

EDITORIAL

Die eierlegende Wollmilchsau: Das BVerG ... und die Chimäre vom Bestbieterprinzip



Hermann Wenusch

Gemäß § 125 BVerG ist die Angemessenheit der Preise zu prüfen - im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung ist allenfalls zu kontrollieren, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich „*erklär- und nachvollziehbar*“ sind (damit ist gemeint „zu rechtfertigen“ - aber das ist wohl eine eher lässliche legistische Schwäche des BVerG). Der öffentliche Besteller hat gemäß § 129 ein Angebot auszuscheiden, das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist.

Der Zweck dieser Bestimmung wird häufig im Schutz des Wettbewerbs gesehen.

Es drängt sich natürlich die Frage auf, wozu es denn das UWG gibt, dessen Langtitel „Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“ lautet und das sich schließlich ausgiebig genau diesem Zweck widmet. Weshalb werden tausende Bedienstete öffentlicher Besteller zu Wächtern des lautereren Wettbewerbs? Oder geht es am Ende gar nicht um den Schutz des Wettbewerbs, sondern den Schutz der Bieter vor eigenem Unvermögen, einen „sinnvollen“ Preis für ihre Leistungen nachzufragen?

Gemäß § 68 BVerG sind verschiedene „Vorbestrafte“ von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.

Der Zweck dieser Bestimmung, die den Strafzweck der Läuterung verhöhnt und zudem wohl auf Grund der sich ergebenden Doppelbestrafung verfassungswidrig ist, ist zwar prinzipiell schleierhaft, doch wird er manchmal in der Abschreckung gesehen.

Und in diesem Zusammenhang drängt sich nun die Frage auf, wozu es denn das Strafrecht gibt.

Wie immer dem sei, jetzt wird's jedenfalls noch besser: Das Bestbieterprinzip soll der Regelfall werden! Die Befürworter begründen dies – je nach politischer Ausrich-

tung – ua mit Frauen- oder Lehrlingsförderung, der Förderung regionaler Anbieter oder des Umweltschutzes, und, und, und ...

Und wieder drängt sich die Frage auf, weshalb denn das BVerG der Regional-, Jugend-, Frauen- oder sonstiger Förderung dienen soll.

Wenn genau feststeht, was zu beschaffen ist, dann bleibt nur das Billigstbieterprinzip – alles andere würde dem ökonomischen Prinzip widersprechen! Wenn man genau weiß, welchen PKW (in einer genau definierten Ausführung) man will, weshalb soll man dann bei einem Anbieter mehr zahlen, nur weil der Verkäufer eine Verkäuferin ist?

Das Vergaberecht soll also noch viel stärker zum Lenkungsrecht werden – dadurch, dass bloß unreflektiert vom Bestbieterprinzip gesprochen wird, allerdings ohne Angabe der Richtung, in die gelenkt werden soll – getreu dem Motto: „Ich weiß zwar nicht, wohin ich will, dafür bin ich schneller dort“. Und exekutiert soll das Ganze durch die öffentlichen Besteller werden ...

Die Regierungsvorlage der Novelle ist übrigens voll von „Schmankerln“ – eine nicht einmal annähernd komplette Auswahl:

- § 79 (3) BVerG soll lauten, dass der Zuschlag unter bestimmten, näher umschriebenen Umständen „*jedenfalls dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen*“ ist (gemeint offenbar: dem Best- statt dem Billigstbieter ist der Zuschlag zu erteilen). Unklar ist, wie man die technische Günstigkeit misst – ist Ausschlag gebend nicht wiederum bloß die Wirtschaftlichkeit (ev bloß über einen längeren Zeitraum)?
- Zi 2 leg cit soll einen dieser Umstände nennen: Wenn „*der Auftraggeber in der Ausschreibung Alternativ-*

angebote ausdrücklich für zulässig erklärt“ – was ist aber, wenn er Alternativangebote zulässt, aber nicht ausdrücklich? Das widerspräche natürlich § 81 BVergG, aber das ist nicht das Problem. Weshalb formuliert man nicht, wenn „Alternativangebote zugelassen wurden“ – das wäre wesentlich kürzer und klarer. „Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, eine überflüssige [...] Regelung getroffen zu haben“ (zB OGH 10 Obs 151/11w) – doch was will er durch diese schnörkelhafte Bestimmung sagen? Und überhaupt: Das Attribut „ausdrücklich“ schafft mehr Unklarheit als Klarheit. Aber der Gesetzgeber des BVergG liebt offensichtlich nun einmal die fast kindlich anmutenden Wendungen „ausdrücklich“ und „nachweislich“ ...

- Zi 3 leg cit soll einen weiteren der erwähnten Umstände nennen: Wenn „die Beschreibung der Leistung funktional [...] erfolgt“. Scheinbar ist gemeint, dass die Leistung nicht präzise beschrieben werden kann. Das ist aber bei einer funktionalen Ausschreibung nicht unbedingt der Fall: auch eine solche kann völlige präzise und eindeutig sein. Abzustellen wäre also nicht auf den Typ der Ausschreibung, sondern darauf, ob ein Verhandlungsverfahren zulässig ist.
- Genau das wird in Zi 4 leg cit behandelt: Verkürzt ausgedrückt findet sich hier aber eine Tautologie: Ist nur ein Verhandlungsverfahren möglich, so ist ein Verhandlungsverfahren durchzuführen.
- Der nächste Umstand, der in Zi 5 leg cit genannt werden soll, lautet: „[Wenn] in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien [...] abgewichen wird und

dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind“. Was durch die Erwähnung der „geeigneten Leitlinien“ bewirkt werden soll, ist schleierhaft. Was soll gelten, wenn nicht von „geeigneten Leitlinien“ abgewichen wird, und trotzdem keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind? Dann könnte zwar prinzipiell das Billigstbieterprinzip angewandt werden, das aber eben nicht angewandt werden kann, weil ja keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind. MaW: Die Bestimmung ist völlig sinnlos!

- § 83 (5) BVergG soll dem öffentlichen Besteller die Möglichkeit eröffnen, vorzuschreiben, „dass bestimmte kritische Aufgaben vom Bieter selbst“ ausgeführt werden müssen. Damit würden juristische Personen jedenfalls ausscheiden (weil diese ja von ihnen unterschiedliche natürliche Personen zum Tätigwerden benötigen), ebenso wie natürliche Personen, die alleine nicht in der Lage sind, die betroffenen Aufgaben zu verrichten. Sicher ist das natürlich nicht gemeint, sondern „vom Bieter selbst oder dessen unselbständig beschäftigten Dienstnehmern“. Wieder verblüfft, welche nahezu kindlichen Formulierungen (oder hier vielleicht auch: „umgangssprachlicher Slang“) gewählt werden. Übrigens rettet hier auch keine clevere Definition, nach der man vielleicht sucht: § 2 Zi 13 BVergG definiert: „Bieter ist ein Unternehmer[...], der ein Angebot eingereicht hat“.

Das BVergG würde – wenn es so kommt, wie es zu befürchten ist – puncto schlechter Legistik seinen Vorsprung vor dem BauKG wohl festigen...