieden und der nächstgereichte Bieter zur Verhandlung eingeladen.

Der Abschluss des Vergabeverfahrens erfolgt durch die Zuschlagserteilung.

5 Zur Vergabe geistig-schöpferischer Dienstleistungen im Unterschwellenbereich

Generell hat ein öffentlicher Auftraggeber auch unterhalb der rechtsverbindlichen Schwellenwerte die EU-weit normierten Grundsätze der Transparenz, des fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter zu wahren. Bei Leistungen, die nicht hinreichend be-

* Im Sinne des Mehr Augen - Prinzips.

schreibbar sind, kann dies aber nur gelingen, wenn der Auftraggeber auftragsbezogene Qualitätskriterien erarbeitet und durch ein entsprechend geeignetes Vergabeverfahren die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellt.

Für die Erarbeitung der Angebotsunterlagen sowie für die Abwicklung des Vergabeverfahrens muß, wie schon erwähnt, auch bei vergleichsweise kleinen Auftragswerten mit erheblichen Aufwendungen auf Seiten des Auftraggebers und den Wettbewerbsteilnehmern gerechnet werden, da jede Aufgabenstellung spezielle Anforderungen an den Bieter stellt.

Dieser Aufwand ist für Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwertes von 200.000 EUR in aller Regel nicht gerechtfertigt, da auch für den Beschaffungsvorgang selbst die Prinzipien der Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu beachten sind.

Unter dem EU-Schwellenwert kann daher bei solchen Dienstleistungen gem. der ÖNORM A 2050/2000 Pkt. 4.3.5.3 lediglich ein Bieter zur Angebotsabgabe eingeladen werden.

Dort ist unter Punkt 4.3.5 folgendes festgelegt:

4.3.5. Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung

*4.3.5.3. Ein Verhandlungsverfahren mit **nur einem** Unternehmer ist nur zulässig,*

- (1) wenn nur ein Unternehmer gemäß 4.2.2.6 (2), (3), (4), (6), (9), (10), (11), (13) und (14) in Frage kommt.*
- (2) bei Dienstleistungen gemäß 4.2.2.4 und 4.2.2.5 (1), bei welchen eine eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung nicht möglich ist, die Preisangemessenheit für die zu vergebende Leistung mit Hilfe von Honorarrichtlinien oder Gleichwertigem bestimmbar ist und die Kosten des Beschaffungsvorganges dieses Verfahren rechtfertigen.*

Inhaltlich ist eine derartige Vorgangsweise, welche Bedacht auf die Prinzipien Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nimmt, auch auf Basis der ÖNORM A 2050/Ausgabe 1.1.1993 zulässig. Dies untermauert der Standardkommentar zu den österreichischen Normen, betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen, herausgegeben von W. OBERNDORFER und M. STRAUBE, erschienen im Österreichischen Wirtschaftsverlag, wo zu Punkt 1.5.3.2 der ÖNORM A 2050/1.1.1993 folgendes festgehalten wird:

ÖNORM A 2050, Punkt 1.5.3.2

"Von den in Aussicht genommenen Unternehmen sind verbindliche Angebote einzuholen. Ist die Wahl zwischen mehreren Unternehmen möglich, sind zu Vergleichszwecken entsprechend der Höhe des geschätzten Auftragswertes mehrere,

in der Regel mindestens drei verbindliche Angebote einzuholen. Dabei ist auf 1.6 Bedacht zu nehmen."

Kommentar:

*Die Formulierung „in der Regel mindestens drei“ impliziert, daß in Ausnahmefällen mit zwei oder gar **mit einem Angebot** das Auslangen gefunden werden kann. Faktoren, die diese Entscheidung beeinflussen, sind zum Beispiel: der Auftragswert (die Geringfügigkeit der Vergabesummen), die Kenntnis von Marktpreisen (bei immateriellen Leistungen, für die standardisierte Leistungsbilder existieren und für die sich ein konsistentes Preisniveau eingestellt hat), die speziellen Anforderungen an Fähigkeit, Kreativität und Erfahrung (bei immateriellen Leistungen, insbesondere wenn die Güte der Leistung für die Wirtschaftlichkeit des Gesamtobjektes von ausschlaggebender Bedeutung ist).*

Da bei Leistungen, welche einer eindeutigen und vollständigen Beschreibung insbesondere der Qualität des Produktes der Dienstleistung nicht zugänglich sind, die gesetzeskonforme Herstellung der Vergleichbarkeit der Angebote nur mit Hilfe auftragsbezogener Qualitätskriterien im Rahmen eines entsprechend geeigneten (meist mehrstufigen) und deshalb auch aufwendigen Vergabeverfahrens erreicht werden kann, handelt es sich bei solchen Leistungen, unter welche auch die geistig-schöpferischen Dienstleistungen fallen, zweifelsohne um jene Ausnahmen, welche gerade nicht unter die normgemäße Regel fallen.

6 Schlussbemerkung

Die Abwicklung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter, bei welchem naturgemäß auch eine Bekanntmachung entfällt, verstößt nicht, wie mancherorts eingewendet wird, von vorneherein gegen das **Transparenzgebot**. Dieses hat nämlich grundsätzlich zum Ziel, mehrere am Verfahren teilnehmende Bewerber bzw. Bieter in die Lage zu versetzen, die Einhaltung des Fairness- und Gleichbehandlungsgebotes sowie sämtliche im Vergabeverfahren relevanten Entscheidungen des Auftraggebers zu überprüfen. Nimmt jedoch aus welchen Gründen auch immer, nur ein Unternehmer am Vergabeverfahren teil, entfällt zwar mangels weiterer Bieter **deren** Informationsanspruch, der Transparenzanspruch hinsichtlich der Entscheidungen des Auftraggebers bleibt aber auch für den **einen** am Verfahren teilnehmenden Unternehmer selbstverständlich aufrecht.

Der vom Verfassungsgerichtshof verlangte Rechtsschutz für Bieter auch in Verfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte hat im gegebenen Kontext allerdings zur Folge, daß auch ein

Einzelbieter in seinem berechtigten Interesse, den Auftrag zu erhalten, gegen etwaige Willkür bzw. Überforderung seitens des potentiellen Auftraggebers mittels geeigneter Rechtsschutzinstrumente vorgehen kann. Eine zwingende Vorschrift für eine Bekanntmachung von Vergabeverfahren für nicht eindeutig und vollständig beschreibbare Dienstleistungen im Unterschwellenbereich mit all den zeit- und kostenraubenden Konsequenzen ist aus dem Auftrag an den Gesetzgeber, auch im Unterschellenbereich einen allenfalls modifizierten Rechtsschutz einzurichten, nicht ohne weiteres ableitbar.

Angesichts der in diesem Beitrag aufgezeigten Aspekte und Fakten ist bei Inkrafttreten der im Entwurf zum BvergG 2002 vorgesehenen Regelung mit massiven Verzögerungen im gesamten hiervon betroffenen Infrastrukturausbau in einem derzeit noch gar nicht absehbaren Ausmaße zu rechnen. Im Hinblick auf die wirtschafts-, beschäftigungs- und standortpolitischen Interessen Österreichs sollte daher mit höchstem Nachdruck dafür Sorge getragen werden, dass die Gestaltungsmöglichkeiten im nationalen Bereich zweckorientiert genutzt und nicht einem zunehmend praxisfremden Vergabewesen geopfert werden.

[1] Aicher, Josef; Das Verhandlungsverfahren im öffentlichen Beschaffungswesen in Theorie und Praxis, Festschrift des IBB, März 2001