

# Vergabe geistiger Leistungen im Verhandlungsverfahren

## Ausnahme von der Regel der Wahl des offenen bzw des nicht offenen Verfahrens mit Bekanntmachung

Bei einer Durchschnittsbetrachtung kommt man zwangsläufig zum Schluss, dass die Vergabe geistiger Leistungen der schwierigste Bereich des Spektrums der Vergabe öffentlicher Aufträge ist. War die (österreichische) Vergabekategorie anfänglich äußerst restriktiv beim Zugang zum Verhandlungsverfahren, so verläuft die Judikaturlinie nunmehr so, dass das Verhandlungsverfahren das Regelverfahren ist.

Von Franz Pachner

### Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage
  - 1. Kurzer historischer Exkurs
  - 2. Zweck dieses Beitrages
- B. Rechtlicher Rahmen
  - 1. Geistig-schöpferische Dienstleistungen
  - 2. Dienstleistungen, bei denen eine vorherige globale Preisgestaltung nicht möglich ist
- C. Besonderheiten bei der Vergabe geistiger Leistungen in der Praxis
  - 1. Vorarbeiten
  - 2. Eignungs-/Auswahl- und Bestbieterkriterien
    - a) Schwierige Trennung von Eignungs-/Auswahl- und Bestbieterkriterien
    - b) Problem der Bewertung schriftlicher Unterlagen
    - c) Gewicht des Bestbieterkriteriums Preis
  - 3. Referenzen und deren Vergleichbarkeit
  - 4. Kosten nachfolgender Leistungen
  - 5. Häufig kein Raum für Alternativangebote
  - 6. Kommissionelle Bewertung nicht notwendig, jedoch zu empfehlen
- D. Die österreichische Judikatur zur Vergabe geistiger Leistungen im Verhandlungsverfahren
  - 1. Die ersten Entscheidungen zur Vergabe geistiger Leistungen im Verhandlungsverfahren
  - 2. Neue Judikaturlinie: Das Verhandlungsverfahren als Regelverfahren zur Vergabe geistiger Leistungen
    - a) Das Kriterium der „spezifischen Erfahrung“
    - b) Die Wahl des Verhandlungsverfahrens bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen nach § 25 Abs 5 Z 3 steht nicht im Ermessen des Auftraggebers
    - c) Der Ausnahmetatbestand des § 25 Abs 5 Z 2 BVergG setzt voraus, dass ein unmittelbarer Preisvergleich bei Angeboten nicht möglich ist

### A. Ausgangslage

#### 1. Kurzer historischer Exkurs

Geht man in die Geschichte des österreichischen Vergaberechts vor das BVergG 1993 zurück, so stößt man auf die Ministerratsrichtlinienbestimmung R 1) zu Abschnitt 1,1 der ÖNorm A 2050, 30. 9. 1957, aus dem Jahr 1981, die bezüglich Leistungen immaterieller Art – als gesondertem Typus gegenüber den voll erfassten materiellen Leistungen und den ausführenden Dienstleistungen – lautet: „Unter Leistungen, die nach der ÖNorm A 2050 zu vergeben sind werden [...] auch Arbeiten und Leistungen immaterieller Art wie zB Planungen, Projektierungen, Berechnungen, Gutachten, künstlerische Leistungen etc – diese Arbeiten und Leistungen jedoch nur, sofern ihr Wert zehn Millionen Schilling übersteigt – verstanden.“ Der historische (österreichische) Richtlinienerlasser dürfte sich somit der Komplexität der Materie bewusst gewesen sein, wie die Wertgrenze zeigt.

#### 2. Zweck dieses Beitrages

Im folgenden Beitrag soll nicht der idealtypische Ablauf eines Verfahrens zur Vergabe geistiger Leistungen im Verhandlungsverfahren dargestellt werden, sondern die Rahmenbedingungen für die Wahl des Verhandlungsverfahrens als Regelverfahren für die Vergabe prioritärer Dienstleistungen.<sup>1)</sup> Insbesondere soll dies anhand der dazu ergangenen Judikatur Österreichs und, da die Rechtslage weitestgehend vergleichbar ist, anhand der reichhaltigen Judikatur der Bundesrepublik Deutschland erfolgen.<sup>2)</sup>

1) Auf Ausführungen zur Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren kann auf Grund der äußerst marginalen Vorgaben des EG-Vergaberechts verzichtet werden.

2) Die herangezogene Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland bezieht sich auf die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF), die seit 1. 11. 1997 durch die betroffenen Auftraggeber rechtsverbindlich anzuwenden ist.

