

Der Bezug auf technische Normen im BVerG

Beleuchtung der Erkenntnisse aus dem Gutachten von o.Univ.-Prof. Dr. Krejci in Anbetracht der gegenwärtigen Rechtslage

Mit Erscheinen der neuen Versionen zu den Leistungsbeschreibungen Hochbau (Version 18) und Haustechnik (Version 08) sowie der Herausgabe der neuen ÖNORM A 2063 rückt die Frage nach der Normenbindung gemäß BVerG einmal mehr ins Licht der Aufmerksamkeit. Häufiger Grund für Missverständnisse ist hauptsächlich die Frage, in welchen Fällen das BVerG den Bezug auf bzw. die Verwendung von Normen überhaupt zwingend vorschreibt. Bereits im [März 2006](#) beschäftigten wir uns in einem Beitrag über die Anwendungspflicht von standardisierten Leistungsbeschreibungen mit der Thematik. In einem [Gutachten zur Normenbindung](#) hat Univ. Prof. Heinz Krejci festgestellt, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach dem Bundesvergabegesetz 2006 geeignete Leitlinien anzuwenden hat. Wenn bei einem konkreten Projekt geeignete ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen zur Beschreibung der Leistung bzw. der Vertragsbedingungen existieren, dann muss ein öffentlicher Auftraggeber diese in seinen Ausschreibungen heranziehen und verwenden. In einzelnen, sachlich begründeten Punkten kann von diesen Leitlinien abgewichen werden. Die Bedingungen hierfür sind die Offenlegung der Abweichung, das Festhalten der Begründung sowie auf Anfrage die unverzügliche Bekanntgabe gegenüber dem Unternehmer.

Das Bundesvergabegesetz enthält zur Frage der „Normenbindung“, also der Bindung des öffentlichen Auftraggebers an ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen, bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses und den Bestimmungen über den Leistungsvertrag in § 97 sowie §99 zwei synchrone Regelungen:

§ 97 Abs 2 lautet: *„Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.“*

In § 99 Abs 2 heißt es: *„Der Auftraggeber kann weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.“*

Die Erläuterungen zum Gesetzestext erklären dazu, vom Einleitungssatz abgesehen wortgleich, wie folgt: „... Der Auftraggeber kann jedoch lediglich in einzelnen Punkten (und somit nicht pauschal) von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Weicht der Auftraggeber von Leitlinien ab, so hat er diese Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen und die Abweichung zu begründen. Die Begründungspflicht umfasst aber nicht das Erfordernis einer „sachlichen Rechtfertigung“ bzw. muss der Auftraggeber keine „sachliche Notwendigkeit für die Abweichung“ (vgl. BVA 23.4.2004, 17F-13/03-11) darlegen. Auf Anfrage ist einem Unternehmen der Grund für die Abweichung unverzüglich bekannt zu geben. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit. Die Begründungspflicht dient dem Nachweis, dass der Auftraggeber durch die abweichenden Festlegungen nicht die Grenze zum Missbrauch bzw. die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten hat.“

Ein öffentlicher Auftraggeber ist daher an ÖNORMen und standardisierte Leistungsbeschreibungen „gebunden“ und zwar sowohl bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses als auch bei der Gestaltung des Leistungsvertrages.

Ein öffentlicher Auftraggeber

- muss Leitlinien (wie ÖNORMen und standardisierte Leistungsbeschreibungen) heranziehen, wenn diese existieren
- kann in einzelnen Punkten von diesen Leitlinien abweichen, dann muss er aber
 - die Abweichungen offen legen
 - die Gründe für die Abweichung festhalten und
 - auf Anfrage des Unternehmers unverzüglich bekannt geben.

Unter „Leitlinien“ versteht das Gesetz solche Ausarbeitungen, die um einen ausgewogenen Vertragsinhalt bemüht sind. Beispielhaft sind ÖNORMen genannt, die eine wichtige Eigenschaft haben: Sie sind darum bemüht, die gegenläufigen Interessen der potentiellen Vertragspartner möglichst ausgewogen zu berücksichtigen. Der Interessenausgleich ist die Grundbedingung für Leitlinien im Sinne des Bundesvergabegesetzes. Keinesfalls in Betracht kommen daher einseitig gestaltete Ausarbeitungen. Konkrete Beispiele für solche Leitlinien wären etwa die Standardleistungsbücher als technische Leitlinien sowie die ÖNORM B 2110 als Leitlinie zur Erstellung eines Leistungsvertrages.

Eine Abweichung von Leitlinien ist „lediglich in einzelnen Punkten“ gestattet. Ein gänzlich Abgehen ist daher nicht erlaubt. In welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber im Einzelfall von Leitlinien abweichen darf, lässt sich generell schwer sagen, da man das „Gewicht“ einzelner Regelungen nicht quantifizieren kann. Der Auftraggeber darf nicht in so vielen einzelnen Punkten etwas anderes anordnen, dass sich im Ergebnis ein „wesentliches“ Abgehen von der Leitlinie ergibt. Die Abweichungen sind offen zu legen, also hinreichend kenntlich zu machen. Die Bieter müssen erkennen können, bei welchen Regelungen es überhaupt um Abweichungen geht.

