

Doctoral Thesis

Impacts of employee- and worker-related procurement criteria for awarding public construction contracts and public construction-based services contracts on tenderers and the Austrian job market in the construction industry

submitted in accordance with the requirements for the degree of
Doctor of Technical Sciences
of the Vienna University of Technology, Faculty of Civil Engineering

Dissertation

Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt

ausgeführt zum Zwecke der Erlangung des akademischen Grades einer
Doktorin der technischen Wissenschaften
eingereicht an der Technischen Universität Wien, Fakultät für Bauingenieurwesen

von

Dipl.-Ing.ⁱⁿ Jacqueline Raab

Matrikelnr.: 00526227

Betreuer:

Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. **Andreas Kropik**
Inst. für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement
FB Bauwirtschaft und Baumanagement
Technische Universität Wien
Karlsplatz 13/E234-03, 1040 Wien

Mitbetreuer:

Univ.Ass. Dipl.-Ing. Dr.techn. **Leopold Winkler**
Inst. für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement
FB Baubetrieb und Bauverfahrenstechnik
Technische Universität Wien
Karlsplatz 13/E234-01, 1040 Wien

Gutachter:

Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. **Gerald Goger**
Inst. für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement
FB Baubetrieb und Bauverfahrenstechnik
Technische Universität Wien
Karlsplatz 13/E234-01, 1040 Wien

Gutachter:

Hon.-Prof. RA Dr. **Rudolf Lessiak**
Inst. für Zivilrecht
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien
Schottenbastei 10-16, 1010 Wien

Wien, im März 2022

„Our greatest weakness lies in giving up. The most certain way to succeed is always to try just one more time.”

- Thomas Alva Edison

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich mich bei all jenen Personen bedanken, die mich auf meinem Weg zur Erstellung dieser Dissertation begleitet und unterstützt haben.

Ein großer Dank gilt zunächst meinem Betreuer Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas Kropik, der mich durch einen seiner Vorträge erst auf das Dissertationsthema gebracht hat. Prof. Kropik ist mir mit fachlicher Expertise zur Seite gestanden, hat mir genügend Zeit für die Bearbeitung eingeräumt und hat immer an ein Gelingen dieser Arbeit geglaubt.

Bedanken möchte ich mich herzlich bei Univ.Ass. Dipl.-Ing. Dr.techn. Leopold Winkler, der meine Dissertation mitbetreut hat. Er hat sich oft stundenlang mit meinen Ausarbeitungen auseinandergesetzt und mir durch hilfreiche fachliche und methodische Tipps die Weiterarbeit erleichtert. In Momenten der Verzweiflung hat er mir stets gut zugeredet und mich motiviert.

Dank gilt weiters Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Gerald Goger und Hon.-Prof. RA Dr. Rudolf Lessiak, die sich als Gutachter für die Dissertation zur Verfügung gestellt und sich die Zeit für eine eingehende Durchsicht und Beurteilung genommen haben.

Besonders dankbar bin ich den befragten Expertinnen und Experten, die sich trotz der schwierigen und kräftezehrenden Pandemiezeit für Interviews zur Verfügung gestellt haben und mir mit Engagement und Offenheit gegenübergetreten sind. Durch ihr Fachwissen konnten zahlreiche spannende Erkenntnisse zur Thematik gewonnen werden. Nicht unerwähnt sollen an dieser Stelle die in der Arbeit genannten Institutionen bleiben, die mir statistische Daten, Fachartikel oder sonstige relevante Auskünfte übermittelt und so zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben.

Ein herzliches Dankeschön an meine lieben Kolleginnen und Kollegen vom Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement der Technischen Universität Wien für ihren Input zur gegenständlichen Thematik und die fortwährende mentale Unterstützung in den vergangenen Jahren.

Gebührender Dank gilt meinem Vater für die wöchentlichen Lektorat-Einheiten. So manche amüsante Diskussion wird mir noch lange in Erinnerung bleiben! Besten Dank auch an meine Mutter für die Hilfestellung bei der Verfassung des Abstracts und die kritische Durchsicht der Arbeit.

Kurzfassung

Vergabekriterien nehmen im öffentlichen Auftragswesen eine bedeutende Rolle ein. In Übereinstimmung mit dem in Österreich geltenden Bundesvergabegesetz 2018 dienen sie der öffentlichen Hand als Selektions- und Entscheidungsinstrument für die Vergabe von Leistungen an privatwirtschaftliche Unternehmen. Um wettbewerbsfähig zu bleiben und an öffentliche Aufträge zu kommen, müssen diese Unternehmen danach trachten, den Anforderungen in den Kriterien gerecht zu werden. Während eine Vielzahl unterschiedlicher Vergabekriterien in Ausschreibungen für Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen herangezogen werden können, liegt der Fokus der gegenständlichen Arbeit auf personenbezogenen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien. Darunter sind Kriterien zu verstehen, deren Erfüllung bzw. Bessererfüllung von den Fähigkeiten, Qualifikationen und soziodemografischen Merkmalen bestimmter Personen abhängig ist. Öffentliche Auftraggeber verfolgen mit der Heranziehung solcher Kriterien verschiedene Ziele, wie etwa eine verbesserte Projektabwicklung im Fall von Schlüsselpersonalkriterien oder die berufliche Förderung bestimmter Personengruppen im Fall von personenbezogenen sozialen Vergabekriterien.

Im Zuge des in dieser Arbeit durchgeführten Forschungsprozesses wird erhoben, ob die durch die Kriterien angestrebten Ziele erreicht werden können oder die Zielverfolgung gar mit negativen Folgen für unterschiedliche Stakeholdergruppen verbunden ist. Übergeordnet wird in der Dissertation der Frage nachgegangen, welche Auswirkungen personenbezogene Vergabekriterien für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt haben, wobei sowohl Potenziale als auch Defizite der Kriterien aufgezeigt werden. Bisherige Forschungsarbeiten mit Schwerpunkt auf dem Fachgebiet Bauwirtschaft lassen eine Antwort auf diese Frage vermissen.

Um zu aussagekräftigen Forschungsergebnissen zu gelangen, wird methodisch mit Fachliteratur, Gesetzen, Gesetzesmaterialien, Judikatur und statistischen Daten gearbeitet. Weiters werden 25 Experten der Baubranche, die den Stakeholdergruppen öffentliche Auftraggeber, bauausführende Unternehmen oder Ingenieurkonsulenten angehören, zu den Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien befragt.

Die Untersuchungsergebnisse zeigen, dass die mit personenbezogenen Vergabekriterien verfolgten Ziele nur zum Teil erreicht werden können. Von einem geringen Einfluss solcher Kriterien auf den österreichischen Bauarbeitsmarkt ist auszugehen. Bewerber/Bieter sehen sich aufgrund der Kriterien mit zahlreichen Herausforderungen konfrontiert; sie haben jedoch unterschiedliche Maßnahmen ergriffen und Strategien entwickelt, um die gestellten Anforderungen zu erfüllen und ihre Konkurrenzfähigkeit gegenüber Mitbewerbern aufrechtzuerhalten. Aus den Rechercheergebnissen abgeleitete Handlungsempfehlungen dienen als Hilfestellung für die Auswahl und Gestaltung von personenbezogenen Vergabekriterien und eröffnen alternative Möglichkeiten zur Erreichung der durch die Kriterien angestrebten Ziele.

Abstract

Procurement criteria play an important role when public authorities put out contracts to tender. In accordance with the Austrian Federal Procurement Act of 2018, referred to as “Bundesvergabegesetz 2018”, they serve public authorities as a selection and decision-making tool for awarding contracts to private companies. In order to remain competitive and win public contracts, these companies must make every effort to fulfill the procurement criteria as well as they can. While a multitude of different criteria can be used in tenders for construction and construction-based services, this Doctoral Thesis focuses on employee- and worker-related eligibility, selection and award criteria. The fulfillment or better fulfillment of the criteria depends on the skills, qualifications and sociodemographic characteristics of specific individuals. In using such criteria, contracting authorities pursue several different goals, such as improving project processing through key personnel criteria or professional advancement of specific groups of people through social procurement criteria.

The research activities conducted by the author of this Thesis investigate whether these criteria help public authorities to achieve said goals or might actually have negative effects on different stakeholder groups. Moreover, the paper addresses the central question of what impacts employee- and worker-related procurement criteria for awarding public construction contracts and construction-based services contracts have on tenderers and the Austrian job market in the construction industry. What is more, the opportunities created by the criteria as well as their deficiencies are identified. Previous research work whose main emphasis was put on the construction industry has not provided any answer to the above question.

So as to obtain meaningful results, the author methodically draws on technical literature, laws and related legal materials, judicature, and statistical data. Furthermore, 25 experts from the construction industry representing the stakeholder groups of contracting authorities, construction companies or consulting engineers are interviewed about the impacts of employee- and worker-related procurement criteria.

The research results indicate that the goals pursued through the introduction of employee- and worker-related procurement criteria can be only partially achieved. It can be assumed that the influence the criteria have on the Austrian job market in the construction industry is minor. Owing to the criteria, candidates/tenderers of the award decision face several challenges and have taken various measures and developed strategies to meet the stipulated requirements in order stay competitive against rival bidders. Recommendations for action derived from the research results are provided at the end of the research paper. They may help public authorities select and design employee- and worker-related procurement criteria and suggest alternative strategies to achieve the intended goals.

Inhaltsverzeichnis

Kurzfassung	7
Abstract	9
1 Einleitung	15
1.1 Motivation.....	15
1.2 Thematische Abgrenzung.....	17
1.3 Forschungsfragen.....	20
1.4 Methodisches Vorgehen.....	21
1.5 Überblick und Aufbau	22
2 Grundlegendes zur öffentlichen Auftragsvergabe und zu Vergabekriterien	25
2.1 Geschichtlicher Abriss	25
2.2 Vergabegrundsätze	28
2.3 Vergabekriterien: Zweck, Anforderungen und Abgrenzung	31
3 Vergabe nach dem Bestbieterprinzip	39
3.1 Merkmale des Bestbieterprinzips.....	39
3.2 Etablierung des Bestbieterprinzips bei öffentlichen Bauaufträgen	41
3.3 Nutzwertanalyse	44
3.4 Festlegung und Gewichtung von Zuschlagskriterien.....	46
3.4.1 Einteilung preisfremder Zuschlagskriterien	47
3.4.2 Methoden zur Ermittlung der Gewichtung.....	51
3.4.3 Feigenblattkriterien.....	56
3.5 Bewertung von Bieterangaben	58
4 Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping	67
4.1 Begriffliche und rechtliche Grundlagen.....	67
4.2 Überprüfung der Seriosität von Bietern im Vergabeverfahren.....	71
4.3 Wettbewerbs- und Preisdruck in der Bauwirtschaft.....	73
4.4 Hoffnungen und Erwartungen im Zusammenhang mit dem Bestbieterprinzip.....	75
4.5 Weitere Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping	77
4.6 Kontrolltätigkeit und statistische Daten	80

