

Ausschreibungs- Widerruf

Kann die Abgabe einer
Alternative ein zwingender
Grund für einen solchen sein?
Ein Beitrag von
Ing. Dr. Hermann Wenusch

Nach den §§ 27 und 42 BVergG muß eine Ausschreibung widerrufen werden, wenn dafür „zwingende Gründe“ vorliegen. Gemäß § 27 liegt solch ein „zwingender Grund“ unter anderem dann vor, wenn „Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, [...] zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten“.

Problematisch ist dies sicherlich dann, wenn diese Umstände durch ein im Zuge der Ausschreibung eingereichtes Alternativangebot bekannt werden. Dies vor allem, da das BVergG offensichtlich für den Fall eines Widerrufs einer Ausschreibung nur vorsieht, daß alle Bieter nur die Kosten der Ausschreibungsunterlagen rückerstattet erhalten (vgl. § 31 (2) BVergG) und daß zudem die Möglichkeiten, Schadenersatz zu fordern, eingeschränkt sind (vgl. §§ 98 und 102 BVergG): Derjenige Bieter, der das „aufklärende“ Alternativangebot ausarbeitete, bekommt nicht nur den Zuschlag nicht, sondern auch die möglicherweise sehr hohen Kosten nicht ersetzt, die durch die Ausarbeitung des Alternativangebotes entstanden sind. Die ausschreibende Stelle erspart sich demgegenüber unter Umständen Unsummen, wie anhand folgenden Beispiels demonstriert werden kann: Ausgeschrieben wird eine umfangreiche und komplizierte Hangsicherung, die eine Straße vor Hangrutschungen und Steinschlag bewahren soll. Ein Bieter erstellt nach umfangreichen und kostspieligen Untersuchungen ein Alternativangebot, das eine

wesentlich einfachere und dadurch auch viel billigere Lösung darstellt, die durch eine etwas geänderte Situierung zudem auch besseren Schutz gewährt als die zunächst ausgeschriebene Variante (sogenannter „Amtsentwurf“). Die ausschreibende Stelle widerruft daraufhin die Ausschreibung und legt einer neuen Ausschreibung die aus den Alternativangebot gewonnenen Ideen und Untersuchungen zugrunde. Nicht nur, daß der Bieter, der durch sein Alternativangebot darauf aufmerksam machte, daß die ausgeschriebene Lösung nicht wirtschaftlich ist, die Kosten nicht vergütet bekommt, die ihm eventuell durch ein auf der Ausschreibung aufbauendes „Basisangebot“ (ihm entgeht es insofern wie den anderen Bieter auch), sondern er erhält auch nichts für die (wahrscheinlich viel höheren) Aufwendungen für die Ausarbeitung des Alternativangebotes – er bleibt „darauf sitzen“, da er die entstandenen Kosten auch nicht in die neue Ausschreibung „einrechnen“ kann: Er würde dadurch nämlich viel teurer als seine Mitbieter, die solche Kosten nicht zu berücksichtigen brauchen. Und vielleicht kommt die „findige“ ausschreibende Stelle noch auf die Idee, daß der betreffende Bieter an der neuen Ausschreibung überhaupt nicht teilnehmen kann, da gemäß § 10(4) BVergG Unternehmer auszuschließen sind, „die an den Vorarbeiten für eine Ausschreibung unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind“ – das Alternativangebot bezüglich der ursprünglichen Ausschreibung und dem Bestbot der neuen Ausschreibung;



zweitens Ingenieurleistungen, die eigentlich selbst bezahlt hätten werden müssen (vor allem dann, wenn man unterstellt, daß die neue Lösung auch zukünftig bei weiteren Vorhaben angewandt wird); drittens möglicherweise geringere Instandhaltungs- und Wartungskosten (von einem möglichen – wenngleich auch kaum zu quantifizieren – volkswirtschaftlichen Schaden, der durch Unglücksfälle verursacht worden wäre, die die ursprüngliche Lösung nicht, die neue jedoch sehr wohl verhindern kann, von einem „politischen Schaden“ einmal abgesehen).

Dieses unbefriedigende und wohl sofort als ungerecht empfundene Szenario hat der Gesetzgeber sicher nicht gewollt, als er die Regelungen zum Widerruf einer Ausschreibung formulierte.

Ersichtlich ist daraus, daß gemäß § 22 (6) BVergG Alternativangebote grundsätzlich zulässig (ja offensichtlich



sogar erwünscht) sind. Dadurch soll das innovative Potential aller möglichen Anbieter ausgeschöpft werden, die eventuell (bessere) Lösungen anbieten können, an die die ausschreibende Stelle zuvor nicht gedacht hat. Die Zulässigkeit von Alternativen erscheint übrigens auch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Effizienzgebotes geboten.

