

## **Elektronische Auktion von Bauleistungen Anmerkungen zur aktuellen Diskussion**

Bereits vor 6 Jahren wurden öffentliche Auftraggeber gesetzlich ermächtigt, auch bei Bauvergaben elektronische Auktionen durchzuführen. Dennoch waren diese lange Zeit kein Thema in der Branche. Erst in letzter Zeit wurden einige Pilotversuche gestartet, die - nicht zu Unrecht - für heftige Diskussionen sorgten.

### **Vergaberechtliche Rahmenbedingungen**

Elektronische Auktionen waren bis zum Inkrafttreten des BVergG 2006 nur sehr eingeschränkt, nämlich für „standardisierte“ Liefer- oder Dienstleistungsaufträge bis maximal 40.000 Euro Auftragssumme, zugelassen.

Mit der Neufassung des BVergG wurde der Anwendungsbereich der elektronischen Auktion zu Jahresbeginn 2006 erheblich erweitert: seither sind elektronische Auktionen grundsätzlich unlimitiert und auch bei Bauvergaben zulässig, *„... sofern die Spezifikation des Auftragsgegenstandes eindeutig und vollständig beschrieben werden kann.“* Einzige gesetzliche Einschränkung: *„Bau- oder Dienstleistungsaufträge, die geistige Leistungen zum Gegenstand haben - wie etwa die Konzeption von Bauleistungen - können nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein“* (§ 31 Abs 2 BVergG).

Die gesetzliche Erweiterung des Anwendungsbereiches geht auf eine nahezu wortgleiche Bestimmung der EU-Vergaberichtlinie 2004/18/EG zurück, welche mit dem BVergG 2006 umgesetzt wurde.

Aus Sicht der VIBÖ greifen die in der EU-Richtlinie bzw. im BVergG festgelegten Beschränkungen des Anwendungsbereichs von elektronischen Auktionen - zumindest bei Bauleistungen - zu kurz.

Zwar sind damit eindeutig alle Ausschreibungen auf Basis funktionaler Leistungsbeschreibungen vom Anwendungsbereich elektronischer Auktionen ausgeschlossen, da mit einer funktionalen Ausschreibung immer auch eine „geistige Leistung“ des Bieters bzw. eine „Konzeption von Bauarbeiten“ verbunden ist.

Darüber hinaus sind aber elektronische Auktionen ganz generell wohl auch dann problematisch, wenn - wie bei öffentlichen Bauaufträgen typischerweise der Fall - zukünftige Leistungen auf Basis einer konstruktiven Leistungsbeschreibung mit voraussichtlichen Positionsmengen (laut Planung des Auftraggebers) ausgeschrieben werden, die Abrechnung dann aber mit tatsächlichen Mengen bzw. Leistungen (auf Basis der Positionspreise des Angebotes) erfolgt.

Gerade bei derartigen Einheitspreisverträgen kann - nicht zuletzt aufgrund der Bestimmungen des § 125 BVergG - auf eine vertiefte Angebotsprüfung durch den Auftraggeber im Hinblick auf Unterpreise bzw. hinsichtlich einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht verzichtet werden. Diese Prüfung ist jedoch im Falle einer elektronischen Auktion nur unzureichend gewährleistet: im Vorfeld der Auktion sind naturgemäß keine endgültigen Preise für eine Prüfung verfügbar und nach der Auktion kann keine Prüfung mehr stattfinden, da gemäß § 147 Abs 7 BVergG die (unverzüglich nach Ende der Auktion vorgeschriebene) Bekanntgabe des erfolgreichen Bieters automatisch als Zuschlagsentscheidung gilt.

Die ASFINAG hat bei ihrem Pilotversuch „A 10 - Galerien Brentenberg“ versucht, diesem Dilemma dadurch zu entgehen, dass der maximal zulässige Preisnachlass im Zuge der elektronischen Auktion mit 20 % des eingereichten Erstangebotes begrenzt wurde. Bei der im Vorfeld der Auktion durchgeführten Prüfung der eingereichten „Erstangebote“ wurde dann dieser maximal zulässige Preisnachlass quasi mitgeprüft.

Inwieweit dadurch den gesetzlichen Vorgaben des § 125 BVergG Genüge getan wurde, sei dahingestellt. Faktum bleibt jedenfalls, dass der Prüfungsaufwand des Auftraggebers sich erheblich vergrößert, weil vor einer elektronischen Auktion grundsätzlich ja noch alle formal korrekt eingereichten Angebote für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen und daher zu prüfen sind.

### **Elektronische Auktion versus Qualitätswettbewerb und Bestbietervergabe**

Die Durchführung elektronischer Auktionen bei Bauaufträgen steht überdies dem angestrebten Qualitätswettbewerb und der Förderung des Bestbieterprinzips bei Bauvergaben aus folgenden beiden Gründen diametral entgegen:

Will der öffentliche Auftraggeber den gesetzlichen Vorgaben Genüge tun, so muss er im Falle einer beabsichtigten elektronischen Auktion zwangsläufig die Zulässigkeit von Alternativangeboten ausschließen, zumal mit einer Alternative immer auch eine „geistige Leistung“ bzw. eine „Konzeption von Bauarbeiten“ verbunden ist.