5	Berücksichtigung sozialpolitischer Belange	85
5.1	Begriffliche Grundlagen	85
5.2	Entwicklung personenbezogener sozialer Vergabekriterien.....	86
5.3	Statistische Daten	93
6	Berücksichtigung der Qualifikation des Schlüsselpersonals	103
7	Personalfragen in Verbindung mit personenbezogenen Vergabekriterien	111
7.1	Personalbedarf.....	112
7.2	Personalbeschaffung und Personalbindung.....	113
7.2.1	Fachkräftemangel	114
7.2.2	Interne und externe Personalbeschaffung	118
7.2.3	Formen der Personalbindung.....	119
7.2.4	Anreizsysteme.....	122
7.2.5	Abwerbung von Mitarbeitern	124
7.2.6	Employer Branding	126
7.3	Personalentwicklung.....	127
8	Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien aus Expertensicht.....	131
8.1	Datenerhebung mittels leitfadengestützter Experteninterviews.....	131
8.2	Darstellung des Expertenwissens.....	138
8.2.1	Auftraggeber	138
8.2.2	Bauausführende Unternehmen.....	162
8.2.3	Ingenieurkonsulenten.....	183
8.3	Expertenwissen im Vergleich	200
9	Schlussbetrachtung	209
9.1	Zusammenfassung.....	209
9.2	Beantwortung der Forschungsfragen	211
9.3	Abschließende Analyse und Handlungsempfehlungen	219
9.3.1	Auswahl und Gestaltung von Kriterien.....	219
9.3.2	Erreichung angestrebter Ziele.....	222
9.4	Ausblick und weiterer Forschungsbedarf.....	226
	Literaturverzeichnis	227

Inhaltsverzeichnis	13
--------------------	----

Judikaturverzeichnis	243
Gesetzesmaterialien und Dokumente	245
Abbildungsverzeichnis	247
Tabellenverzeichnis	249
Abkürzungsverzeichnis	251
Anhang	255
Eidesstattliche Erklärung	259

1 Einleitung

Zu Beginn dieser Forschungsarbeit wird auf die Beweggründe für die Auswahl des gegenständlichen Dissertationsthemas eingegangen und eine Abgrenzung der Arbeit vorgenommen. Vorgestellt werden die zentralen Forschungsfragen sowie die gewählte Methodik, um zu den angestrebten Forschungsergebnissen zu gelangen. Das einleitende Kapitel schließt mit einer kurzen Vorstellung der weiteren Inhalte dieser Dissertation.

1.1 Motivation

Österreich musste nach Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2006¹ (BVerG 2006) rund 12 Jahre auf eine Neufassung des Gesetzes, das BVerG 2018², warten. In diesem Zeitraum wurden allerdings einige Gesetzesnovellen erlassen, wovon eine, die BVerG-Novelle 2015/16³, initiiert für die Entstehung des gegenständlichen Dissertationsthemas war. Im Seminar „Vergabemanagement“, einer kurz nach Inkrafttreten der Novelle abgehaltenen Lehrveranstaltung des Masterstudiums Bauingenieurwissenschaften am Institut für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement (IBPM) der Technischen Universität Wien (TU Wien), wurde die durch die Novelle Gültigkeit erlangende Bestbieterregelung für öffentliche Bauaufträge diskutiert.

Dabei wurde die Frage in den Raum gestellt, ob – wie durch besagte Regelung intendiert – das verpflichtend anzuwendende Bestbieterprinzip bei der Vergabe klassischer öffentlicher Bauaufträge ab einem geschätzten Auftragswert⁴ von 1 Mio € (im Sektorenbereich ab 10 Mio €) zur Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung beitragen könne bzw würde. In der Baubranche bestand diese Hoffnung mitunter deshalb, weil anspruchsvolle Zuschlagskriterien – worunter personenbezogene Kriterien oftmals fallen – möglicherweise eher von seriösen, redlichen Bietern erfüllt werden könnten, als von Unternehmen, die Praktiken des Lohn- und Sozialdumpings beabsichtigen (siehe auch Unterkapitel 4.4). Im Seminar kamen jedoch Zweifel an der Wirksamkeit des Bestbieterprinzips bei der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping auf.

Der Umstand, dass es sich bei der Bestbieterregelung um eine gravierende Gesetzesänderung handelt, die Einfluss auf die Durchführung und rechtliche Ausgestaltung öffentlicher Vergabeverfahren und somit auf die an den Verfahren Beteiligten hat, führte zur Überlegung, obige Fragestellung wissenschaftlich zu untersuchen. Die Antwort auf die Frage ist nicht zuletzt von sozial-, arbeitsmarkt- und gesellschaftspolitischer Relevanz.

¹ Stammfassung (StF) Bundesgesetzblatt (BGBl) I Nr 17/2006.

² StF BGBl I Nr 65/2018.

³ StF BGBl I Nr 7/2016.

⁴ Hierbei handelt es sich um den „Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist“. § 13 Abs 1 BVerG 2018.

Die Bedachtnahme auf soziale Aspekte bei öffentlichen Auftragsvergaben gewann in den vergangenen Jahren zunehmend an Wichtigkeit. Eine Möglichkeit der Berücksichtigung bietet sich durch personenbezogene soziale Vergabekriterien (siehe auch Kapitel 5). Die Autorin der gegenständlichen Dissertation schlug in ihrer 2016 verfassten Diplomarbeit „Chancen für Beschäftigten-Minderheiten in der Bauausführung in Österreich“ die Berücksichtigung solcher Kriterien als Handlungsempfehlung vor, um die berufliche Situation für bestimmte Minderheitengruppen⁵ zu verbessern. Die Dissertation kann somit als weiterführende Forschungsarbeit zur Diplomarbeit angesehen werden, in der die Effektivität solcher Kriterien untersucht wird. Auch das derzeit in der Baubranche aktuelle Thema des Lehrlingsmangels (in weiterer Folge Fachkräftemangels) wird im Zuge der Auseinandersetzung mit den Kriterien behandelt.

In Fachkreisen der Baubranche, wie etwa den jährlich stattfindenden Wiener Gesprächen⁶ an der TU Wien oder Dialogrunden zwischen öffentlichen Auftraggebern und Interessenvertretungen von in der Baubranche tätigen Unternehmen, kommt es regelmäßig zu Diskussionen über die Auswirkungen bzw Gefahren personenbezogener Vergabekriterien. Dies gilt insbesondere für Vergabekriterien, die das bei der Leistungserbringung einzusetzende Schlüsselpersonal betreffen (siehe auch Kapitel 6). Mit solchen Kriterien in Zusammenhang stehende Schwierigkeiten sind Fachexperten⁷ zwar bekannt, sie wurden jedoch bisher nicht wissenschaftlich analysiert und aufgearbeitet.

Die soeben vorgebrachten Argumente unterstreichen die wissenschaftliche und praktische Relevanz des gegenständlichen Dissertationsthemas. Das übergeordnete Ziel dieser Arbeit liegt darin, die Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt zu untersuchen. Dabei wird ein Überblick über die Fülle an personenbezogenen Vergabekriterien geschaffen und ermittelt, wie diese von unterschiedlichen Stakeholdergruppen angenommen werden. Sowohl Potenziale als auch Defizite der Kriterien werden identifiziert, Möglichkeiten zu deren Verbesserung aufgezeigt und Maßnahmen zum erleichterten Umgang mit diesen präsentiert. Ein weiteres Ziel ist es, mit den Kriterien in Zusammenhang stehende gesetzliche Vorgaben auf Übereinstimmung mit der gelebten Praxis zu überprüfen.

⁵ In der Diplomarbeit wurden Frauen, über 50-Jährige, körperlich beeinträchtigte Personen und Menschen mit Migrationshintergrund, die in Angestelltenberufen der Bauausführung tätig sind, als solche Minderheitengruppen definiert.

⁶ Bei den Wiener Gesprächen handelt es sich um eine Veranstaltung des IBPM der TU Wien, bei der über aktuelle Themen der Bauwirtschaft Fachvorträge gehalten und Diskussionen geführt werden.

⁷ Genderhinweis: Die Autorin legt großen Wert auf Diversität und Gleichbehandlung. Im Sinne der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung im Text verzichtet. Eine Formulierung der personenbezogenen Hauptwörter in der männlichen Form (generisches Maskulinum) soll keinesfalls eine Diskriminierung anderer Geschlechter darstellen. Angesprochen werden stets Personen sämtlicher Geschlechter.

Die in der Dissertation gewonnenen Erkenntnisse sollen in erster Linie für öffentliche Auftraggeber sowie Bewerber/Bieter/Auftragnehmer in Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge von Nutzen sein. Für Erstere können die dargelegten Informationen hinsichtlich der Auswahl und Gestaltung von Vergabekriterien sowie für vertragliche Festlegungen hilfreich sein. Letzteren können Auszüge aus der Arbeit als Leitfaden für einen erleichterten Umgang mit personenbezogenen Vergabekriterien dienen.

1.2 Thematische Abgrenzung

Bereits der Titel „Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt“ enthält Begriffe, deren Erklärung für eine thematische Abgrenzung und ein inhaltliches Verständnis der Dissertation essenziell ist.

Unter personenbezogenen Vergabekriterien versteht die Autorin sämtliche Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien⁸, deren Erfüllung (bei Eignungskriterien) oder Bessererfüllung (bei Auswahl- und Zuschlagskriterien) von den Fähigkeiten, Qualifikationen und soziodemografischen Merkmalen bestimmter Personen abhängig ist. Besagte Personen sind Beschäftigte, über die Bewerber/Bieter eines Vergabeverfahrens für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge verfügen.

Zur einleitenden Beschreibung von Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien werden die Legaldefinitionen dieser Begriffe gemäß BVergG 2018 herangezogen.

Nach § 2 Ziffer (Z) 22 litera (lit) c BVergG 2018 sind Eignungskriterien

die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter (...).

In zweistufigen Vergabeverfahren wird mittels Auswahlkriterien entschieden, welcher Bewerber im Vergabeverfahren verbleiben und als Bieter ein Angebot abgeben darf.⁹ Gemäß § 2 Z 22 lit a BVergG 2018 handelt es sich bei Auswahlkriterien um

⁸ Die im BVergG angeführte vierte Kriterienart, die Beurteilungskriterien, sind nicht Gegenstand dieser Dissertation. Beurteilungskriterien sind gemäß § 2 Z 22 lit b BVergG 2018 „Kriterien, nach welchen das Preisgericht bei Wettbewerben seine Entscheidungen trifft“. Der in dieser Arbeit verwendete Ausdruck „Vergabekriterien“ stellt somit einen übergeordneten Sammelbegriff für Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien dar.

⁹ Vgl zB *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 98 und *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018, S 252, Rz 5.53.

die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, objektiven, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, bei Innovationspartnerschaften, bei nicht offenen Wettbewerben oder im wettbewerblichen Dialog erfolgt.

Neben Eignungs- und Auswahlkriterien wird in der gegenständlichen Arbeit auf Zuschlagskriterien eingegangen. Mithilfe von Zuschlagskriterien wird entschieden, welcher Bieter den Zuschlag für einen Auftrag erhält und letztendlich als Auftragnehmer zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung berechtigt ist. In § 2 Z 22 lit d sublitera (sublit) aa und bb BVergG 2018 findet sich nachfolgende Definition:

Zuschlagskriterien bzw Zuschlagskriterium

- aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die niedrigsten Kosten oder die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird (...), oder*
- bb) ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.*

Vertiefende Ausführungen zu den erwähnten Kriterienarten können Unterkapitel 2.3 entnommen werden.