ZVB 2004/44

§§ 20 Z 17, 23  
Abs 5 und 6, 25  
Abs 5 Z 2, 3 und  
26 Abs 2 und 4  
BVergG 2002

BVA 2. 4. 2002  
N-136/01-41;  
BVA 13. 10. 2003,  
09N-84/03-15;  
VK Lüneburg  
1. 8. 2001,  
203-VgK-15/2001

Geistige Arbeit;  
Standardisier-  
barkeit des  
Leistungs-  
gegenstandes;  
schwierige  
Trennung von  
Eignungs-  
und Zuschlags-  
kriterien;  
spezifische  
Erfahrung;  
Bedeutung der  
Kosten nach-  
folgender Maß-  
nahmen

Im Wesentlichen sind die freiberuflichen Leistungen<sup>3)</sup> und Leistungen artverwandter Wirtschaftszweige betroffen, charakteristisch ist auch, dass es für zahlreiche dieser Leistungen Gebühren- oder Honorarordnungen gibt.<sup>4)</sup> Aus den in FN 3 und 4 zitierten Dokumenten ist ersichtlich, dass die bestehenden Verhältnisse mit dem europarechtlichen Rahmen im Einklang stehen.

## B. Rechtlicher Rahmen

Das geltende Vergaberecht hat zwei Tatbestände, unter die die Vergabe geistiger Leistungen subsumiert werden kann.

### 1. Geistig-schöpferische Dienstleistungen

Im Gegensatz zu seinen Vorgängerversionen enthält das BVergG 2002 in § 20 Z 17 eine Definition: „Geistig-schöpferische Dienstleistungen sind Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung möglich.“

*Aicher* trifft das Verdienst, in einem Gutachten für die Vergabe geistig-schöpferischer Leistungen durch die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG (HL-AG) diese allgemein verständliche und den Kern treffende Definition niedergelegt zu haben. *Vavrovsky*<sup>5)</sup> ist der Dank dafür auszusprechen, dass er dieses Gutachten in seinem allgemeinen, nicht die individuellen Besonderheiten der HL-AG betreffenden Teil der Fachöffentlichkeit zugänglich machte.<sup>6)</sup>

§ 25 Abs 5 Z 3 BVergG<sup>7)</sup> gilt für den Regelfall der Vergabe geistig-schöpferischer Dienstleistungen mit vorheriger Bekanntmachung.<sup>8)</sup> § 27 Abs 1 Z 1 legt die Grenze für die Zulässigkeit der Direktvergabe als formfreiem Verfahren mit 30.000 Euro (ohne MWSt) fest; § 26 Abs 4 regelt für den Unterschwellenbereich als Ausnahmefall das Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer, wenn die Kosten des Vergabeverfahrens im Verhältnis zum geschätzten Auftragswert wirtschaftlich nicht vertretbar sind.

### 2. Dienstleistungen, bei denen eine vorherige globale Preisgestaltung nicht möglich ist

Dieser Tatbestand des § 25 Abs 5 Z 2 BVergG<sup>9)</sup> für Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung lässt auf europarechtlich gesicherter Grundlage erkennen, dass nicht nur Dienstleistungen mit (ausgeprägt) geistig-schöpferischer Komponente die Wahl des Verhandlungsverfahrens zulassen; im Unterschwellenbereich gilt sinngemäß gleich die Bestimmung des § 26 Abs 2.

Soweit es geistige Leistungen betrifft, die nicht völlig standardisiert werden können, wird wohl *Arrowsmith* zu folgen sein:<sup>10)</sup> „Die Dienstleistungsregelungen lassen die Wahl des Verhandlungsverfahrens

in jenen Fällen zu, in denen die Art der Leistungen dergestalt ist, dass die „Spezifikationen nicht mit hinreichender Genauigkeit festgelegt werden können, die die Wahl des offenen oder des nicht offenen Verfahrens zulassen würde“. Geregelt ist, dass dies „insbesondere“ für die „geistigen Leistungen“ und die Kategorie 6 des Anhangs IA der Richtlinie gilt – das sind die Finanzdienstleistungen. „Geistige Dienstleistungen“ sind nicht definiert. Zweifellos ist dies eingeschränkt auf „white-collar-Dienstleistungen“ [Anm Pachner: iwS Büroarbeiten], bei denen von intellektuellen Fähigkeiten stärker als von manuellen Fähigkeiten Gebrauch gemacht wird. Wie auch immer, der Gebrauch dieser Bestimmung wird nicht für alle „white-collar-Leistungen“ angemessen sein. Ob alle freiberuflichen Dienstleistungen (professional services) als „geistige Leistungen“ eingestuft werden können, ist, wie auch immer, nicht entscheidend: Der spezifische (aber nicht abschließende) Bezug auf diese Leistungen bedeutet, dass die Nachprüfungsinstanzen den Versuchen, die Ausnahme in diesen Fällen anzusprechen, Verständnis entgegenbringen sollen.“<sup>11)</sup> Zu den Leistungen, die hier – wenn schon nicht unter geistig-schöpferische Dienstleistungen – eingeordnet werden können, zählt zB die örtliche Bauaufsicht bei Bauaufträgen.

## C. Besonderheiten bei der Vergabe geistiger Leistungen in der Praxis

### 1. Vorarbeiten

Bezüglich dieses vergaberechtlich äußerst heiklen Themas verweise ich auf die Ausführungen von *Gölles*, ZVB 2003/1, 14.

