



Issue 4/2014

# Newsletter



## Rechtsprechung

### Überwälzung unkalkulierbarer Risiken auf Auftragnehmer unzulässig

Die Überwälzung unkalkulierbarer Risiken ist ständiges Streitthema zwischen AG und AN. Der UVS Burgenland (E 5.3.2013, K VNP/16/2013.001/018) hat für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe festgehalten, dass in einer **Ausschreibung keine unkalkulierbaren Risiken enthalten sein dürfen**:

Ausgeschrieben waren Straßenbauarbeiten, wobei in den Ausschreibungsunterlagen angeführt wurde, dass aufgrund von durchgeführten Grabungsarbeiten mit archäologischen Funden zu rechnen ist. Etwaige **Funde würden zu Bauzeitverzögerungen führen, die Kosten dafür hat der AN zu tragen**. Eine nähere Spezifizierung des Risikos wurde nicht vorgenommen, genauso wenig wie Angaben zur Kalkulierbarkeit. Die Ausschreibung wurde in diesem Punkt angefochten. Der AG stand im Nachprüfungsverfahren auf dem Standpunkt, dass die Risikoverschiebung zivilrechtlich zulässig sei. **Unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung** einer derartigen Risikoüberwälzung führte der UVS aus, dass ein **Widerspruch zu § 78 Abs 3 BVergG** vorliegt: *Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken [...] von den Bietern ermittelt werden können*. Wenn der AG aber ein unkalkulierbares Risiko den Bietern zur eigenständigen Bewertung überlässt, ist davon auszugehen, dass **jeder Bieter dieses Risiko anders bewertet, weshalb die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gegeben ist**. Weiters verstößt der AG damit gegen das Gebot der eindeutigen und umfassenden Leistungsbeschreibung (vgl. § 96 Abs 6 BVergG). Daher ist die **Ausschreibung vergaberechtswidrig**. Ergänzend führte der UVS aus, dass die Überwälzung unkalkulierbarer Risiken auch **mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit unvereinbar** ist. Das Verbot soll nämlich (auch) verhindern, dass Bieter zahlreiche Risiken in ihre Angebote einpreisen und somit überbeuerte Angebote legen. Der konkrete Fall zeigt – neben der erfreulich deutlichen Ablehnung der Zulässigkeit der Überwälzung unkalkulierbarer Risiken durch den UVS – wie wichtig **die frühzeitige Prüfung von Ausschreibungsunterlagen** ist: Wäre die Bestimmung nicht bekämpft worden, wäre sie Vertragsbestandteil geworden. In diesem Fall hätte der AN nur mehr über die Sittenwidrigkeit argumentieren können.

Dr. Bernhard Kall, Willheim I Müller Rechtsanwälte

**NEWS +++** Bauverträge mit Subunternehmern am 5.5.2014 bei ARS: DDr. Müller referiert über die **optimale Gestaltung von Subunternehmerverträgen**, Dr. Kall geht auf die Rolle der **Subunternehmer im Vergabe & Gewerberecht** ein. +++ Jour Fixe zum Thema „**Update Vergaberecht: Schwerpunkt Preisgestaltung**“ am 14.5.2014 bei Willheim Müller +++ **Praxistag Claim-Management: Mehrkostenforderungen richtig begründen und richtig berechnen** am 19.5.2014 bei Willheim Müller: DDr. Müller und DI (FH) Sommerauer erarbeiten mit den Seminarteilnehmern eine prüffähige Mehrkostenforderung. +++ Anmeldung an [events@wmlaw.at](mailto:events@wmlaw.at) +++ Weitere Informationen finden Sie im Bereich Newsounge unter [www.wmlaw.at](http://www.wmlaw.at). +++

KONTAKTIEREN SIE DR. BERNHARD KALL PER E-MAIL UNTER [OFFICE@WMLAW.AT](mailto:OFFICE@WMLAW.AT)

## Update

### Auslegung von Ausschreibungsunterlagen durch Sachverständige im Nachprüfungsverfahren

Die Vergabekontrollbehörden judizieren in ständiger Rechtsprechung, dass **Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen** sind (zB VwGH 12.5.2011, 2008/04/0087). Bei der Auslegung von Ausschreibungen handelt es sich zwar grundsätzlich um eine Rechtsfrage, oft lässt sich aber (insb. für Juristen) der genaue Inhalt eines verwendeten technischen Begriffes nicht feststellen. In einem aktuellen Vergabekontrollverfahren wurde in den Angebotsunterlagen die **DIN EN 1090-1:2012** als Bestandteil der Kalkulation ausdrücklich angeführt und dazu festgehalten, dass **die Festlegungen technischen und leistungsbezogenen Inhalts dieser Norm zwingend einzuhalten** sind. Strittig war, ob diese Festlegung in den Ausschreibungen so interpretiert werden muss, dass ein Bieter **zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit nach diesen Normen zertifiziert sein muss**. Der Antragsteller argumentierte, dass der AG durch diese Festlegung ein zusätzliches Eignungskriterium schaffte und daher die **Zertifizierung gemäß DIN EN 1090-1 einen Teil der Eignung eines Bieters** darstellt. Der Auftraggeber bestritt und führte aus, dass die Ausschreibungsunterlagen dahingehend auszulegen seien, dass die Inhalte der Norm einzuhalten sind, eine Zertifizierung wäre allerdings nicht erforderlich. Die Norm DIN EN 1090 schreibe nicht vor, dass ein Unternehmen nach dieser Norm zertifiziert sein muss und sei daher nicht erforderlich, um die Eignung entsprechend den Ausschreibungsbedingungen zu erfüllen. Der im Verfahren beigezogene Sachverständige aus dem Bereich Stahlbau erläuterte vor der Vergabekontrollbehörde, dass die Festlegung der DIN EN 1090 in den Ausschreibungsbedingungen **von einem verständigen Bieter nur dahingehend verstanden werden kann, dass eine Zertifizierung nach dieser Norm erforderlich ist**. Die Nachprüfungsbehörde schloss sich dieser Meinung an. Somit wurde die – rechtliche durchaus strittige Frage – ob eine Zertifizierung nach den genannten Normen erforderlich ist, durch Auslegung der Ausschreibung durch einen beigezogenen Sachverständigen geklärt. Auch der VwGH entschied in einem aktuellen Verfahren, in dem es um die Auslegung eines Leistungsverzeichnisses ging (VwGH 12.09.2013, 2010/04/0066), dass zur Auslegung unklarer Ausschreibungsbedingungen die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem angesprochenen Bieterkreis erforderlich sein kann. Für die Zukunft ist daher bei technisch unklaren Ausschreibungsbestimmungen die vermehrte Beiziehung von Sachverständigen zur Auslegung derselben zu erwarten.

Mag. Georg Gass, Willheim I Müller Rechtsanwälte