Im BVergG wird zwischen drei unterschiedlichen Auftragsarten differenziert: Bauaufträgen, Dienstleistungsaufträgen und Lieferaufträgen. Für die gegenständliche Arbeit sind Bau- und Dienstleistungsaufträge relevant, die durch öffentliche Auftraggeber wie Bund, Länder oder Gemeinden an privatwirtschaftlich agierende Unternehmen vergeben werden. Wesentliche Unterschiede zwischen klassischen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern¹⁰ werden in der Dissertation berücksichtigt. Sofern sich gesetzliche Regelungen zwischen klassischen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern nicht unterscheiden, wird auf die Regelungen für klassische öffentliche Auftraggeber verwiesen (verwendete allgemeine Bezeichnung „öffentliche Auftraggeber“).

Bei Bauaufträgen handelt es sich um entgeltliche Verträge, welche entweder nur die Ausführung oder sowohl die Ausführung als auch die Planung von Bauleistungen bzw Bauvorhaben zum

¹⁰ Hierunter sind öffentliche Auftraggeber zu verstehen, die Tätigkeiten im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Bereich der Post und im Bereich von Häfen und Flughäfen durchführen. Vgl § 170ff BVergG 2018.

Vertragsgegenstand haben. Anhang I des BVerG enthält eine Vielzahl von Tätigkeiten, die als Bauleistungen zu qualifizieren sind.¹¹

Gemäß BVerG sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Verträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind.¹² Der in der Dissertation häufig verwendete Terminus „baunahe Dienstleistungen“ umfasst bauvorbereitende und baubegleitende Beratungsleistungen, wie beispielsweise die Projektsteuerung (PS) oder die Örtliche Bauaufsicht (ÖBA), sowie Planungsleistungen, die für ein Bauprojekt durch Konsulenten des öffentlichen Auftraggebers erbracht werden.

Beratungs- und Planungsleistungen gelten als klassische Vertreter geistiger Dienstleistungen.¹³ Geistige Dienstleistungen sind in § 2 Z 17 BVerG 2018 definiert als „*Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht.*“ Solche Leistungen lassen sich vorab nicht eindeutig und vollständig beschreiben. Lediglich eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung ist möglich.¹⁴

Ist in der Dissertation vom „Bauarbeitsmarkt“ die Rede, so wird Bezug auf die Beschäftigungslage bzw das Angebot an und die Nachfrage nach Arbeitskräften im ÖNACE¹⁵ Abschnitt F – Bau¹⁶ sowie im Abschnitt M – Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen, Klasse 71.12 – Ingenieurbüros genommen. Der Begriff „Bietermarkt“ bezieht sich auf einen Markt, in welchem „*der Wettbewerb in Form eines Bietprozesses für Aufträge stattfindet*“¹⁷.

Bei der vorliegenden Dissertation handelt es sich um eine anwendungsorientierte Forschungsarbeit. Charakteristische Merkmale von Forschung mit Anwendungsorientierung sind die Identifizierung von Problemlagen und Herausforderungen, die Formulierung dazu ergehender Forschungsfragen, die Relevanz für die Gesellschaft, die Interaktion mit Akteuren aus der Praxis

¹¹ Vgl § 5 Z 1 und 2 BVerG 2018.

¹² Vgl § 7 BVerG 2018.

¹³ Vgl *Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter*, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, S 13.

¹⁴ Vgl § 2 Z 17 BVerG 2018.

¹⁵ Bei der ÖNACE handelt es sich um die österreichische Version der europäischen Wirtschaftszweigklassifikation. Das Akronym NACE steht für *Nomenclature générale des Activités économiques dans les Communautés Européennes*. Vgl Statistik Austria (Hrsg), Systematik der Wirtschaftstätigkeiten ÖNACE 2008 – Band 1: Einführung, Grundstruktur, Erläuterungen, S 10 und S 13.

¹⁶ Abschnitt F – Bau beinhaltet die Abteilungen 41 – Hochbau, 42 – Tiefbau und 43 – Vorbereitende Baustellenarbeiten, Bauinstallation und sonstiges Ausbaugewerbe. Vgl ebd, S 89f.

¹⁷ *Bishop/Baldauf*, Theoretische Grundlagen und praktische Anwendung wettbewerbsökonomischer Methoden in Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Marktes und Fragen zur praktischen Anwendbarkeit des Herfindahl-Hirschman Indexes zur Ermittlung des Konzentrationsgrades, Studie RBB Economics, S 141.

im Zuge des Forschungsprozesses sowie die Schaffung eines Nutzens für bestimmte Zielgruppen.¹⁸

Da sich die Dissertation aus Inhalten unterschiedlicher Fachgebiete zusammensetzt, kann sie nicht einer einzigen wissenschaftlichen Disziplin zugeordnet werden. In dieser Forschungsarbeit kommt es zu einer interdisziplinären Verknüpfung von Bauwirtschaft, Vergaberecht, Arbeits- und Sozialrecht und Personalwirtschaft. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt – somit auf den bauwirtschaftlichen Aspekten. Rechtliche Grundlagen werden in die Arbeit aufgenommen, relevante rechtliche Themen werden von Experten der Baupraxis im Zuge der durchgeführten Interviews angeschnitten, eine vertiefte rechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema muss jedoch Vergabekriterien überlassen werden.

1.3 Forschungsfragen

Mithilfe der nachfolgend gestellten Forschungsfragen wird die vorliegende Arbeit weiter eingegrenzt. Diese Fragen nehmen auf thematische Schwerpunkte Bezug und dienen als Orientierungs- und Fokussierungshilfe während des Forschungsprozesses.

Forschungsfrage 1: Wie wirken sich personenbezogene Vergabekriterien in öffentlichen Bauausschreibungen und öffentlichen baunahen Dienstleistungsausschreibungen auf den österreichischen Bauarbeitsmarkt aus?

Forschungsfrage 2: Wie wirken sich personenbezogene Vergabekriterien auf Bewerber/Bieter in Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge aus?

Forschungsfrage 2 besteht wiederum aus drei Unterfragen, die in der gegenständlichen Arbeit fokussiert werden:

- a) **Welche Rolle spielen das bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio € verpflichtend anzuwendende Bestbieterprinzip und im Speziellen die potenziell zur Anwendung kommenden personenbezogenen Zuschlagskriterien bei der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping?**
- b) **Welche Herausforderungen für Bewerber/Bieter bringen personenbezogene Vergabekriterien in öffentlichen Bauausschreibungen und öffentlichen baunahen Dienstleistungsausschreibungen mit sich?**

¹⁸ Vgl. Deutscher Wissenschaftsrat, Anwendungsorientierung in der Forschung, Positionspapier, Jänner 2020, S 12f. Online abrufbar unter: www.wissenschaftsrat.de/download/2020/8289-20.pdf (abgerufen am 28.03.2021).

c) Welche Maßnahmen zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien und somit zur Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit werden von Bewerbern/Bietern ergriffen?

1.4 Methodisches Vorgehen

Um die Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt zu eruieren, wurde methodisch in mehreren Schritten vorgegangen. Diese sind in Abbildung 1.1 ersichtlich.

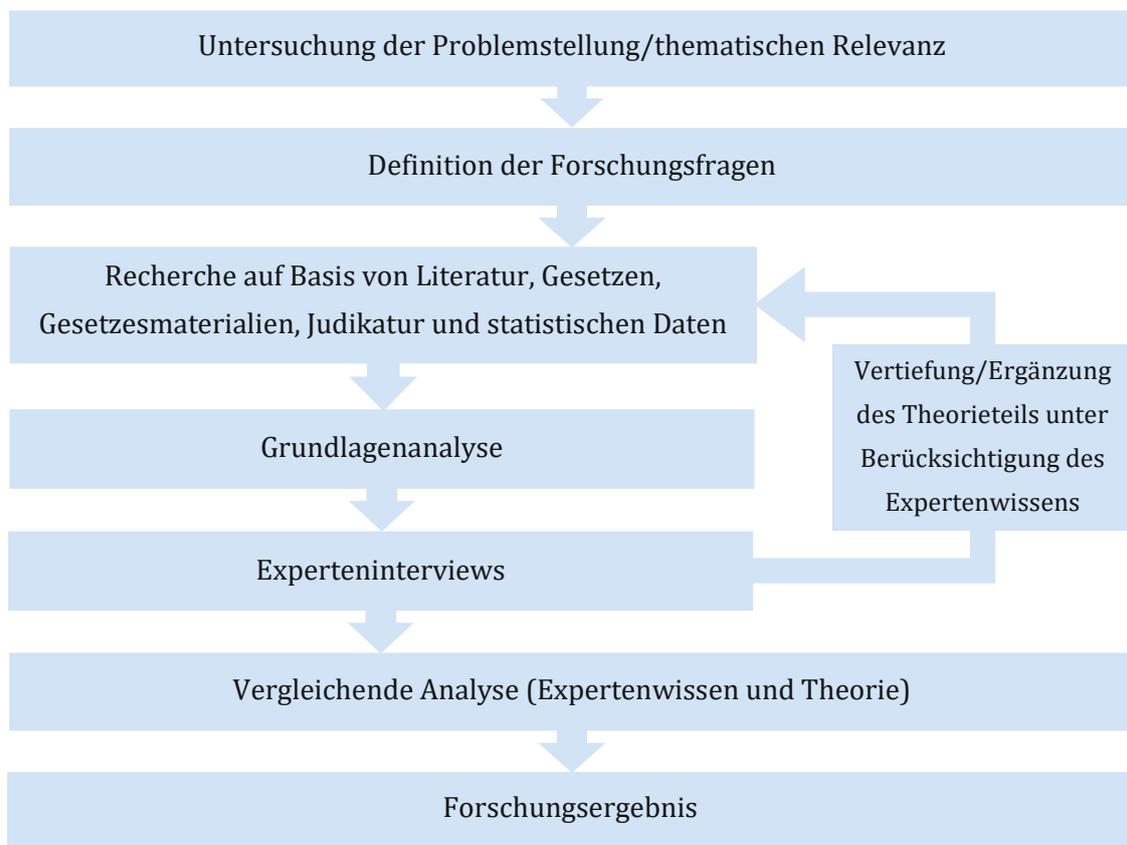


Abbildung 1.1: Methodisches Vorgehen bei der Verfassung der Dissertation

Nachdem die wissenschaftliche Relevanz und der Forschungsbedarf zu gegenständlicher Thematik festgestellt wurden (siehe auch Unterkapitel 1.1), folgte eine Festlegung der Forschungsfragen (siehe auch Unterkapitel 1.3).

Zu den von den Forschungsfragen berührten Fachgebieten und Inhalten wurde daraufhin Literaturrecherche betrieben. Hierbei wurden Monografien, Sammelwerke, Fachzeitschriften, Nachschlagewerke, Forschungsberichte, Studien sowie Online-Literatur herangezogen. Aufgrund der Behandlung von rechtlichen Inhalten stellten Gesetze, insbesondere das BVerG 2018, Gesetzesmaterialien, wie beispielsweise erläuternde Regierungsvorlagen (ErlRV), und gerichtliche Entscheidungen bei der Recherche wichtige Bezugsquellen dar. Statistische Daten

ermöglichten einen Überblick über die Lage auf dem österreichischen Bauarbeitsmarkt sowie die Lohn- und Sozialdumpingfälle auf Österreichs Baustellen. Im Zuge der Grundlagenanalyse wurden unter anderem bestehende Kriterienkataloge¹⁹ untersucht, thematisch relevante Inhalte des BVergG 2018 selektiert, ein tabellarischer Vergleich zu früheren Gesetzesfassungen gezogen sowie Publikationen unterschiedlicher Autoren zu bestimmten Themen gegenübergestellt.