Alternativen unterscheiden sich gewissermaßen vom Amtsentwurf – sonst wären sie eben keine Alternativen. Sie müssen gemäß § 29(4) BVergG (lediglich) die Erbringung von „qualitativ gleichen“ Leistungen erbringen wie die ausgeschriebene Lösung gewährleisten. Eine qualitativ bessere Leistung von Alternativen ist bei Ausschreibungen nach dem Bestbieterprinzip schon definitionsgemäß und bei Ausschreibungen nach dem Billigstbieterprinzip teleologisch nicht schädlich (was so offen-

sichtlich und logisch ist, daß es eigentlich nicht einmal gesondert erwähnt werden müßte). Ein Alternativangebot ist jedenfalls „potentiell“ (d. h. es muß damit gerechnet werden) besser bzw. billiger als ein auf der Ausschreibung basierendes Angebot – sonst müßte man sich mit dem Problem „Alternativangebot“ überhaupt nicht beschäftigen. Eine angebotene Alternative kann sich darüber hinaus jedenfalls quantitativ von der ausgeschriebenen Lösung unterscheiden (der Gesetzestext spricht nämlich nur von „qualitativen Leistungen“). Ein Alternativangebot kann sich sicher auch grundsätzlich von der ausgeschriebenen Leistung unterscheiden. Das „Vergleichbarkeitsgebot“ des § 22 (2) BVergG betrifft nämlich keinesfalls das Verhältnis zwischen Amtsentwurf und angebotener Alternative. Es zielt ausschließlich darauf ab, daß die Ausschreibung so ausreichend bestimmt ist, daß (nur!) alle Angebote, die auf dem Amtsentwurf basieren, miteinander vergleichbar sind.

Einem Anbieter einer Alternative ist also der Zuschlag zu erteilen, wenn die Alternative unter Anwendung der Auswahlkriterien (vgl. § 22 (4) BVergG) als Best-/Billigstbot anzusehen ist, gleichgültig, ob die Alternative mit den anderen Angeboten vergleichbar ist, ob die alternative Lösung qualitativ mehr leistet als die ausgeschriebene oder ob sich die quantitativen Leistungen unterscheiden.

Widerruft eine ausschreibende Stelle eine Ausschreibung, weil sie auf Grund eines Alternativangebotes „klüger“ geworden, so wendet sie das Gesetz denkunmöglich an, gleichgültig, ob der Widerruf damit begründet wird, daß die Ausschreibung ursprünglich anders erfolgen hätte müssen oder daß die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet ist. Nach einer bescheidmäßigen Bestätigung des Widerrufs durch das BVergA ist daher eine Bescheidbeschwerde beim VfGH gemäß Art. 144 BVG möglich.

Das Gesagte gilt natürlich ohne Berücksichtigung, um wieviel das Alternativangebot „besser“ ist als die ausgeschriebene Lösung: Es kann keinen Unterschied machen, ob die alternative Lösung nur „etwas besser“ ist oder ob durch sie ersichtlich wird, daß der Amtsentwurf grob mangelhaft, ungenügend, unwirtschaftlich oder dergleichen war. Da jedem Bieter die Möglichkeit offen steht, Alternativangebote auszuarbeiten und anzubieten, kann übrigens keinesfalls von einer Ungleichbehandlung der Bieter gesprochen werden. Jeder Bieter muß sich überlegen, ob er zusätzliche Kosten auf sich nehmen will, um eine Alternative auszuarbeiten. Dabei ist das

Risiko einzuschätzen, daß die Anstrengungen vergebens sind, da sie zu keiner (brauchbaren) Alternative führen. Die dargestellte Auslegung des BVergG ist übrigens durch als objektiv-teleologische Interpretation zu sehen, bei der das gesamte Rechtssystem betrachtet wird. Das österreichische Rechtssystem verlangt einen Ausgleich für schuldhaft und rechtswidrig verursachten Schaden und Ausgleich für ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Für die vorliegenden Überlegungen bedeutet dies, daß einerseits jeder, der sich an einer Ausschreibung beteiligt und dadurch Kosten auf sich nimmt, Schadenersatz fordern kann, wenn die ausschreibende Stelle eine defekte Leistung ausschrieb und auf Grund von Informationen, die später (eventuell eben durch ein Alternativangebot) gewonnen werden, beschließt, die Ausschreibung zu widerrufen, vorausgesetzt die Ausschreibung der defekten Leistung erfolgte in irgendeiner Weise schuldhaft (culpa in contrahendo). Neben dem Ersatz des Schadens stehen andererseits auch bereicherungsrechtliche Ansprüche zur Verfügung; die ungerechtfertigte Bereicherung wurde in obigem Beispiel exemplarisch dargestellt.

Einem Bieter, der ein Alternativangebot erarbeitet, das für die ausschreibende Stelle die Erkenntnis bringt, daß die Ausschreibung „inhaltlich wesentlich anders“ erfolgen hätte sollen, stehen beim Widerruf der Ausschreibung grundsätzlich beide Möglichkeiten – Schadenersatz und Ausgleich für ungerechtfertigte Vermögensverschiebung – zur Verfügung, ohne daß auf das BVergG Bezug genommen werden muß (die Einschränkungen des Schadenersatzes durch das BVergG wäre in solch einem Fall unzweifelhaft verfassungswidrig). Der betroffene Bieter ist danach in seinem Vermögen zumindest genauso zu stellen wie er gestellt wäre, wenn er den Zuschlag zu seinem Alternativangebot erhalten hätte. Es ist kein Grund ersichtlich, wieso das BVergG diesem umständlichen und kostspieligen „zivilrechtlichen Umweg“ den Vorzug einräumen sollte, zumal dadurch der ausschreibenden Stelle keine Vorteile entstünden und noch dazu die Teile des Gesetzes, die den Schadenersatz einschränken, verfassungswidrig würden.

Abschließend und zusammenfassend kann also gesagt werden, daß es keinen wichtigen Grund darstellt, der zum Widerruf einer Ausschreibung verpflichtet, wenn die ausschreibende Stelle durch die Abgabe eines Alternativangebotes erkennt, daß die Ausschreibung inhaltlich wesentlich anders erfolgen hätte sollen. ♦