Werden Abweichungen so „versteckt“, dass beim Bieter der Eindruck entsteht, er habe es ohnehin mit einer ihm bekannten, inhaltlich ausgewogenen „Leitlinie“ zu tun, der muss damit rechnen, dass ihm § 864a ABGB (Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGBs) entgegen gehalten wird. Abweichungen sind zu begründen. Das Bundesvergabegesetz legt ausdrücklich fest, dass die Gründe für die abweichenden Festlegungen vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben sind.

Eine Begründung für die Abweichung von geeigneten Leitlinien muss daher immer gleichzeitig auch eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung darstellen. aus der Verpflichtung zur sparsamen und nicht diskriminierenden Vergabe

Ist nun die ÖNORM A2063 zwingend anzuwenden, oder kann auch der Datenaustausch nach der bereits außer Kraft gesetzten ÖNORM B2063 erfolgen? Der Auftraggeber ist zu einer sparsamen und nicht diskriminierenden Vergabe verpflichtet. Sollte der Auftraggeber befürchtet, dass die Anzahl der zu erwarteten Angebote sehr gering sein wird, da die überwiegende Mehrzahl potentiellen Bieter diese Norm nicht unterstützen können, dann ist dieses Argument in diesem Sinne jedenfalls eine zulässige sachliche Rechtfertigung. ,

Rechtliche Konsequenzen

- Legt der Auftraggeber die Abweichungen von verwendeten ÖNORMen oder sonstigen standardisierten Leitlinien nicht auf Anfrage offen, verletzt er das Vergaberecht.
- Bei Abweichungen können Teilnehmer an der Ausschreibung eine Begründung verlangen. Diese ist dann unverzüglich bekannt zu geben. Unterbleibt die Begründung, wird das Vergabegesetz ebenfalls verletzt.
- Ist die Begründung nicht sachlich gerechtfertigt, dann sind die Abweichungen unzulässig und damit unwirksam.
- Die durch die Unwirksamkeit der Abweichung entstandene Regelungslücke wird mit Hilfe der Leitlinien geschlossen. Da Leitlinien ohnehin grundsätzlich heranzuziehen waren, ist es so als ob sie in dem Punkt der Abweichung von Anfang an gegolten hätten.
- Unter Umständen kann das rechtswidrige Abweichen des Auftraggebers Schadenersatzansprüche des Bieters nach sich ziehen.

Auch mit der Vergaberechtsnovelle 2009 zum BVergG 2006 (am 15.03.2010 in Kraft getreten) ist keine Änderung ist für den weiterhin kontrovers diskutierten Bereich der Normenbindung vorgesehen. Die Normenbindung im BVergG 2006 wurde bekanntlich vom Verfassungsgerichtshof bestätigt.

Zudem liegt als Musterbeispiel ein vom [VfGH abgelehnter Individualantrag](#) der ASFINAG auf Aufhebung der §§ 97 Abs 2 u. 99 Abs 2 / zur Frage der Normenbindung vor. (ABK berichtete im Newsletter Ausgabe Juni 2008)

Der VfGH hat den Individualantrag mittels Erkenntnis vom 09.03.2007 (G174/06) abgewiesen und damit die Verfassungsmäßigkeit der Normenbindung bestätigt. Die Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber, in Ausschreibungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen zu verwenden, ist daher verfassungskonform.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung ausdrücklich festgestellt, dass konsensual erarbeitete Leitlinien, wie etwa ÖNORMEN, vermuten ließen, dass der Inhalt einen Interessensausgleich der beteiligten Kreise widerspiegelt und damit die Grundlage für eine sachgerechte, im öffentlichen Interesse liegende Beschaffung bildet. Die Bindung öffentlicher Auftraggeber an geeignete Leitlinien erkläre sich aus der Verpflichtung zur sparsamen und nicht diskriminierenden Vergabe und damit Verwendung öffentlicher Mittel. Der Begriff „geeignete Leitlinien“ ist hinreichend bestimmt. Öffentliche Auftraggeber, die über den nötigen Sachverstand verfügen, können beurteilen, welche Leitlinien in ihrer Branche vorhanden und ob sie für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen üblich sind.

Der Hinweis auf ÖNORMEN und andere geeignete Leitlinien im Bundesvergabegesetz sei nicht als dynamische Verweisung, sondern als ein Anknüpfen an bestimmte, allgemein anerkannte Standards zu verstehen. Im Gesetz wurde durch die Formulierung der §§97 Abs.2 und 99 Abs.2 BVergG 2006 eine praxisnahe Darstellung erreicht, durch die aus Sicht der Interessensvertretungen der Bauwirtschaft auch künftig eine effiziente, nicht diskriminierende und kostensparende Vergabe öffentlicher Aufträge sichergestellt ist.

Quelle: WKO Wien, VfGH