Mittels der qualitativen Forschungsmethode der leitfadengestützten Experteninterviews wurden die Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt aus Expertensicht (Stakeholdergruppen öffentliche Auftraggeber, bauausführende Unternehmen, Ingenieurkonsulenten) erhoben, wodurch ein Praxisbezug gegeben war. Dieser Schritt im Forschungsprozess umfasst wiederum die acht Teilschritte Fragebogenerstellung, Kontaktaufnahme mit Unternehmen, Expertenfindung, Interviewdurchführung, Transkription, Korrekturlauf, Auswertung mittels Themenanalyse und Darstellung des Expertenwissens. Details dazu können Unterkapitel 8.1 entnommen werden.

Auf Basis des Inputs aus den Experteninterviews wurde ermittelt, welche der bereits bearbeiteten theoretischen Grundlagen einer Vertiefung bzw Ergänzung bedürfen. Für den hierfür notwendigen Rechercheprozess sowie die darauffolgende Grundlagenanalyse wird auf die Ausführungen zuvor verwiesen.

Schlussendlich wurden Vergleiche zwischen dem Expertenwissen untereinander gezogen sowie theoretische Grundlagen den Erkenntnissen aus den Experteninterviews gegenübergestellt. Der in Abbildung 1.1 dargestellte Forschungsprozess ermöglichte eine Beantwortung der Forschungsfragen sowie die Ableitung von Handlungsempfehlungen für die Baupraxis.

1.5 Überblick und Aufbau

Die vorliegende Dissertation ist in 9 Kapitel gegliedert. Nach dem einleitenden Kapitel werden in Kapitel 2 theoretische Grundlagen zur Vergabe öffentlicher Aufträge und zu Vergabekriterien erklärt. Hierbei wird auf die Entwicklung des Vergaberechts in Österreich, die gemäß BVergG geltenden Vergabegrundsätze sowie die Bedeutung von Vergabekriterien für öffentliche Aufträge eingegangen. Zuschlagskriterien werden im Zuge der Befassung mit dem Bestbieterprinzip in Kapitel 3 vertiefend behandelt. Der Schwerpunkt liegt auf deren Festlegung und Gewichtung sowie der Bewertung von Bieterangaben.

In Kapitel 4 wird auf das Bestbieterprinzip – im Speziellen personenbezogene Zuschlagskriterien – als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping in der Bauausführung eingegangen. Auf eine Erklärung begrifflicher und rechtlicher Grundlagen zum Lohn- und Sozialdumping folgt eine

¹⁹ ZB Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, Verband Österreichischer Stuckateur- und Trockenbauunternehmungen (VÖTB), Katalog der Eignungskriterien und Bestbieterkriterien für den Trockenbau und Arbeitsgemeinschaft der Hersteller der Metall-Fenster/Türen/Tore/Fassaden (Hrsg), Richtlinien Metallbaubetrieb.

Beleuchtung der Wettbewerbssituation in der Bauwirtschaft. Erwartungen und Befürchtungen, die in Expertenkreisen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der BVergG-Novelle 2015/16 gegenüber dem Bestbieterprinzip bei öffentlichen Bauaufträgen bestanden, werden dargelegt. Da die Bestbieterregelung nicht die einzige Maßnahme ist, die in den vergangenen Jahren zur Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung ergriffen wurde, wird ergänzend auf weitere Faktoren eingegangen, die das Auftreten illegaler Praktiken beeinflusst haben könnte. Kapitel 4 schließt mit einer Beschreibung der Tätigkeit der Kontrollbehörden sowie statistischen Daten zu Lohn- und Sozialdumpingfällen auf Österreichs Baustellen.

Das darauffolgende Kapitel widmet sich der Bedachtnahme auf sozialpolitische Belange im öffentlichen Beschaffungswesen. Nachdem zunächst wesentliche Begriffsbestimmungen definiert werden, folgt eine Erklärung, wie es in Übereinstimmung mit dem BVergG zur Möglichkeit der Berücksichtigung personenbezogener sozialer Vergabekriterien in öffentlichen Ausschreibungen kam. Statistische Daten zum Bauarbeitsmarkt – betrachtet werden die Personengruppen Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge), Langzeitarbeitslose und ältere Arbeitnehmer in den ÖNACE Abschnitten F – Bau und M – Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen, Klasse 71.12 – Ingenieurbüros – schließen das Kapitel ab.

Kapitel 6 befasst sich mit Vergabekriterien, welche die Qualifikation des für einen öffentlichen Bauauftrag oder öffentlichen baunahen Dienstleistungsauftrag vorgesehenen Schlüsselpersonals betreffen. Damit zusammenhängend behandelt Kapitel 7 Fragen des Personalmanagements, wobei Themen wie Personalbeschaffung, Personalbindung und Personalentwicklung besonders hervorzuheben sind.

In Kapitel 8 werden die Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt aus Expertensicht vermittelt. Öffentliche Auftraggeber, bauausführende Unternehmen und Ingenieurkonsulenten nehmen zu den bereits in der Theorie vermittelten Themen (siehe Kapitel 2 bis 7) Stellung. Anschließend wird der fachliche Input der drei Stakeholdergruppen verglichen.

Die Schlussbetrachtung der Dissertation beinhaltet eine Zusammenfassung der Kapitel 2 bis 8 und die Beantwortung der in Kapitel 1.3 gestellten Forschungsfragen. Aus den Rechercheergebnissen abgeleitete Handlungsempfehlungen zur Auswahl und Gestaltung von Vergabekriterien und zur Erreichung der mit den Kriterien angestrebten Ziele stellen einen wesentlichen Teil des Abschlusskapitels dar. Weitere Forschungsmöglichkeiten, die sich im Zuge der Bearbeitung des gegenständlichen Dissertationsthemas eröffneten, werden abschließend präsentiert.

2 Grundlegendes zur öffentlichen Auftragsvergabe und zu Vergabekriterien

Öffentliche Auftraggeber befinden sich gegenüber Bietern/Auftragnehmern meist in einer stärkeren Marktposition, da üblicherweise eine Vielzahl von Mitbewerbern um einzelne Aufträge konkurrieren (monopol- bzw oligopolartige Strukturen).²⁰ Anhand vorliegender statistischer Daten der Statistik Austria kann davon ausgegangen werden, dass im Jahr 2020 in etwa 30% des gesamten Beschaffungsvolumens in Österreich im Hoch- und Tiefbau (ÖNACE F 41 und F 42), öffentlichen Aufträgen zuordenbar war.²¹ Daran lässt sich nicht nur die Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens für die österreichische Wirtschaft erkennen, sondern auch die zumindest teilweise Abhängigkeit privatwirtschaftlicher Unternehmen von solchen, zur Existenzsicherung beitragenden Aufträgen.

Da bei der Leistungserbringung Steuergelder zum Einsatz kommen, ist die öffentliche Hand zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung verpflichtet.²² Um dem Marktgleichgewicht zwischen öffentlichen Auftraggebern und Bietern/Auftragnehmern entgegenzuwirken und einen fairen Wettbewerb sowie eine ökonomische Beschaffung zu gewährleisten, bedarf es gesetzlicher Rahmenbedingungen für die Durchführung der Vergabeverfahren.²³

Die Ausführungen in diesem Kapitel dienen dazu, ein grundlegendes Verständnis für die öffentliche Auftragsvergabe und die in Ausschreibungen enthaltenen Vergabekriterien zu schaffen. Sie liefern somit eine Wissensbasis für die weiteren Inhalte dieser Dissertation. Nachdem zunächst auf die Entwicklung des Vergaberechts in Österreich eingegangen wird (Unterkapitel 2.1), folgt anschließend eine Auseinandersetzung mit den bei öffentlichen Auftragsvergaben zu beachtenden Vergabegrundsätzen (Unterkapitel 2.2). Schlussendlich wird näher darauf eingegangen, welchen Zweck Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien erfüllen, welche Bedingungen bei deren Festlegung einzuhalten sind und wie die jeweiligen Kriterienarten voneinander abgegrenzt werden (Unterkapitel 2.3).

2.1 Geschichtlicher Abriss

Der Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Jahr 1994 und zur Europäischen Union (EU) im darauffolgenden Jahr machte die Umsetzung europarechtlicher Bestimmungen in nationales Recht erforderlich. Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe

²⁰ Vgl Wirtschaftskammer Österreich (WKO), Wirtschaftsrecht: Öffentliche Auftragsvergabe in Österreich, Broschüre, November 2015, S 2. Online abrufbar unter:

www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Oeffentliche-Auftragsvergabe-in-Oesterreich.pdf (abgerufen am 02.03.2020). Zur Marktposition öffentlicher Auftraggeber siehe auch Unterkapitel 4.3.

²¹ Vgl Statistik Austria (Hrsg), Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich, Ausgabe 2020, S 228.

²² Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 2ff. Vgl dazu § 20 Abs 1 BVergG 2018, ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 53, Art 51 Abs 8 und 126b Abs 5 B-VG.

²³ Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 2ff und *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts, S 15.

mussten daher auch die europäischen Vergaberichtlinien (Vergabe-RL) innerstaatlich verankert werden.²⁴

Gemäß Artikel (Art) 189 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) bzw Art 288 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, vormals Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)) gilt für RL – so auch für die Vergabe-RL –, dass sie für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind. Den innerstaatlichen Stellen bleibt jedoch die Wahl der Form und der Mittel zur Umsetzung der RL bzw deren Ziele²⁵ in nationales Recht überlassen.²⁶ In den Vergabe-RL werden nicht alle Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe erschöpfend und abschließend geregelt. Den Mitgliedstaaten bleibt unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ein gewisser Regelungsspielraum für die Vergabe öffentlicher Aufträge.²⁷ In manchen Bereichen sind sogar strengere nationale Regelungen möglich.²⁸

Hinzuweisen ist darauf, dass die Vergabe-RL nur für öffentliche Aufträge im Oberschwellenbereich (OSB) Gültigkeit haben, dh wenn der geschätzte Auftragswert bestimmte Schwellenwerte erreicht.²⁹ Gemäß der Schwellenwertverordnung der Europäischen Kommission liegt der Schwellenwert für klassische öffentliche Bauaufträge und Bauaufträge im Sektorenbereich seit 01.01.2022 bei 5.382.000 €. Öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge sind im klassischen Bereich ab einem geschätzten Auftragswert von 215.000 € dem OSB zuzuordnen, im Sektorenbereich hingegen ab 431.000 €.³⁰

Auf nachfolgende Vergabe-RL wird im Laufe der gegenständlichen Arbeit eingegangen:

- RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge³¹
- RL 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge

²⁴ Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006, S 18 und *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen – Ein praxisorientierter Leitfaden², S 16f.

²⁵ Näheres zu Zielen der Vergabe-RL siehe Erwägungsgründe (ErwGr) in den RL.

²⁶ Vgl auch *Huber*, Die „unendliche Geschichte“: Die Entwicklung des österreichischen Vergaberechts, in: *Gölles/Grussmann/Huber/Pachner (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz (BVergG): Kurzkomentar mit einführenden Aufsätzen, S 11–47 (S 44) und *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen – Ein praxisorientierter Leitfaden², S 15.

²⁷ Vgl *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 241, Vgl dazu EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87 (Beentjes), Rz 20.

²⁸ Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 24.

²⁹ Vgl Art 4 RL 2014/24/EU.