3) Dass freie Berufe keine österreichische und deutsche Besonderheit sind, belegen die Schiussanträge des GA *Jacobs* vom 23. 3. 2000 in den verbundenen Rs C-180/98 und C-184/98 (*Pavlov ua*), worin in den RN 72 ff die Charakteristika so beschrieben werden: Häufig haben diese Berufsstände ein gesetzliches Monopol zur Erbringung dieser Leistungen; idR Beteiligung an der Kontrolle des Zugangs zum Beruf; idR eingeschränkte Werbung; viele Berufsstände legen Gebühren oder Honorare für ihre Leistungen fest; in vielen Berufen begrenzte Möglichkeit der Berufsausübung in bestimmten Unternehmensstrukturen.

4) Siehe diesbezüglich den 47. Erwägungsgrund der neuen Vergaberichtlinie für die („klassischen“) öffentlichen Auftraggeber: „Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sollten die Zuschlagskriterien nicht die Anwendung nationaler Bestimmungen beeinträchtigen, die die Vergütung bestimmter Dienstleistungen, wie beispielsweise die Vergütung von Architekten, Ingenieuren und Rechtsanwälten, regeln.“

5) *Dr. Georg-Michael Vavrovsky* ist Generaldirektor-Stellvertreter der HL-AG.

6) Ua in der Fachveranstaltung „Vergabe von geistigen Leistungen“, die das BMWA am 25. 2. 1999 mit *Aicher* und *Vavrovsky* unter Teilnahme auch von Vertretern anderer Bundesdienststellen abhielt.

7) In Umsetzung von Art 11 Abs 2 lit c der Dienstleistungskoordinierrichtlinie, RL 92/50/EWG idF RL 97/52/EG.

8) Ab dem geschätzten Auftragswert von 60.000 Euro ohne MWSt.

9) In Umsetzung von Art 11 Abs 2 lit b der Dienstleistungskoordinierrichtlinie, RL 92/50/EWG idF RL 97/52/EG.

10) *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement* (London 1996) 266; Übersetzung durch den Autor.

11) An dieser Stelle ist auf die nur schwer verständliche Divergenz sowohl des bestehenden als auch des künftigen EG-Vergaberechts zwischen den englischen Sprachfassungen („intellectual services“) und den deutschen („geistig-schöpferische Dienstleistungen“) bezüglich der „schöpferischen“ Komponente zu verweisen.

## 2. Eignungs-/Auswahl- und Bestbieterkriterien

Als klar kann vorausgesetzt werden, dass geistige Leistungen ihrem Wesen entsprechend nur nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden können. Das birgt in der praktischen Abwicklung allerdings Probleme:

### a) Schwierige Trennung von Eignungs-/Auswahl- und Bestbieterkriterien

Die Angabe der Eignungs-/Auswahl- und Bestbieterkriterien ist aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter auch beim Verhandlungsverfahren erforderlich.<sup>12)</sup> Das Hauptproblem besteht hier in der Wertung der „spezifischen Erfahrung“: Bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ist die spezifische Erfahrung, jedenfalls des zu prüfenden Unternehmers, entweder als Eignungskriterium (va beim offenen Verfahren) oder als Auswahlkriterium (bei zweistufigen Verfahren) heranzuziehen; bei den Bestbieterkriterien mag die spezifische Erfahrung des jeweiligen Schlüsselpersonals herangezogen werden.

Bei geistigen Leistungen ist diese analytisch scharfe Trennung in der Praxis nicht oder nur schwer möglich. Dazu die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg:<sup>13)</sup> „Die strikte, gedankliche und wertungsmäßige Trennung der beiden Stufen des Verhandlungsverfahrens bzw der Eignungskriterien nach § 10 [VOF]<sup>14)</sup> und der Auftragskriterien nach § 16 [VOF]<sup>15)</sup> ist zwar grundsätzlich sinnvoll und wird im Schrifttum auch zT als unabdingbar gefordert (vgl Müller-Wrede, VOF, § 16, Rdn. 1, 2).<sup>16)</sup> Sie ist im Bereich der nicht beschreibbaren freiberuflichen Dienstleistungen gem VOF schwierig und häufig nicht möglich, da die Auftragsvergabe nicht auf einem konkreten Leistungsangebot basiert, sondern – wie vor allem bei Architekten- und Ingenieurleistungen – weitgehend auf einer Prognoseentscheidung beruht, die nur die personellen Qualifikationen und Kapazitäten und Referenzen über früher erbrachte Planungsleistungen des Bieters bewerten kann [...]. Wegen der damit verbundenen, herausragenden, überwiegenden Bedeutung der Bewerberauswahl und der dafür vorgeschriebenen Auswahlkriterien kann der Auftraggeber daher gehalten sein, in die bekannt zu gebenden Auftragskriterien auch solche aufzunehmen, die einen gewissen Zusammenhang mit den Auswahlkriterien aufweisen, wie zB Erfahrungen mit gleichartigen oder gleichwertigen Projekten, Erfahrungen mit der Abwicklung entsprechender Projekte usw, die bei der Wertung gleichsam eine Mitberücksichtigung des Grades der Qualifikation, fachlichen Eignung und Leistungsfähigkeit der Bieter in Bezug auf das konkrete Projekt ermöglichen.“ In weiterer Folge verweist die VK Lüneburg darauf, dass keiner der Bieter fristgerecht die Vermischung von Eignungs-, Zuverlässigkeits- und Auftragskriterien gerügt habe. Fast gleich lautend wie die VK Lüneburg das OLG Rostock:<sup>17)</sup> „Allerdings vermag der Senat [...] einen Verstoß der Antragsgegnerin [Auftraggeber] gegen §§ 16 Abs 2, 24 Abs 1<sup>18)</sup> VOF nicht darin zu erkennen, dass Kriterien der Eignung von Bewerbern nicht nur bei der Auswahl gem § 10 VOF, sondern erneut bei der Auftragsvergabe herangezogen wurden.“