Weiters wäre zwar nach dem Buchstaben des BVergG grundsätzlich auch bei elektronischen Auktionen eine Bestbietervergabe, d.h. eine Vergabe auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot unter Berücksichtigung qualitativer Zuschlagskriterien möglich und zulässig (vgl. § 31 Abs 4 BVergG). Der öffentliche Auftraggeber wird jedoch wohl idR vor dem daraus resultierenden überproportionalen Administrations- und Prüfungsaufwand und vor der „Angreifbarkeit“ der Zuschlagsentscheidung zurückschrecken und im Falle einer elektronischen Auktion auf qualitative Zuschlagskriterien verzichten.

### **Wettbewerbstheoretische Aspekte**

In der Wettbewerbsökonomie gelten Auktionen, bei denen das Angebotsverhalten der jeweils anderen Bieter transparent gemacht wird, als nicht besonders wettbewerbsintensiv. Die intensivste Form des Wettbewerbs ist eindeutig die sog. „geheime Auktion“ (sealed bid), bei der der einzelne Bieter in der Angebotsphase über keinerlei Informationen betreffend Angebotsverhalten des Mitbewerbers verfügt, ja idR nicht einmal weiß, gegenüber wem bzw. gegenüber wie vielen Mitbewerbern er mit seinem Angebot bestehen muss. Diese intensivste Form des Wettbewerbs ist u.a. bei der klassischen Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren gegeben.

Aus der Transparenz des Angebotsverhaltens der anderen Bieter resultiert, dass bei elektronischen Auktionen der Abstand zwischen dem niedrigsten und dem zweitniedrigsten Angebot am Ende der Auktion regelmäßig nur eine betragsmäßig geringe Minimal-Gebotsstufe ausmacht.

Aus Sicht des Auftraggebers bedeutet dies, dass er bei einer elektronischen Auktion nicht zwangsläufig das niedrigste am Markt erhältliche Angebot lukriert. Es wäre durchaus denkbar, dass der Billigstbieter ohne Auktion von vornherein ein niedrigeres Angebot gelegt hätte und er sich diesen weiteren Nachlass nun mangels entsprechender Konkurrenzofferte im Zuge der Auktion erspart.

Ganz generell erscheinen die (insbesondere von Vertretern der Stadt Salzburg medial artikulierten) Jubelmeldungen über den Erfolg von elektronischen Auktionen bei Bauvergaben nicht nachvollziehbar. Kein Auftraggeber weiß, wie viel „Luft“ die einzelnen Bieter beim eingereichten Erstangebot eingerechnet haben und ob dieser Preispolster dann tatsächlich in vollem Umfang (bzw. darüber hinaus) „lukriert“ werden konnte. Ein Vergleich mit der auftraggeberinternen Kostenschätzung (bzw. der Kostenschätzung des Planers) mag zwar vielleicht gewisse Anhaltspunkte über das aktuelle Marktpreisniveau bringen, beantwortet aber nicht die Frage, ob die elektronische Auktion tatsächlich einen Mehrwert (sprich eine Preisreduktion) gegenüber einem klassischen Vergabeverfahren gebracht hat.

Vieles spricht dafür, dass dies wohl idR nicht der Fall sein wird - zumindest nicht bei seriösen Bietern, die sich wohl kaum von einer irrationalen „Auktionseuphorie“ anstecken lassen und im Zuge der Auktion ihre eigenen, selbstgesteckten Limits unterschreiten werden.

Nur Bieter, welche von vornherein keine auskömmlichen Wettbewerbspreise im Auge haben, sondern - z.B. aus einer Notsituation heraus - bereit sind, den Auftrag „um jeden Preis“ zu akquirieren, können ggf. dem Auftraggeber einen echten Preisvorteil verschaffen. Ein derartiger Bieter kann sich im Vorfeld der Auktion darauf beschränken, zunächst einmal mit seinem Angebot lediglich die formalen Minimalerfordernisse für die Zulassung zur elektronischen Auktion zu erfüllen, um sich dann im Auktionsverfahren bis zur letzten Angebotsrunde immer knapp unter den Preis des aktuell niedrigsten Konkurrenz-Gebots zu setzen.

Inwieweit die Beauftragung solcher Unternehmungen bzw. die Qualität derartiger Angebote sich dann letztlich als für den Auftraggeber vorteilhaft herausstellt, bleibt abzuwarten (zumindest bis zur jeweiligen Schlussrechnung).

### **Resümee aus Sicht der VIBÖ**

Aus Sicht der VIBÖ ist die elektronische Auktion kein geeignetes Mittel für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen. Die vergaberechtlichen Bestimmungen, welche die elektronische Auktion regeln, stehen z.T. im Widerspruch zu anderen vergaberechtlichen Vorgaben und vergabepolitischen Zielsetzungen (wie z.B. Qualitätswettbewerb, innovative Beschaffung und Bestbietervergabe). Überdies ist der echte „Mehrwert“ einer elektronischen Auktion für einen Auftraggeber keineswegs gesichert. Ganz im Gegenteil: sicher sind lediglich nicht unerhebliche administrative Mehrkosten aufgrund der notwendigen vertieften Prüfung aller eingereichten Erstangebote vor der Auktion und durch die Verfahrenskosten der elektronischen Auktion.

Die VIBÖ fordert daher, die Vergabe von Bauaufträgen sowohl in der (zurzeit in Vorbereitung befindlichen) neuen EU-Vergaberichtlinie als auch auf nationaler Ebene generell vom Anwendungsbereich elektronischer Auktionen auszuschließen.

### **Rückfragehinweis:**

Mag. Michael Steibl  
Geschäftsführer der VIBÖ  
Tel.: 01/5041557-2116  
eMail: [steibl@viboe.at](mailto:steibl@viboe.at)

Wien, im August 2012