³⁰ Vgl Art 1 Abs 1 lit a und c Delegierte Verordnung (EU) 2021/1952 und Art 1 Abs 1 und 2 Delegierte Verordnung (EU) 2021/1953.

³¹ Die RL 71/305/EWG wurde durch die RL 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 geändert. Die geänderten Textteile sind allerdings für die gegenständliche Arbeit nicht relevant.

- RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge
- RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG

Die vergaberechtlichen RL, die Mitteilungen der Europäischen Kommission (KOM)³² und die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hatten entscheidenden Einfluss auf die Entwicklung des Vergabewesens in Österreich.³³ Nicht unerwähnt sollen der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der AEUV bzw EGV bleiben, die als Primärrecht vorrangig gegenüber den Vergabe-RL, die zum Sekundärrecht zählen, gelten und Relevanz für das innerstaatliche Vergaberecht haben.³⁴

Vor der Einführung gesetzlicher Bestimmungen zog die öffentliche Hand die ÖNORM A 2050³⁵ auf Basis eines Ministerratsbeschlusses jahrzehntelang als Regelwerk zur Vergabe öffentlicher Leistungen heran. Etliche Inhalte der Norm wurden in das erste Bundesvergabegesetz, das BVergG 1993³⁶, welches am 01. Jänner 1994 in Kraft trat, übernommen.³⁷ Einige Grundgedanken und Definitionen der Norm und deren Überarbeitungen hielten sogar in nachfolgende Gesetzesfassungen Einzug.³⁸ Ein von der Autorin der gegenständlichen Arbeit vorgenommener Vergleich zwischen den vergaberechtlichen RL und den jeweiligen Fassungen der BVergG ergibt, dass einige Passagen der RL wortgleich in das BVergG übernommen wurden.

Auf das erste BVergG folgten das BVergG 1997³⁹, das BVergG 2002⁴⁰, das BVergG 2006 und schließlich das BVergG 2018. Zwischen 1993 und 2018 wurden weiters zahlreiche Gesetzesnovellen erlassen. Während die BVergG 1993 und 1997 sowie dazu ergangene Novellierungen nicht für öffentliche Auftragsvergaben der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände Geltung hatten (Regelung durch Landesvergabegesetze), wurde die gesetzliche Zersplitterung durch Erlass des Art 14b des Bundes-Verfassungsgesetzes⁴¹ (B-VG)

³² Mitteilungen der KOM haben zwar keine Rechtsverbindlichkeit, sie dienen allerdings als Auslegungshilfe für die Einschätzung von Ermessensspielräumen. Vgl *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 17.

³³ Vgl *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 17.

³⁴ Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 19.

³⁵ Vergabe von Aufträgen über Leistungen – Ausschreibung, Angebot und Zuschlag – Verfahrensnorm.

³⁶ StF BGBl Nr 462/1993.

³⁷ Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006, S 15ff und *Krejci*, Zivilrechtliche Grundfragen der Vergabe öffentlicher Aufträge, Forschungsprojekt der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, S 44.

³⁸ Vgl ErlRV zu den jeweiligen Fassungen des BVergG.

³⁹ StF BGBl I Nr 56/1997.

⁴⁰ StF BGBl I Nr 99/2002.

⁴¹ StF BGBl Nr 1/1930.

beheben. Das BVergG 2002 war sodann nicht mehr nur vom Bund, sondern auch von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden anzuwenden.⁴²

2.2 Vergabegrundsätze

§ 20 BVergG 2018 enthält eine Reihe von allgemein gehaltenen Grundsätzen, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten sind. Zahlreiche Einzelschriften des BVergG sind als Konkretisierung der Vergabegrundsätze zu verstehen.⁴³ Die allgemeinen Grundsätze haben bei unklaren und interpretationsbedürftigen gesetzlichen Vorschriften eine Auslegungsfunktion.⁴⁴

Nachfolgend werden, mit Hinweis auf die entsprechenden Abs des § 20 BVergG 2018⁴⁵, jene Vergabegrundsätze erläutert, die für das gegenständliche Dissertationsthema von Relevanz sind und auf die im Laufe der Arbeit häufiger Bezug genommen wird:

- **Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (§ 20 Abs 1 BVergG 2018):** Durch die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung ist es öffentlichen Auftraggebern nicht gestattet, bestimmte Bewerber/Bieter zu bevorzugen oder ihnen eine Sonderstellung einzuräumen.⁴⁶ Diese Grundsätze gelten in allen Phasen eines Vergabeverfahrens, sohin bereits vor dem Zeitpunkt, zu dem ein Unternehmer sein Angebot abgibt. Dadurch werden ebenso die potenziellen Bewerber/Bieter geschützt, die aufgrund der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens benachteiligt und von einer Angebotsabgabe abgeschreckt wurden.⁴⁷
- **Verhältnismäßigkeit (§ 20 Abs 1):** Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, dass die Festlegungen, die ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu treffen hat, in Relation zum Auftragsgegenstand – also zu Art und Umfang des Auftrages – stehen müssen.⁴⁸ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt etwa bei der Festlegung von Eignungskriterien und Eignungsnachweisen, bei der Festlegung von Beschränkungen zur

⁴² Vgl. *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 49 und S 71.

⁴³ Vgl. *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 95.

⁴⁴ Vgl. *Eilmansberger/Fruhmam* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 19 Rz 1.

⁴⁵ Hinzuweisen ist darauf, dass einige der in § 20 BVergG 2018 enthaltenen Vergabegrundsätze von anderen Rechtsgrundlagen abgeleitet wurden bzw inhaltlich auf diese abgestimmt sind (zB B-VG, AEUV). Näheres zu diesen Rechtsgrundlagen siehe ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 51ff.

⁴⁶ Vgl. *Eilmansberger/Fruhmam* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 19 Rz 11.

⁴⁷ Vgl. EuGH 05.10.2000, Rs C-16/98 (Kommission/Frankreich), Rz 107 und 109.

⁴⁸ Vgl. *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018, S 30, Rz 3.2 und *Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter*, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, S 19.

Bildung von Bietergemeinschaften sowie bei Entscheidungen über den Ausschluss von Unternehmen.⁴⁹

- **Transparenz (§ 20 Abs 1):** Das Vergabeverfahren muss für alle Bewerber/Bieter durchschaubar und nachvollziehbar gestaltet sein.⁵⁰ Durch einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit zugunsten potenzieller Bewerber/Bieter wird der Markt dem Wettbewerb geöffnet und ein größerer Interessentenkreis angesprochen. Transparenz schafft Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens und dient als Grundlage für eine objektive Nachprüfbarkeit des Vergabevorgangs.⁵¹ Der Transparenzgrundsatz trägt zur Sicherung der Gleichbehandlung der Bewerber/Bieter bei.⁵²
- **Freier und lauterer Wettbewerb (§ 20 Abs 1):** Der Grundsatz des freien Wettbewerbs besagt, dass der Wettbewerb keinen Zugangs- oder Ausübungsbeschränkungen unterliegen darf.⁵³ So ist es etwa unzulässig, bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens den Teilnehmerkreis gebietsmäßig zu beschränken oder die Teilnahme auf bestimmte Berufsstände zu begrenzen, wenn andere Unternehmer genauso zur Leistungserbringung berechtigt sind.⁵⁴ In der ErlRV zum BVergG 2018 werden die Begriffe Lauterkeit und Fairness synonym verwendet: „*[D]er lautere (faire) Wettbewerb betrifft das Verhältnis zwischen den Bewerbern/Bietern. Ein unlauterer (unfairer) Wettbewerb ist dann gegeben, wenn ein Unternehmer (...) einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen sucht oder im Fall von Vorarbeiten⁵⁵ hat (...).*“⁵⁶ Im Sinne eines fairen Wettbewerbs müssen die Forderungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren sachlich, dh nichtdiskriminierend und verhältnismäßig zum Auftragsgegenstand sein.⁵⁷ Hierbei ist wiederum auf die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit zu verweisen.
- **Wirtschaftlichkeit (§ 20 Abs 1):** Wird ein Vergabeverfahren durchgeführt, so ist ein optimales Verhältnis zwischen Mitteleinsatz, also dem mit dem Verfahren verbundenen Aufwand, und dem Leistungsergebnis, dh der beschafften Leistung, anzustreben.⁵⁸ Mit

⁴⁹ Vgl. *Heid/Ring* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer (Hrsg)*, BVergG 2018: Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, § 20 Rz 11.

⁵⁰ Vgl. *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2002: Kommentar, § 23 Rz 54.

⁵¹ Vgl. *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 100.

⁵² Vgl. *Holoubek/Fuchs/Ziniel*, Vergaberecht, in: *Holoubek/Potacs (Hrsg)*, Öffentliches Wirtschaftsrecht: Band 1 und 2⁴, Band 1, S 841–976 (S 864).

⁵³ Vgl. ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 52.

⁵⁴ Vgl. § 20 Abs 3 BVergG 2018.

⁵⁵ Hierbei geht es um die Beteiligung eines Unternehmens an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens. Vgl. § 25 BVergG 2018.

⁵⁶ ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 52.

⁵⁷ Vgl. *Holoubek/Fuchs/Ziniel*, Vergaberecht, in: *Holoubek/Potacs (Hrsg)*, Öffentliches Wirtschaftsrecht: Band 1 und 2⁴, Band 1, S 841–976 (S 899).

⁵⁸ Vgl. ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 53.

diesem Grundsatz wird inhaltlich auf das im B-VG enthaltene Ziel der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Effizienzprinzip) Bezug genommen.⁵⁹

- **Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer (§ 20 Abs 1):** Dieser Grundsatz verlangt, dass Aufträge ausschließlich an zur Durchführung befugte, zuverlässige sowie finanziell, wirtschaftlich und technisch leistungsfähige Unternehmer – sohin geeignete Unternehmer – vergeben werden.⁶⁰
- **Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 20 Abs 1):** Der Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen⁶¹ soll einen effektiven Wettbewerb gewährleisten. Ein Preis kann im Allgemeinen als angemessen angesehen werden, wenn das Verhältnis zwischen Preis und Leistung nicht ungewöhnlich ist. Angemessene Preise spiegeln die Marktverhältnisse wider.⁶²
- **Berücksichtigung sozialpolitischer Belange (§ 20 Abs 6):** Im Vergabeverfahren sind öffentliche Auftraggeber dazu berechtigt, jedoch nicht dazu verpflichtet, auf die Beschäftigung von Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlingen), Langzeitarbeitslosen, Menschen mit Beeinträchtigungen, älteren Arbeitnehmern und auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht zu nehmen.⁶³ Dieses Thema wird in der gegenständlichen Arbeit umfangreich behandelt (siehe Kapitel 5).
- **Umgehungsverbot und Nichteinschränkung des Wettbewerbs (§ 20 Abs 9):** Das Vergabeverfahren darf nicht so konzipiert oder durchgeführt werden, dass anzuwendende Vorschriften des BVergG umgangen werden.⁶⁴ Das Umgehungsverbot ist umfassend zu verstehen und gilt somit genauso nach Durchführung des eigentlichen Vergabeverfahrens, also während der Phase der Vertragserfüllung (zB Verbot wesentlicher Vertragsänderungen während der Laufzeit⁶⁵).⁶⁶ Ein Vergabeverfahren derart zu konzipieren oder durchzuführen, dass der Wettbewerb künstlich eingeschränkt wird, ist unzulässig. Eine solche Einschränkung ist etwa bei Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Unternehmer gegeben.⁶⁷

⁵⁹ Vgl ebd, S 53, Art 51 Abs 8 und 126b Abs 5 B-VG.