### b) Problem der Bewertung schriftlicher Unterlagen

Ziel ist die Findung der qualitativsten Lösung; eines der wesentlichsten Probleme ist die Beurteilung, ob die „Papierform“ im Einklang mit der Realität steht. Dass hier der Auftraggeber eine Holschuld gegenüber jenen Bietern, die sich nicht im schönsten Licht präsentieren, hat, vertritt das Hanseatische Oberlandesgericht Bremen in einem konkreten Anlassfall:<sup>19)</sup> „Denkbar ist nämlich ferner, dass Mitbewerber in dem Bestreben, ihre Eignung gegenüber der Antragsgegnerin [Auftraggeber] anschaulich zu machen, alle nur irgendwie zu ihren Gunsten sprechenden oder zu sprechen scheinenden Hin- und Nachweise in ihre Bewerbung aufgenommen haben, um sich und ihr Unternehmen in ein möglichst günstiges Licht zu setzen. Ein solches, durchaus nachvollziehbares Verhalten, das in einer Reihe von Fällen dazu geführt haben mag, dass Angaben zur ‚Zusammensetzung des Projektteams (personelle Besetzung)‘ bereits in dem ersten Angebotsschreiben enthalten waren, darf aber nicht zur Folge haben, dass die Antragstellerin allein deshalb benachteiligt wird, weil sie nicht in dieser Weise verfahren ist.“

### c) Gewicht des Bestbieterkriteriums Preis

Der Preis ist bei der Vergabe geistiger Leistungen ein Bestbieterkriterium, allerdings ein nachrangiges, da die beste bzw qualitativste Leistung gewählt werden soll. So hält etwa das OLG Düsseldorf bei der europaweiten Ausschreibung von vermessungs- und kataster-technischen Aufgaben zur Umlegung von Grundstücken<sup>20)</sup> das – im Nachprüfungsverfahren ua bekämpfte – Gewicht des Kriteriums Preis mit 10 % nicht für rechtswidrig.<sup>21)</sup>

## 3. Referenzen und deren Vergleichbarkeit

Referenzen sind jene Informationen vor der Auftragsvergabe, die im Hinblick auf den Auftragsgegenstand das beste Bild über die Fachkunde und die (va technische) Leistungsfähigkeit eines Unternehmers in der Praxis geben. Sie sollen „als Nachweis für bereits gewonnene Erfahrungen dienen“, so das Bundeskartellamt (D), 1. VK des Bundes, und weiters: „Für die Fachkunde sind nicht die Kunden des Bieters von Relevanz, sondern ob die bereits ausgeführten Leistungen der zu vergebenden quantitativ und/oder qualitativ mindestens ähnlich sind.“<sup>22)</sup> Unter Verweis auf eine Entschei-

12) Ein Vergabeverfahren, bei dem diesem Grundsatz rechtswidriger Weise nicht Rechnung getragen wurde, verhandelte das Bundeskartellamt (D), 1. Vergabekammer des Bundes, unter GZ VK 1-11/01 am 10. 5. 2001.

13) 1. 8. 2001, Az: 203-VgK-15/2001.

14) Auswahl der Bewerber, vergleichbar § 34 BVergG.

15) Auftragserteilung, vergleichbar §§ 99 Abs 1 iVm 67 Abs 3 BVergG.

16) Vergütungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) (1999) 244.

17) 18. 4. 2001, 17 W 1/01, 17 W 2/01; 1 VK 13/00.

18) Verhandlungen mit den ausgewählten Bewerbern, im BVergG nicht expressis verbis geregelt (Verfahren nach §§ 96 Abs 2 iVm 99 Abs 1).

19) 13. 11. 2003, Verg 8/2003.

20) Die Umlegung ist in der Bundesrepublik Deutschland ein behördliches Verfahren der Gemeinden nach den §§ 45 ff des Baugesetzbuches zur Erschließung oder Neugestaltung bestimmter Gebiete.

