

## Anwendungspflicht der standardisierten Leistungsbeschreibungen - Neuerungen im BVerG 2006

(Die nachstehende auszugsweise Zusammenfassung folgt einem Gutachten, das im Auftrag der WKÖ von o. Univ.Prof. Dr. Heinz Krejci erstellt wurde.)

Die §§ 97, Abs. 2 und 99, Abs. 2, BVerG 2006 ordnen die grundsätzliche Orientierung an ÖNORMen und standardisierten Leistungsbeschreibungen an. Nur ausnahmsweise dürfen die Auftraggeber davon abweichen, müssen dies aber begründen können.

Die beiden Gesetzesregeln befassen sich mit der Frage, welche Bedeutung Leitlinien, wobei als Beispiele ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen genannt werden, für eine öffentliche Ausschreibung haben.

Es wird angeordnet, dass diese Leitlinien, soweit vorhanden, heranzuziehen sind. Der öffentliche Auftraggeber hat diese Leitlinien in seine Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen bzw. diese Leitlinien seinen Ausschreibungsbedingungen zugrunde zu legen.

Mit anderen Worten: Der öffentliche Auftraggeber hat die Ausschreibung so vorzunehmen, dass die genannten Leitlinien den maßgeblichen Inhalt der Ausschreibung bilden.

Über das Verhältnis von ÖNORMen zu standardisierten Leistungsbeschreibungen wird nichts gesagt. Sofern es mit den ÖNORMen konkurrierende standardisierte Leistungsbeschreibungen geben sollte, wird keine Präferenz zugunsten eines der Regelwerke festgelegt. Der Auftraggeber kann allem Anschein nach zwischen ÖNORMen und anderen standardisierten Leistungsbeschreibungen wählen. Eine Prävalenz der ÖNORMen ist aus dem Gesetz nicht erkennbar. ÖNORMen stehen insofern gleichrangig neben standardisierten Leistungsbeschreibungen.

Der Gesetzgeber meint unter Leitlinien nicht solche, die der Auftraggeber von vornherein für sich selbst gestaltet hat, sondern solche, die von dritter Seite zur Verfügung stehen.

Das zeigt vor allem das vom Gesetzgeber selbst genannte Beispiel der ÖNORMen.

Solche Leitlinien haben eine wichtige Eigenschaft: Sie sind darum bemüht, die gegenläufigen Interessen der potenziellen Vertragspartner möglichst ausgewogen zu berücksichtigen. Keiner der Beteiligten soll bevorzugt oder benachteiligt werden. Die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten sind so gestaltet, dass die Vor- und Nachteile, insbesondere die mit dem Vertrag verbundenen Lasten, möglichst gleichmäßig auf die Vertragspartner aufgeteilt sind.

Die im Gesetz gemeinten Leitlinien müssen also um Richtigkeitsgewähr bemüht sein. Bei ÖNORMen ist dies dadurch gewährleistet, dass an ihrer Erarbeitung und den jeweiligen Fachnormenausschüssen alle beteiligten Kreise mitwirken. Die hier interessierenden Gesetzesregeln haben nur dann einen Sinn, wenn unter den standardisierten Leistungsbeschreibungen ebenfalls Regelwerke verstanden werden, die wie die ÖNORMen um einen ausgewogenen, gerechten Vertragsinhalt bemüht sind. Daher sind solche standardisierten Leistungsbeschreibungen, die vom Auftraggeber allein, unter Umständen auch von Interessenvertretungen bloß der Auftraggeberseite mit dem Ziel erarbeitet wurden, dieser möglichst viele Vorteile zuzubilligen, nicht gemeint. Bei solchen würde es auch wohl kaum zu Abweichungen kommen.

Das gesetzliche Leitbild von standardisierten Leistungsbeschreibungen ist also ein Regelwerk, das um einen möglichst gerechten Ausgleich der gegenläufigen Beteiligteninteressen bemüht ist; ähnlich, wie dies auch dem dispositiven Gesetzesrecht vorschwebt. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen nur in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen.

Dies bedeutet: Ein gänzliches Abgehen von solchen Leitlinien ist nicht erlaubt. Der Auftraggeber kann also ein derartiges Regelwerk nicht schlicht und einfach beiseite schieben und die Ausschreibung völlig losgelöst davon vornehmen. Er hat sich vielmehr im Wesentlichen bzw. prinzipiell an diesen Leitlinien zu orientieren.

Nicht jede Regelung der Leitlinien kann von der Normenbindung ausgeklammert werden; vielmehr darf nur von solchen Regelungen abgesehen werden, für deren Austausch gegen andere Regeln gewisse Gründe sprechen. Es muss also Gründe für die abweichenden Festlegungen geben. Geht man von einem vernünftigen

Gesetzgeber aus, so liegt nahe, dass nicht jeder nur denkbare Grund hier eine Rolle spielen wird. So scheidet wohl von vornherein die Annahme aus, der Auftraggeber könnte einzelne Leitlinien-Bestimmungen aus reiner Willkür, Jux und Tollerei ausklammern.