⁶⁰ Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 104f.

⁶¹ Zur Prüfung der Preisangemessenheit und dem unter bestimmten Voraussetzungen bestehenden Erfordernis, Angebote vertieft zu prüfen siehe auch § 137 BVergG 2018.

⁶² Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 105.

⁶³ Vgl § 20 Abs 6 BVergG 2018 und *Holoubek/Fuchs/Ziniel*, Vergaberecht, in: *Holoubek/Potacs (Hrsg)*, Öffentliches Wirtschaftsrecht: Band 1 und 2⁴, Band 1, S 841–976 (S 905).

⁶⁴ Vgl § 20 Abs 9 BVergG 2018.

⁶⁵ Zu wesentlichen Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit siehe auch § 356 BVergG 2018.

⁶⁶ Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 55.

⁶⁷ Vgl § 20 Abs 9 BVergG 2018.

2.3 Vergabekriterien: Zweck, Anforderungen und Abgrenzung

Vergabekriterien spielen im BVerG eine bedeutende Rolle, da sie einem öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren zur Selektion potenzieller Auftragnehmer (betrifft Eignungs- und Auswahlkriterien) und letztendlich zur Entscheidung verhelfen, welcher Unternehmer am Ende des Verfahrens verbleibt und den Auftrag ausführen soll (betrifft Zuschlagskriterien). Die Prüfung der Eignung eines Unternehmers nach vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien ist der Auftragsvergabe, die nach vom Auftraggeber vorgegebenen Zuschlagskriterien erfolgt, vorgeschaltet. Mit der Eignungsprüfung wird also bereits eine Vorauswahl der grundsätzlich zur Auftragsdurchführung geeigneten Unternehmer getroffen.⁶⁸

Im Falle, dass ein zweistufiges Vergabeverfahren (zB nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung) durchgeführt wird, entscheiden sogenannte „Auswahlkriterien“ nach der Eignungsprüfung über die Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens. In dieser Stufe werden die verbleibenden Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert.⁶⁹ Diese Unternehmer werden sohin von Bewerbern zu Bietern.

Nachfolgend wird näher auf die jeweiligen Besonderheiten von Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien eingegangen:

Bei Eignungskriterien handelt es sich um Mindestanforderungen an den Unternehmer, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sein können. Sie sind keiner qualitativen Bewertung zugänglich. Eine Nichterfüllung im Rahmen der Eignungsprüfung geht mit einem Ausschluss des Unternehmers vom Vergabeverfahren einher. Eignungskriterien sind demnach sogenannte „KO-Kriterien“.⁷⁰

Wie einem der Vergabegrundsätze zu entnehmen ist, hat die Vergabe öffentlicher Aufträge „*an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer (...) zu erfolgen*“.⁷¹ Nachweise der Eignung – dies sind Hilfsmittel, um das (Nicht)Vorliegen eines Eignungskriteriums bei einem Bewerber/Bieter festzustellen⁷² – betreffen in Übereinstimmung mit diesem Grundsatz

- die berufliche Befugnis,
- die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit,
- die technische Leistungsfähigkeit sowie
- die berufliche Zuverlässigkeit

⁶⁸ Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht, S 863ff.

⁶⁹ Vgl zB *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 98 und *Dillinger/Oppel*, Das neue BVerG 2018, S 252, Rz 5.53.

⁷⁰ Vgl *Dillinger/Oppel*, Das neue BVerG 2018, S 172, Rz 4.2 und 4.5.

⁷¹ § 20 Abs 1 BVerG 2018.

⁷² Vgl *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar³, § 2 Z 22 Rz 4.

des Unternehmers.⁷³ Der Nachweis der einschlägigen beruflichen Befugnis kann durch die Vorlage einer Urkunde über die Eintragung des Unternehmers in ein Berufs- oder Handelsregister seines Sitzstaates erfolgen. Eine Aufzählung der einschlägigen Berufs- oder Handelsregister findet sich in Anhang IX des BVergG 2018.⁷⁴ Bestimmte Verstöße gegen das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz⁷⁵ (LSD-BG⁷⁶) führen zu einem Verlust der beruflichen Befugnis.⁷⁷ Auf diese Thematik wird in Unterkapitel 4.2 näher eingegangen.

Eignungsnachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werden im BVergG demonstrativ, dh beispielhaft angeführt: Der öffentliche Auftraggeber kann „insbesondere“ eine Bankerklärung, eine Berufshaftpflichtversicherung in geeigneter Höhe, Jahresabschlüsse, eine Erklärung über die solidarische Leistungserbringung von Subunternehmern, eine Erklärung über den Gesamtumsatz, eine Bonitätseinstufung nach einem anerkannten Ratingsystem sowie den Nachweis eines Mindestgesamtjahresumsatzes fordern.⁷⁸

Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit werden im BVergG taxativ, dh abschließend aufgezählt. Der öffentliche Auftraggeber darf demgemäß ausschließlich die im Gesetz genannten Nachweise von Bewerbern/Bietern verlangen. Für Bau- und Dienstleistungsaufträge sind dies unter anderem Unternehmerreferenzen, eine Beschreibung der Maßnahmen zur Qualitätssicherung, Umweltmanagementmaßnahmen, eine Erklärung über die Verfügbarkeit von Geräten und technischer Ausrüstung und diverse Nachweise zum Personal des Unternehmers.⁷⁹ Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit, die das Personal betreffen, sind für die gegenständliche Dissertation zentral und werden in Kapitel 6 detaillierter behandelt.

Nachweise der beruflichen Zuverlässigkeit sind abschließend im BVergG angeführt, wobei zwischen solchen unterschieden wird, die der Unternehmer auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers beizubringen hat und solchen, die vom Auftraggeber, dh ohne Mitwirkung durch den Unternehmer, einzuholen sind. Zu Ersteren zählen die Strafregisterbescheinigung, der Firmenbuchauszug, die Auskunft aus dem Gewerbeinformationssystem Austria, die Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers und die letztgültige Rückstandsbescheinigung. In den Verantwortungsbereich des Auftraggebers fallen die Abfrage aus der Insolvenzdatei sowie die Einholung von Auskünften aus der zentralen

⁷³ Vgl § 80 Abs 1 BVergG 2018.

⁷⁴ Vgl § 81 Abs 1 und Anhang IX BVergG 2018.

⁷⁵ StF BGBl I Nr 44/2016.

⁷⁶ Das LSD-BG ist nicht mit dem LSDB-G (gleichlautend Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz) zu verwechseln, das am 01.05.2011 in Kraft trat. Mit dem LSDB-G wurden das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG, StF BGBl Nr 459/1993), das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz (IESG, StF BGBl Nr 324/1977), das Landarbeitsgesetz 1984 (LAG, StF BGBl Nr 287/1984), das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG, StF BGBl Nr 196/1988) und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (ASVG, StF BGBl Nr 189/1955) geändert. Vgl BGBl I Nr 2011/24.

⁷⁷ Vgl § 81 Abs 2 BVergG 2018 und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 107.

⁷⁸ Vgl § 84 Abs 1 und Anhang X Abs 1 BVergG 2018.

⁷⁹ Vgl § 85 Abs 1 und Anhang XI Abs 2 und 3 BVergG 2018.

Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen und der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung der Österreichischen Gesundheitskasse⁸⁰ (Kompetenzzentrum LSDB).⁸¹ Auf Verstöße gegen das LSD-BG, die zu einem Verlust der beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmers führen, wird in Unterkapitel 4.2 näher eingegangen.

Die vom öffentlichen Auftraggeber herangezogenen Eignungskriterien hinsichtlich finanzieller und wirtschaftlicher sowie technischer Leistungsfähigkeit haben Einfluss auf den Bewerber-/Bieterkreis: Je nachdem, welche Nachweise verlangt werden und wie streng diese sind, kann der Bewerber-/Bieterkreis mehr oder weniger eingeschränkt werden. Öffentliche Auftraggeber haben bei der Festlegung und Ausgestaltung der Eignungskriterien weitgehend Ermessensspielraum, müssen sich dabei jedoch an einige Bedingungen halten.⁸² Diese sind im BVergG 2018 und den dazu ergehenden Erläuterungen festgehalten. Eignungskriterien müssen demnach

- nichtdiskriminierend (siehe auch Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Unterkapitel 2.2),
- verhältnismäßig zum Auftragsgegenstand, dh nicht überschießend⁸³ (siehe auch Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Unterkapitel 2.2),
- mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehend und
- unternehmerbezogen

sein.⁸⁴ Im Detail findet sich zu den letzten zwei Punkten in den Gesetzeserläuterungen nachfolgende Formulierung:

*Eignungskriterien sind rein unternehmerbezogene (und daher nicht auftragsgegenstandsbezogene) so genannte „KO“-Kriterien. (...) Sie müssen ferner mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, das heißt die Kriterien müssen einen Bezug zu diesem haben.*⁸⁵

Zu dieser auf den ersten Blick etwas widersprüchlichen Formulierung klärt *Mayr* auf: „*Rein unternehmerbezogen*“ bedeutet, dass sich Anforderungen in den Eignungskriterien an den Unternehmer bzw an die Eigenschaften des Unternehmers und nicht an sein konkret gelegtes

⁸⁰ Dieses hieß vormalig Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping der Wiener Gebietskrankenkasse.

⁸¹ Vgl § 82 Abs 2 und 3 BVergG 2018 und *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar³, § 82 Rz 10f.

⁸² Vgl *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018, S 238f, Rz 5.17f.

⁸³ Dh etwa, dass es bei kleineren Auftragswerten nicht zulässig ist, umfassende Anforderungen in den Eignungskriterien vorzusehen. Vgl *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar³, § 2 Z 22 Rz 19.

⁸⁴ Vgl § 2 Z 22 lit c BVergG 2018 und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 12.

⁸⁵ ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 12.

Angebot richten.⁸⁶ *Mayr* führt weiter aus, dass jeder Auftraggeber ein legitimes Interesse daran hat, für sein Geld eine ordnungsgemäße und einwandfreie Gegenleistung zu erhalten. „*Da das verfolgte Ziel in der ordnungsgemäßen Erbringung der konkret nachgefragten Leistung liegt, muss jede vom Bieter verlangte Eigenschaft auf den Auftragsgegenstand (bzw die Auftragsdurchführung) rückführbar, somit durch diese(n) indiziert sein.*“⁸⁷ Ein sachlicher Bezug zwischen dem Auftragsgegenstand und den Eignungskriterien muss also bestehen.⁸⁸

Lessiak/Meyer konkretisieren, dass der Beurteilungsgegenstand bei Eignungskriterien das Unternehmen des Bewerbers/Bieters ist und nicht die gemachten Leistungszusagen im Angebot. Der Gegenstand der Beurteilung ist strikt vom Bezug der Eignungskriterien zum Auftragsgegenstand zu trennen.⁸⁹ Ein Bezug der Eignungskriterien zum Auftragsgegenstand besteht insoweit, „*als eine Eignung, welche für die [Erfüllung] des Auftrags nicht erforderlich, ja nicht einmal auf den Leistungsgegenstand abgestimmt ist, nicht verlangt werden darf.*“⁹⁰

In einem zweistufigen Vergabeverfahren reduziert der öffentliche Auftraggeber die geeigneten Bewerber mittels Auswahlkriterien auf jene Unternehmer, die für die Auftragserfüllung besser qualifiziert sind. Um eine Auswahlentscheidung treffen zu können, werden die Qualitäten der geeigneten Bewerber in wertender Abstufung miteinander verglichen.⁹¹ Im Gegensatz zu den Eignungskriterien lassen Auswahlkriterien also eine Besser-/Schlechter-Bewertung der Unternehmer zu.⁹² Der öffentliche Auftraggeber hat in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, wie viele Unternehmer er in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zur Angebotsabgabe auffordern wird.⁹³

Eine Gewichtung der Auswahlkriterien, wie sie bei Zuschlagskriterien erforderlich ist (siehe weiterer Verlauf dieses Unterkapitels), muss der öffentliche Auftraggeber nicht vornehmen. Das BVergG schreibt lediglich eine Festlegung der Auswahlkriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung vor. Bei der Formulierung von Auswahlkriterien ist, genauso wie bei den Eignungskriterien, darauf zu achten, dass diese nichtdiskriminierend, verhältnismäßig zum Auftragsgegenstand, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehend und unternehmerbezogen sind.⁹⁴

⁸⁶ Vgl *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar³, § 2 Z 22 Rz 12.