21) 23. 7. 2003, Verg 27/03.

22) 5. 9. 2001, VK 1-23/01.

derung des OLG Celle vertritt die VK Lüneburg die Auffassung, dass „etwa ein Abstellen auf die Zahl der Referenzen, verbunden mit der Anfertigung von Notenskalen“ nicht willkürlich sei.<sup>23)</sup>

Nicht unumstritten ist die Wirkung von Referenzen gegenüber kleinen Unternehmern und Berufsanfängern. Die VK Lüneburg führt in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung<sup>24)</sup> dazu aus: „Zwar sollen gemäß § 4 Abs 5 VOF<sup>25)</sup> kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger angemessen beteiligt werden. Diese Regelung wird im Schrifttum jedoch einhellig eher als Programmsatz und nicht als verbindlicher Vergabegrundsatz gewertet (Literaturhinweis). Es handelt sich um einen allgemeinen Hinweis darauf, dass die öffentliche Hand auch nicht Newcomern eine vernünftige Chance geben muss. Andererseits folgt daraus nicht, dass bei besonders schwierigen und komplexen Planungen – zu denen auch die Planung eines Krankenhauses gehört –, für die große Erfahrungen erforderlich sind, Berufsanfänger ‚angemessen‘ zu berücksichtigen sind.“

#### 4. Kosten nachfolgender Leistungen

Ein wesentlicher Aspekt, nicht nur bei baulichen Planungen, sondern etwa auch bei Unternehmensberatungsleistungen für Reorganisationsmaßnahmen oder Beratungsleistungen für EDV-Ausstattung, sind die der Erbringung der zu vergebenden Leistung nachfolgenden Kosten. Der Tatsache, dass die folgenden Kosten einer materiellen oder immateriellen Leistung ein Mehr- oder sogar Vielfaches der Kosten der zu vergebenden geistigen Leistung betragen können und von dieser maßgeblich beeinflusst werden können, wird häufig nicht oder nicht ausreichend Rechnung getragen. Dazu aus der zuvor zitierten Entscheidung der VK Lüneburg: „Im Gegensatz zu den Vergabeverfahren im Bereich der VOB<sup>26)</sup> und der VOL<sup>27)</sup> spielt im Rahmen der VOF der Preis bzw das Honorar der Planungsleistungen nur eine untergeordnete Rolle bei der Wirtschaftlichkeitsermittlung. Zum einen sind diese Leistungen ohnehin entsprechend der verbindlichen Gebühren- und Honorarregelungen der HOAI im Wesentlichen festgelegt, worauf auch § 16 Abs 2 Satz 2 VOF ausdrücklich hinweist.<sup>28)</sup> Zum anderen ist es wesentlicher Zweck der im VOF-Verfahren vergebenen freiberuflichen Planungsleistungen, die durch die Planung letztlich verursachten eigentlichen Investitions- und Folge-/Nutzungskosten zu minimieren (Literaturhinweis).“

#### 5. Häufig kein Raum für Alternativangebote

Ein Punkt, der zwar in der Praxis nach dem BVergG, nicht jedoch in der Judikatur eine Rolle spielt, ist, dass die Ausschreibung geistiger Leistungen im Regelfall funktional erfolgt und daher idR kein sinnvoller Raum für Alternativangebote bleibt. In diesem Sinne ist auch die Formulierung der Definition in § 20 Z 17 BVergG zu verstehen, dass „eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung möglich“ ist. Daher wird der Ausschluss von Alternativen

angeboten nicht die Ausnahme, sondern den Regelfall darstellen.

#### 6. Kommissionelle Bewertung nicht notwendig, jedoch zu empfehlen

Das BVergG verlangt keine Kommission zur Bewertung der Bewerbungen und Angebote oder gar zur Durchführung des gesamten Verhandlungsverfahrens.

Dass das BVergG „atmosphärisch“ eine Kommission zumindest für die Bewertung von Angeboten nahe legt, ist aber aus § 97 Abs 3 zu erschließen, wonach Aufklärungsgespräche und Erörterungen – unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren – kommissionell zu führen sind. Nachdem der Umfang von Verhandlungen idR weiter als jener von Aufklärungsgesprächen und Erörterungen sein wird, ist daher zumindest die kommissionelle Führung von Verhandlungen und Bewertungen von Angeboten (bei Verhandlungsrunden jedenfalls nach der letzten Runde) zu empfehlen.