Es genügt auch nicht, wenn der Auftraggeber die Abweichung von der Leitlinie damit begründet, dass er sich davon einen (größeren) rechtlichen bzw. wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Die Abweichung schiebt diesfalls dem Auftragnehmer ein größeres Risiko, eine höhere Leistungspflicht, ein geringeres Entgelt oder eine sonstige Last zu, die er nicht zu tragen hätte, wenn es zu keiner Abweichung von der Leitlinie käme. Die Abweichung von den Leitlinien darf jedenfalls nicht zu einer gesetzwidrigen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Vertragsregel führen. Leider zeigt die Praxis, dass gerade bei Bauverträgen von großen mächtigen Auftraggebern immer wieder unzulässige Klauseln verwendet werden, die dem Auftragnehmer in eine schlechtere Position versetzen, als dies in den Leitlinien vorgesehen wäre.

Im gegebenen Zusammenhang ist festzuhalten, dass gesetz- oder sittenwidrige Abweichungen von Leitlinien unabhängig davon, wie diese Abweichung begründet wird, keinesfalls wirksam sind. Hier stößt die Privatautonomie vorweg auf ihre Grenze, die das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) aufrichtet. Somit ist festzuhalten, dass im gegebenen Zusammenhang nur solche Abweichungen von Leitlinien zulässig sind, die sachlich gerechtfertigt sind. Bloßes Vorteils- und Gewinnstreben des Auftraggebers allein stellt aber noch keine sachliche Rechtfertigung dar.

Aus den Erläuterungen zum Entwurf des BVergG geht das Anliegen hervor, die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes insofern als zu streng zu korrigieren, als klargestellt wird, dass die Begründung nicht auf die Fälle sachlicher Notwendigkeit beschränkt sein soll. Sachliche Notwendigkeit und sachliche Rechtfertigung sind nicht dasselbe. Daher ist ihre Gleichsetzung unangebracht.

### Zusammenfassung:

- Die vom BMWA herausgegebenen standardisierten Leistungsbeschreibungen müssen von allen öffentlichen Auftraggebern angewendet werden (eine eigene „LB“ wäre nur zulässig, wenn darüber ebenfalls das Einvernehmen aller beteiligten Verkehrskreise hergestellt worden wäre).
- Wenn in diesen standardisierten Leistungsbeschreibungen Qualitätsstandards der Leistungen klar und eindeutig definiert sind, ist an das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu vergeben.
- Es können aber einzelne Merkmale einer Leistung auch vereinfachend nur funktional beschrieben werden. Für diese Merkmale muss der Bieter Ergänzungen des Leistungsverzeichnisses mit dem Angebot vorlegen.
- Die standardisierten Leistungsbeschreibungen sind mit anderen Leitlinien wie ÖNORMen gleichrangig, daher ist eine abweichende Regelung zulässig (bei Widersprüchen entscheidet die Geltungsreihenfolge = Leistungsverzeichnis vor Normen).
- Der Auftraggeber darf nur in einzelnen sachlich gerechtfertigten Punkten von den standardisierten Leitlinien abweichen.
- Legt der Auftraggeber die Abweichungen von verwendeten ÖNORMen oder standardisierten Leistungsbeschreibungen nicht offen, verletzt er das Vergaberecht.
- Weicht der Auftraggeber im Rahmen einer Ausschreibung von den für das Projekt in Frage kommenden Leitlinien ab, ohne dafür schon vorweg eine Begründung zu haben, wird er diese kaum unverzüglich etwa anfragenden Interessenten bekannt geben können.
- Unterbleibt die Begründung, verletzt der Auftraggeber jedenfalls gegenüber jenen Unternehmern, welche die Begründung verlangt haben, die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006.
- Findet sich keine ausreichende Begründung für Abweichungen von den Leitlinien, so sind die Abweichungen unzulässig. Sie widersprechen dann der Pflicht des Auftraggebers, die Leitlinien heranzuziehen. Die Ausschreibung wäre dann unzulässig und bedarf der Korrektur.
- Sowohl bei einer konstruktiven als auch bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung sind auch mit der Leistung in Zusammenhang stehende allfällige zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (z.B. verbrauchsgebundene sowie betriebsgebundene Kosten; d.h. Betriebs- und Erhaltungskosten, oder Entsorgung) aufzunehmen, falls deren Kosten ein Zuschlagskriterium bilden.

- Umweltgerechtigkeit (= ökologische Gesichtspunkte) muss berücksichtigt werden, sozialpolitische Aspekte können berücksichtigt werden. Dies erfolgt bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen durch die Auswahl geeigneter technischer Spezifikationen, bei funktionalen Ausschreibungen durch Zuschlagskriterien.
- Funktionale Ausschreibungen sind nur zulässig, wenn geeignete konstruktive Leitlinien (z.B. Normen und standardisierte Leistungsbeschreibungen) fehlen.