⁸⁷ *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 147f.

⁸⁸ Vgl *Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter*, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, S 19.

⁸⁹ Vgl *Lessiak/Meyer*, Bewertung geistiger Dienstleistungen aus betriebswirtschaftlicher und aus vergaberechtlicher Sicht, Präsentation zum 9. Jahresforum Vergaberecht, S 8ff.

⁹⁰ *Lessiak*, Spannungsverhältnis zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungen, Beitrag im Tagungsband zum 7. Jahresforum Vergaberecht (2009), S 221–241 (S 237).

⁹¹ Vgl ebd.

⁹² Vgl *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018, S 253, Rz 5.57.

⁹³ Vgl § 123 Abs 4 BVergG 2018.

⁹⁴ Vgl § 2 Z 22 lit a BVergG 2018 und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 12.

So wie bei den Eignungskriterien ist bei den Auswahlkriterien das Unternehmen des Bewerbers und nicht dessen konkrete Leistungszusagen Gegenstand der Beurteilung: „Unverändert geht es darum, was das Unternehmen des Bewerbers leisten kann (leisten könnte) und nicht darum, was dann konkret angeboten (...) wird.“⁹⁵ Allerdings dürfen jene Aspekte, die als Eignungskriterien vom Bewerber erfüllt werden müssen, nicht als Auswahlkriterien herangezogen und bewertet werden. Hierbei handelt es sich um das sogenannte „Doppelverwertungsverbot“. Für die Auswahl der Bewerber dürfen nur Qualitäten des Unternehmens bewertet werden, die über die für die Eignung verlangten Erfordernisse hinausgehen.⁹⁶ Somit wird bei den Auswahlkriterien ein „Mehr“ an Eignung bewertet.⁹⁷ Beispiele für Auswahlkriterien sind über die Eignungsreferenzen hinausgehende Unternehmens- und Personalreferenzen, die Mindesteignung überschreitende Ausbildungen des für den Auftrag vorgesehenen Personals und höhere als die für die Eignung geforderten Gesamtjahresumsätze des Unternehmens.⁹⁸

Mithilfe von Zuschlagskriterien wird das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (dh der Bestbieter) oder – falls der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium herangezogen werden darf⁹⁹ – das Angebot mit dem niedrigsten Preis (dh der Billigstbieter) ermittelt.¹⁰⁰ Zuschlagskriterien lassen eine abgestufte Bewertung der Angebote zu.¹⁰¹ Über diese Kriterien wird bestimmt, wer Auftragnehmer eines öffentlichen Auftrages wird.

Bei einer Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot haben öffentliche Auftraggeber hinsichtlich der Wahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung weiten Ermessensspielraum.¹⁰² Einige Anforderungen sind bei der Gestaltung der Kriterien allerdings zu erfüllen. Zuschlagskriterien müssen demnach

- den Vergabegrundsätzen entsprechen (siehe auch Unterkapitel 2.2).

⁹⁵ Lessiak, Spannungsverhältnis zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungen, Beitrag im Tagungsband zum 7. Jahresforum Vergaberecht (2009), S 221–241 (S 238).

⁹⁶ Vgl ebd, S 221–241 (S 238 und 241).

⁹⁷ Vgl Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, S 21.

⁹⁸ Vgl ebd, S 21 und Dillinger/Oppel, Das neue BVergG 2018, S 253, Rz 5.55.

⁹⁹ Eine Vergabe nach dem niedrigsten Preis ist zulässig, sofern – wie in § 91 Abs 4 BVergG 2018 angeführt – „der Qualitätsstandard der Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist“ und keine der in § 91 Abs 5 BVergG 2018 angeführten Voraussetzungen vorliegen, die zur Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot verpflichten. Gemäß § 91 Abs 5 muss bei Dienstleistungen, bei denen ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei im Wesentlichen funktional beschriebenen Leistungen, bei Bauaufträgen mit einem geschätzten Auftragswert von mindestens 1 Mio € und bei den Verfahrensarten wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden.

¹⁰⁰ Vgl § 2 Z 22 lit d BVergG 2018 und Schramm/Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmans (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar³, § 2 Z 22 lit d Rz 1 und 3.

¹⁰¹ Vgl Pesendorfer/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmans (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar³, § 91 Rz 115.

¹⁰² Vgl Dillinger/Oppel, Das neue BVergG 2018, S 257, Rz 5.68 und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 12.

- der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen.
- im Verhältnis ihrer Bedeutung festgelegt, also gewichtet werden (falls dies objektiv nicht möglich ist, ist ausnahmsweise eine Reihung nach der Bedeutung der Kriterien zulässig).
- mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.
- einen wirksamen Wettbewerb¹⁰³ ermöglichen.
- eine Vergleichbarkeit der Angebote zulassen.
- nach objektiven Gesichtspunkten festgelegt werden; sie dürfen dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit bei den Angeboten einräumen.
- so festgelegt werden, dass sämtliche durchschnittlich fachkundige Bieter diese bei Anwendung der üblichen Sorgfalt gleich auslegen und erkennen können, worauf es dem öffentlichen Auftraggeber ankommt.
- so ausgestaltet werden, dass eine wirksame Überprüfung der von den Bietern gemachten Angaben auf Richtigkeit möglich ist, um bewerten zu können, inwiefern die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.
- eine im Nachhinein, dh nach der Zuschlagsentscheidung objektiv nachvollziehbare und plausible Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots ermöglichen.¹⁰⁴

Die Verbindung der Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand wird im Gesetz näher spezifiziert: „Zuschlagskriterien stehen (...) mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen.“¹⁰⁵ Die Kriterien müssen dabei nicht notwendigerweise eine Auswirkung auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes haben.¹⁰⁶

Zur Überprüfung der Bieterangaben durch den öffentlichen Auftraggeber ist hinzuzufügen, dass durchaus Zuschlagskriterien zulässig sind, deren Erfüllung erst im Zuge der Auftragsabwicklung kontrolliert werden kann. Für solche Fälle sind entsprechende vertragliche Sanktionen vorzusehen, falls der Unternehmer die Angaben in seinem Angebot nicht einhält.¹⁰⁷

¹⁰³ Dieser ist bei der Heranziehung sogenannter „Feigenblattkriterien“ (siehe Unterkapitel 3.4.3) nicht gewährleistet.

¹⁰⁴ Vgl § 2 Z 22 lit d sublit aa BVergG 2018, ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 12 und Schramm/Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), BundesvergabeGesetz 2018: Kommentar³, § 2 Z 22 lit d Rz 17.

¹⁰⁵ § 2 Z 22 lit d BVergG 2018.

¹⁰⁶ Vgl § 2 Z 22 lit d BVergG 2018.

¹⁰⁷ Vgl Schramm/Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), BundesvergabeGesetz 2018: Kommentar³, § 2 Z 22 lit d Rz 8.

Zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien besteht ein grundsätzliches Trennungsgebot.¹⁰⁸ Da bereits zuvor eine Abgrenzung zwischen Eignungs- und Auswahlkriterien vorgenommen wurde, wird nachfolgend noch auf die Trennung zwischen Eignungs- und Auswahlkriterien einerseits und Zuschlagskriterien andererseits eingegangen: Während Eignungs- und Auswahlkriterien unternehmerbezogene Kriterien sind, gelten Zuschlagskriterien als auftrags- bzw. angebotsbezogene Kriterien.¹⁰⁹ Bereits Generalanwalt (GA) *Darmon* erklärte im Jahr 1988 in seinem Schlussantrag (SA) des in der Literatur vielfach diskutierten *Beentjes-Falls* (*Gebroeders Beentjes BV gegen Niederländischer Staat*): „Die Kriterien für die Erteilung des Zuschlags ‚auf das wirtschaftlich günstigste Angebot‘ betreffen das ‚Produkt‘ und nicht den ‚Produzenten‘, die Eigenschaften der ‚Arbeit‘ und nicht diejenigen des Bauunternehmers.“¹¹⁰

Mit den Zuschlagskriterien werden Anforderungen an das Angebot eines Bieters gestellt. Beurteilungsgegenstand bei Zuschlagskriterien sind die im Angebot enthaltenen verbindlichen Leistungszusagen eines Bieters. Die erforderliche Trennung der Zuschlagskriterien von Eignungs- und Auswahlkriterien erfolgt dadurch, dass als Zuschlagskriterium nichts bewertet werden darf, was lediglich an Qualitäten und Fähigkeiten im Unternehmen des Bieters vorhanden ist, schlussendlich aber vom Bieter für die Leistungserbringung nicht verbindlich zugesagt, also nicht zur Verfügung gestellt wird.¹¹¹ Dass als Zuschlagskriterium nur etwas bewertet werden darf, das verbindlich vom Unternehmer angeboten wird, stellt den Kern der Angebotsbezogenheit bei den Zuschlagskriterien dar.¹¹²

Einige gerichtliche Entscheidungen und dazu ergehende Stellungnahmen von Experten zeigen die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Praxis. Hierauf wird gesondert in Kapitel 6 eingegangen, da diese Fälle die Qualifikation des Schlüsselpersonals betreffen und dies ein wesentliches Thema der vorliegenden Dissertation darstellt.

¹⁰⁸ Vgl. zB ebd., § 2 Z 22 lit d Rz 18 und *Öhler/Malin* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg.)*, Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 2 Z 20 lit a Rz 14 mit Verweis auf gerichtliche Entscheidungen.

¹⁰⁹ Vgl. *Lessiak*, Spannungsverhältnis zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungen, Beitrag im Tagungsband zum 7. Jahresforum Vergaberecht (2009), S 221–241 (S 241).

¹¹⁰ SA GA *Darmon* vom 04.05.1988, Rs C-31/87 (*Beentjes*), Z 35.

¹¹¹ Vgl. *Lessiak*, Spannungsverhältnis zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungen, Beitrag im Tagungsband zum 7. Jahresforum Vergaberecht (2009), S 221–241 (S 241).

¹¹² Vgl. ebd., S 221–241 (S 239).