#### D. Die österreichische Judikatur zur Vergabe geistiger Leistungen im Verhandlungsverfahren

##### 1. Die ersten Entscheidungen zur Vergabe geistiger Leistungen im Verhandlungsverfahren

Die erste dem Autor zugängliche, zum BVergG ergangene inhaltliche Entscheidung, eine begründete Empfehlung der B-VKK vom 28. 2. 1997,<sup>29)</sup> erklärte die Wahl des Verhandlungsverfahrens für die örtliche Bauaufsicht und Oberleitung der Bauausführungsphase für die Errichtung von Transportkanalleitungen und Sonderbauwerken für rechtswidrig: „Der Ausnahmetatbestand der [§ 66 Abs 2] Z 3 leg cit<sup>30)</sup> würde dann vorliegen, wenn die zu erbringende Dienstleistung dergestalt wäre, dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können. Für die gegenständliche Ausschreibung ist eine genaue Leistungsbeschreibung möglich; sie wurde von der vergebenden Stelle auch in der Beschreibung § 1 ff mit Anhängen genau dargestellt und stellt ein erweitertes und präzisiertes Leistungsbild nach der Gebührenordnung für Bauwesen, Besonderer Teil (GOB-I), dar. Es handelt sich hierbei um Teilleistungen der Planung gemäß § 9 Abs 4 lit g 2 ‚Oberleitung der Bauausführungsphase‘ und die örtliche Bauaufsicht gemäß § 10 der GOB-I. Auf Grund der unbestrittenermaßen exakten Umschreibung des Leistungsbildes durch die gegenständliche Leistungsbe-

23) 3. 8. 2001, Az: 203-VgK-15/2001.

24) Siehe vorübergehende Fußnote.

25) Findet im BVergG keine Entsprechung im Oberschwellenbereich, sondern bezüglich kleineren und mittleren Unternehmern lediglich bei einstufigen nicht offenen Verfahren (§ 33 Abs 2) und Verhandlungsverfahren (§ 35 Abs 2) und überhaupt keine Entsprechung bezüglich Berufsanfängern.

26) Verdingungsordnung für Bauleistungen.

27) Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen.

28) Findet im BVergG keine Entsprechung, es gilt der Grundsatz der Preisangemessenheit des § 21 Abs 1. An den Werten von Honorar- oder Gebührenordnungen wird sich der Auftraggeber größenordnungsmäßig orientieren können.

29) S-11/97-10 und S-14/97-6.

30) Entspricht nurmehr § 25 Abs 5 Z 2 BVergG.

schreibung, war das Angebot auch hinreichend kalkulierbar und somit auch der Ausnahmetatbestand der Z 2 des § 66a Abs 2 BVergG (Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung) nicht gegeben.“

Die nächste zum BVergG ergangene Entscheidung, gleichfalls eine begründete Empfehlung der B-VKK,<sup>31)</sup> dürfte in der Öffentlichkeit völlig unbekannt geblieben sein. Diese Entscheidung ging bei einem Planungsauftrag für eine Abwasserbeseitigungsanlage von der Zulässigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens aus. In der Ausschreibung waren die Kriterien Erfahrung mit 70 % und Preis mit 30 % festgelegt worden. Die Einschreiterin war einer der drei nach der zweiten Stufe des Auswahlverfahrens zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmer, der jedoch letztlich nicht für den Zuschlag ausgewählt wurde. Die B-VKK stellte fest, dass die Bewertung nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien erfolgt sei, seitens der Einschreiterin keine Belege für ein Abweichen des Auftraggebers von den Kriterien der Ausschreibung beigebracht wurden und dass daher die Vorgangweise des Auftraggebers rechtskonform gewesen sei. Interessanterweise lautete die Begründung der Empfehlung, dass die Berücksichtigung der „sachlich-technischen Leistungsfähigkeit“ in Relation zum Preis sachlich sei, dh, die B-VKK ging hier, „formal bedenklich“, aber inhaltlich richtig, nicht auf die analytische Trennung von Eignungs- und Bestbieterkriterien ein.

Für die Einleitung eines Diskussionsprozesses sorgte die begründete Empfehlung der Bundes-Vergabekontrollkommission von Anfang 1998,<sup>32)</sup> wonach die Vergabe des Auftrags über die statische und konstruktive Bearbeitung bei der Errichtung eines Krankenhauses im Verhandlungsverfahren rechtswidrig und der Wahl des offenen Verfahrens zugänglich sei, wobei der Vollständigkeit halber angeführt werden muss, dass der Auftraggeber ausführte, „dass die Leistungsbeschreibung ausreichend genau sei, um die Vergleichbarkeit der Angebote und die Ermittlung des Bestbieters zu gewährleisten“. Die Empfehlung der B-VKK lautete: „Die vertragliche Spezifikation der ausgeschriebenen Dienstleistung ist einer hinreichend genauen Festlegung zugänglich, sodass der Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren vergeben werden kann.“

## 2. Neue Judikaturlinie: Das Verhandlungsverfahren als Regelverfahren zur Vergabe geistiger Leistungen

Im Zuge der Ausarbeitung der ÖNorm A 2050, 1. 3. 2000,<sup>33)</sup> setzte eine intensive Diskussion zum Problem der Vergabe geistiger Leistungen ein und wirkte sich nicht nur maßgeblich auf die Erstellung des BVergG 2002, sondern auch auf die Judikatur aus.

### a) Das Kriterium der „spezifischen Erfahrung“

In einem Nachprüfungsverfahren zur Vergabe eines Auftrages einer nichtprioritären Dienstleistung führte das BVA unter Bezug auf die Vergabe prioritärer Dienstleistungen aus:<sup>34)</sup> „Berücksichtigt man [...] weiters, dass das Kriterium der ‚einschlägigen Erfahrungen des Unternehmens‘ vom Auftraggeber lediglich mit

30 % bewertet wurde, kann bei der vorliegenden Sachlage nicht von einer ‚offenbar unsachlichen Vorgangsweise‘ des Auftraggebers gesprochen werden. Da sogar bei Dienstleistungsaufträgen im Sinne des Anhanges III (‚prioritäre Dienstleistungen‘), auf die die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes in vollem Umfang anzuwenden sind, die Möglichkeit der Heranziehung der einschlägigen Erfahrung als Zuschlagskriterium – entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen – nicht prinzipiell ausgeschlossen ist, muss dies – auf Grund eines Größenschlusses – um so mehr für Dienstleistungsaufträge gelten, die nicht den umfassenden Vergaberechtsschutz genießen (‚nicht prioritäre Dienstleistungen‘).“

### b) Die Wahl des Verhandlungsverfahrens bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen nach § 25 Abs 5 Z 3 steht nicht im Ermessen des Auftraggebers

In einem später durchgeführten Nachprüfungsverfahren stellte das BVA fest, dass die Wahl des (europaweiten) nicht offenen Verfahrens für die Ausschreibung der „Erstellung von Ausschreibungsunterlagen und Ausschreibungsabwicklung für die Bestbieterermittlung von Energieeinsparcontractoren“ rechtswidrig war und zwingend das (europaweite) Verhandlungsverfahren gewählt werden hätte müssen: „Gemäß § 81 Abs 2 Z 3 BVergG<sup>35)</sup> können Dienstleistungsaufträge im Vergabeverfahren nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung vergeben werden, wenn die zu erbringenden Dienstleistungen, insbesondere geistig schöpferische Dienstleistungen und Dienstleistungen der Kategorie 6 des Anhangs III, dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes in Übereinstimmung mit den Vorschriften über ein offenes oder nicht offenes Verfahren vergeben zu können. Zunächst ist festzuhalten, dass die Verwendung des Wortes ‚kann‘ nicht bedeutet, dass die Entscheidung zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens in das freie Ermessen des Auftraggebers gestellt ist (vgl

#### → In Kürze

Das Verhandlungsverfahren stellt bei der Vergabe geistig schöpferischer Dienstleistungen im Vergleich mit dem offenen Verfahren die Möglichkeit dar, das zuzuschlagende Angebot zu wählen, wenn dies auf der Grundlage einer sorgfältig erstellten Ausschreibung keine a priori vollkommene und abschließbar Angebote eingereicht werden können.

#### → Zum Thema

##### Über den Autor:

Franz Pachner ist Leiter des Bereichs Historische Objekte und Leiter der für Vergabebertung zuständigen Abteilung im Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Stubenring 1, A-1012 Wien.

Tel.: 01/71100/5554 Fax: 01/71100/2203

E-Mail: franz.pachner@bmvw.gv.at

Internet: <http://www.bmwa.gv.at>

Vom selben Autor bei MANZ erschienen: Abfall und Vergaberecht, in: Berghaler/Wolfslehner (Hrsg.), Das Recht der Abfallwirtschaft (2001)

#### → Literatur-Tipp



Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003)

MANZ Bestellservice:

Tel.: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)

Besuchen Sie unseren

Webshop unter

[www.manz.at](http://www.manz.at)

31) 1. 4. 1997, S-20/97-11.

32) 5. 1. 1998, S-109/98-9.

33) Einer der Hauptunterschiede zur Fassung 1993 ist das umfassende Regelungsregime für die Vergabe geistiger Leistungen.

34) 1. 3. 2001, N-26/01-5.

35) Entspricht nunmehr § 25 Abs 5 Z 3 BVergG.

B-VKK vom 5. 1. 1998, S-109/97-9). Zwar bedeutet das Wort ‚kann‘ eine Ermächtigung des Auftraggebers und sprechen auch die Erläuterungen zu dieser Bestimmung, von den ‚weitgehenden Möglichkeiten, das Verhandlungsverfahren anzuwenden‘ (vgl. RV 323 B1gNR 20. GP 93), doch ist damit noch nichts darüber gesagt, ob der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen. Ist es doch ganz allgemein so, dass man rechtlich verpflichtet sein kann, von einer Ermächtigung Gebrauch zu machen, und eine Handlung, zu der ein Individuum von der Rechtsordnung ermächtigt ist, zugleich auch geboten, dh zum Inhalt einer Pflicht gemacht sein kann (vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup> [1960] 123). Gerade dies ist – entgegen der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 23. 1. 2002, 2001/04/0041) – bei der Bestimmung des § 81 Abs 2 Z 3 BVergG anzunehmen.

Bereits bei systematischer Auslegung ergibt sich eine Pflicht zur Durchführung des Verhandlungsverfahrens, falls die Voraussetzungen des § 81 Abs 2 Z 3 BVergG gegeben sind. In diesem Fall ist nämlich definitionsgemäß die Bestbieterermittlung im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht möglich. Da der Auftraggeber aber weiterhin einen Bestbieter in einem Verfahren finden muss, bleibt ihm auf Grund der beschränkten Anzahl möglicher Vergabeverfahrenstypen eben nur die Durchführung des Verhandlungsverfahrens, um dieses Ziel zu erreichen.

Entscheidend ist aber darüber hinaus der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter, der einen objektiven Vergleich zwischen den Angeboten verlangt (vgl. EuGH vom 22. 6. 1993, Rs C-243/89, *Storebaelt*, Rz 37; Urteil des EuGH vom 26. 4. 1996, Rs C-87/94, *Wallonische Autobusse*, Rz 70). Sinn und Zweck der Bestimmung des § 81 Abs 2 Z 3 BVergG ist es, diesem Gebot der Vergleichbarkeit der Angebote Rechnung zu tragen. Dieser Tatbestand liegt daher dann vor, wenn die Leistungen ex ante nicht so beschrieben werden können, dass die Bestbieterermittlung durch bloßes Vergleichen der Angebote ohne Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Bieter möglich ist (vgl. *Aicher*, *Aspekte des Vergabeverfahrens von Dienstleistungsaufträgen*, in *Aktuelle Entwicklungen im Vergabewesen* [1997] 34 f). Der Tatbestand dient also der Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter, der ohne Durchführung

von Verhandlungen nicht eingehalten werden könnte. Da dieser Grundsatz ein wesentlicher Grundsatz des Vergabeverfahrens ist, der jedenfalls einzuhalten ist, ergibt sich daraus, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, ein Verhandlungsverfahren zu wählen, wenn die Spezifikation der Leistung keinen objektiven Vergleich zwischen den Angeboten zulässt, weil vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes in Übereinstimmung mit den Vorschriften über ein offenes oder nicht offenes Verfahren vergeben zu können.<sup>36)</sup>

Keinerlei Anmerkungen zur Wahl des Verhandlungsverfahrens traf das BVA im Vorjahr in einem Nachprüfungsverfahren betreffend die Bewerberauswahl für die Erstellung eines Einreichprojektes für einen Abschnitt der S I Wiener Außenring Schnellstraße.<sup>37)</sup>

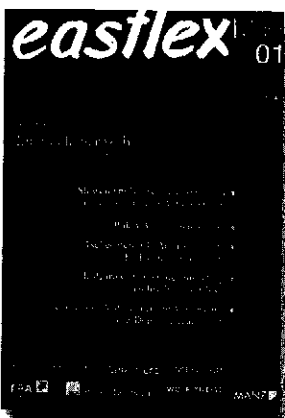
**c) Der Ausnahmetatbestand des § 25 Abs 5 Z 2 BVergG setzt voraus, dass ein unmittelbarer Preisvergleich bei Angeboten nicht möglich ist**

*Pointner* referierte in der ZVB 2003, 333 eine Entscheidung des BVA zur Vergabe der Leistungen für Transport, Lagerung und Weitertransport der Mautvignetten.<sup>38)</sup> Die im Nachprüfungsverfahren bekämpfte Wahl des Verhandlungsverfahrens war vom Auftraggeber damit begründet worden, dass es zuletzt logistische Probleme gegeben hätte, dass daher eine globale Preisgestaltung im Sinne von § 25 Abs 5 Z 2 nicht möglich gewesen wäre und das Leistungsverzeichnis in Verhandlungen mit den Bietern optimiert werden hätte sollen. Das BVA wies diese Argumentation mit folgender Begründung zurück, so *Pointner*: „Eine globale Preisgestaltung im Sinne des § 25 Abs 5 Z 2 ist dann nicht möglich, wenn Bieter keine festen Preise für ihre Leistungen angeben können, sondern Eventualitäten berücksichtigen müssen, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen.“

36) EVA 2. 4. 2002 N-136/01-41.

37) 5. 6. 2003, 09N-37/03-6.

38) 13. 10. 2003, 09N-84/03-15.



**eastlex – Fachzeitschrift für Mittel- und Osteuroparecht**

**Schwerpunktländer:**

- ▶ Ungarn ▶ Tschechien ▶ Slowenien ▶ Polen ▶ Slowakei ▶ Kroatien ▶ Russland
- ▶ Rumänien ▶ Bulgarien ▶ Serbien und Montenegro

**Die Themen der nächsten Hefte:**

- ▶ Gesellschaftsrecht MOE ▶ Steuerrecht MOE ▶ Arbeitsrecht MOE
- ▶ Immobilienrecht MOE ▶ Vergaberecht MOE

**Jahresabo 2004 inkl. Versand (Inland) EUR 98,-**  
**Sonderpreis für ecolex- und ZfRV-Abonnenten**  
 inkl. Versand (Inland) EUR 88,-