In der Literatur wird vielfach darauf hingewiesen, dass Aspekte, die bereits als Eignungs- oder Auswahlkriterium herangezogen bzw bewertet wurden, nicht nochmals als Zuschlagskriterien Verwendung finden dürfen (Doppelverwendungsverbot).¹¹³ Im Bestbieterkriterien-Katalog „Faire Vergaben“ ist speziell zum Verbot der Doppelverwertung von Eignungskriterien als Zuschlagskriterien folgender ergänzender Hinweis angeführt: *„Sollte [ein] Kriterium schon im Rahmen der Eignungskriterien angewendet worden sein, so ist nur eine über die Eignungskriterien hinausgehende Bewertung dieses Kriteriums im Rahmen der Zuschlagskriterien zulässig.“*¹¹⁴ Lessiak merkt allerdings an, dass besagte Doppelverwertung aufgrund der unterschiedlichen Beurteilungsgegenstände bei Eignungs- und Auswahlkriterien einerseits und Zuschlagskriterien andererseits ohnehin nicht vorliegen kann.¹¹⁵

Da der Bestbieterermittlung und der damit zusammenhängenden Festlegung und Gewichtung von Zuschlagskriterien ein ganzes Kapitel in dieser Dissertation gewidmet ist, wird an dieser Stelle nicht näher auf diese Themen eingegangen. Detaillierte Ausführungen dazu sind dem nachfolgenden Kapitel 3 zu entnehmen.

¹¹³ Vgl zB *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 162 und Bundesinnung Bau (Hrsg), Vergabefibel, Empfehlungen für KMU-freundliche Eignungs- und Auswahlkriterien bei Bauaufträgen, insbesondere im Kommunalbereich, S 5. Online abrufbar unter:

www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/vergabefibel-zum-vergaberecht.pdf
(abgerufen am 20.03.2020).

¹¹⁴ Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 15. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf
(abgerufen am 17.09.2019).

¹¹⁵ Vgl *Lessiak*, Spannungsverhältnis zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungen, Beitrag im Tagungsband zum 7. Jahresforum Vergaberecht (2009), S 221–241 (S 241).

3 Vergabe nach dem Bestbieterprinzip

Nachdem in Kapitel 2 wesentliche Grundlagen zu Vergabekriterien erläutert wurden, folgt nun eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Bestbieterprinzip, da auf dieses in der gegenständlichen Arbeit mehrfach Bezug genommen wird. Auf die Merkmale dieses Vergabepinzips wird nachfolgend ebenso eingegangen wie auf die Etablierung des Bestbieterprinzips in öffentlichen Bauausschreibungen (Unterkapitel 3.1 und 3.2). Die Nutzwertanalyse als Methode zur Ermittlung des Bestbieters wird in Unterkapitel 3.3 erklärt. Die einzelnen Schritte der Nutzwertanalyse, dh die Festlegung und Gewichtung von Zuschlagskriterien sowie die Bewertung von Bieterangaben, werden anhand von Beispielen in den Unterkapiteln 3.4 und 3.5 demonstriert.

3.1 Merkmale des Bestbieterprinzips

Vor dem Erscheinen der RL 2014/24/EU, welche die aktuelle europarechtliche Vergabe-RL darstellt, konnte die Zuschlagserteilung entweder auf das wirtschaftlich günstigste Angebot oder auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Nunmehr wird der Ausdruck „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ in der RL als übergeordnetes Konzept¹¹⁶ für den Zuschlag verwendet, das drei unterschiedliche Zuschlagsmodelle umfasst:¹¹⁷

1. Modell des niedrigsten Preises (beinhaltet die Herstellungs- bzw Anschaffungskosten, jedoch keine Kosten der Nutzung)
2. Modell der niedrigsten Kosten (Ermittlung durch Kosten-Wirksamkeits-Ansatz, zB Lebenszykluskostenberechnung)
3. Modell des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses (vormals „wirtschaftlich günstigstes Angebot“; Ermittlung mithilfe unterschiedlicher Zuschlagskriterien)

Im Gegensatz dazu, wurde im BVergG schon immer die Unterscheidung zwischen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip oder Bestangebotsprinzip) und dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip oder Billigstangebotsprinzip) getroffen.¹¹⁸ Diese Terminologie hat im BVergG 2018 trotz der in der RL 2014/24/EU vorgeschlagenen Dreiteilung des übergeordneten Konzepts in unterschiedliche Zuschlagsmodelle

¹¹⁶ Argumentiert wird dahingehend, dass jedes Angebot, das den Zuschlag erhält, letztendlich die wirtschaftlich beste Lösung für den Auftraggeber darstellen sollte. Vgl ErwGr 89 RL 2014/24/EU und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP, S 116.

¹¹⁷ Vgl Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 116.

¹¹⁸ Gemäß einer authentischen Interpretation des Fachnormenausschusses 018 vom 03.05.2000 zu Abschnitt 7.6 der ÖNORM A 2050 widerspreche der Preis als einziges Zuschlagskriterium nicht unbedingt dem Bestbieterprinzip. ZB liege kein Widerspruch vor, wenn es sich um gleichwertige Leistungen handle, welche zB die gleiche Qualität, die gleiche Lebensdauer, aber auch gleiche Erhaltungs- und Betriebskosten haben. In diesem Falle verbleibe nur der Preis als sinnvolles Differenzierungskriterium. Vgl Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2002: Kommentar, § 99 Rz 2.

weiterhin Bestand.¹¹⁹ Gemäß BVergG 2018 erfolgt „die Ermittlung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes (...) aufgrund der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.“¹²⁰ Somit entspricht das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot wohl jenem Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, welches sich wiederum durch ein Kostenmodell oder mithilfe von Zuschlagskriterien feststellen lässt.¹²¹

Die in Österreich bisher gängige Differenzierung zwischen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip oder Bestangebotsprinzip) und dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip oder Billigstangebotsprinzip) wird in der vorliegenden Arbeit beibehalten. Ist jedoch von Ersterem die Rede, so ist damit immer die Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses mithilfe von Zuschlagskriterien gemeint.

Bei einer Vergabe nach dem niedrigsten Preis bedarf es keiner umfassenden Erläuterung hinsichtlich der Zuschlagserteilung, da neben dem Angebotspreis, der ein rein quantitatives Kriterium darstellt, kein weiteres Zuschlagskriterium zur Anwendung kommt. Der Auftraggeber hat demnach bei der Zuschlagsentscheidung keinen Ermessensspielraum.¹²²

Wodurch zeichnet sich hingegen ein Angebot aus, das technisch und wirtschaftlich am günstigsten ist? Bereits in den Erläuterungen zum BVergG 1993 findet sich dazu der Hinweis, dass „der Zuschlag (...) jenem Bieter zu erteilen [ist], dessen Angebot unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte am besten entspricht“. Unter solche Gesichtspunkte – diese kommen den Zuschlagskriterien gleich – fallen zB der Preis, die Ausführungsdauer, die Qualität, die Ästhetik und die Umweltverträglichkeit.¹²³ Ähnlich zu den Erläuterungen, jedoch ausführlicher, gibt Schwarz an, dass mit den Zuschlagskriterien bestimmte Einzelziele, die Teil eines mehrdimensionalen Zielsystems seien, verfolgt würden. Deren Erfüllung gehe mit einem (meist wirtschaftlichen) Nutzen für den Auftraggeber einher. Im Falle des Bestbieterprinzips könne durch die Gewichtung der Zuschlagskriterien einer unterschiedlichen Bedeutung der Einzelziele entsprochen werden (siehe auch Unterkapitel 3.3). Das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei dabei jenes Angebot, das dem Zielsystem am besten entspreche und im Vergleich zu den anderen Angeboten am vorteilhaftesten sei.¹²⁴

¹¹⁹ Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 117.

¹²⁰ § 91 Abs 4 BVergG 2018.

¹²¹ Obwohl sich dies auch aus § 91 Abs 7 BVergG 2018 schließen lässt, findet sich in den Erläuterungen zum BVergG 2018 eine widersprüchliche Interpretation. Das Bestangebotsprinzip umfasse demnach zwei Modelle: die „niedrigsten Kosten“ und das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“. Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 117.

¹²² Vgl Essl, Ökologische, soziale und volkswirtschaftliche Aspekte im neuen Vergaberecht, in: Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, S 45–59 (S 47).

¹²³ Vgl ErlRV 972 BlgNR XVIII. GP (ErlRV zum BVergG 1993), S 62.

¹²⁴ Vgl Schwarz, Der Sinn des Bestbieterprinzips, ZVB, Oktober 2002, S 266–272 (S 269).

Mayr erläutert das Bestbieterprinzip dahingehend, dass „*der Auftraggeber für den von ihm bezahlten Preis einen möglichst hohen Nutzen erhalten soll (...)*“.¹²⁵ Die Zuschlagskriterien müssten daher eine Aussage über die Relation zwischen dem bezahlten Preis und der erhaltenen Gegenleistung treffen.¹²⁶ Essl gibt zu bedenken, dass „*wirtschaftlich günstig*“ nicht nur „*im betriebswirtschaftlichen Sinne, sondern vielmehr auch im volkswirtschaftlichen Sinne, also unter Berücksichtigung von Allgemeininteressen ermittelt werden kann und soll*“.¹²⁷ Immerhin würden öffentliche Auftraggeber im Allgemeininteresse liegende Aufgaben¹²⁸ erfüllen, mit denen – neben den Ausgaben für öffentliche Beschaffungen – zahlreiche andere Ausgaben verbunden seien. So könne eine ausgeschriebene Leistung mit dem (vermeintlich) besten Kosten-Nutzen-Verhältnis aufgrund der Leistung selbst oder der Art der Ausschreibung global betrachtet in höheren Kosten resultieren (zB durch den Verlust von Arbeitsplätzen).¹²⁹

Der Ausdruck „bestes Preis-Leistungs-Verhältnis“ ist innerstaatlich erstmals in den Erläuterungen zum BVergG 2006 in Verwendung, hält allerdings erst in den Gesetzestext des BVergG 2018 Einzug.¹³⁰

3.2 Etablierung des Bestbieterprinzips bei öffentlichen Bauaufträgen

Da bereits „*aus dem Wesen geistiger Dienstleistungen folgt, dass nur das Bestbieterprinzip angewendet werden kann, weil der Preis nie ein hinreichendes Differenzierungsmerkmal zur Bewertung der Angebote sein kann*“¹³¹, wird nachfolgend lediglich auf die Etablierung des Bestbieterprinzips bei öffentlichen Bauaufträgen eingegangen.

Gemäß den BVergG 1993 und 1997 sowie den dazu ergangenen Novellierungen ist grundsätzlich das Bestbieterprinzip für die Zuschlagserteilung verpflichtend anzuwenden. Davon ausgenommen sind lediglich öffentliche Auftraggeber im Sektorenbereich; hier ist eine freie Wahl zwischen dem Best- und dem Billigstbieterprinzip möglich.¹³² Die auf die genannten Gesetzesfassungen Einfluss nehmenden europarechtlichen Vergabe-RL 71/305/EWG und

¹²⁵ Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 218f.

¹²⁶ Vgl ebd.

¹²⁷ Essl, Ökologische, soziale und volkswirtschaftliche Aspekte im neuen Vergaberecht, in: Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, S 45–59 (S 49).

¹²⁸ Es handelt sich dabei um Tätigkeiten, die gesamtgesellschaftlichen Interessen dienen. Vgl Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht, S 789, Rz 2596.

¹²⁹ Vgl Essl, Ökologische, soziale und volkswirtschaftliche Aspekte im neuen Vergaberecht, in: Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 – Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, S 45–59 (S 49f und S 56).

¹³⁰ Siehe zB ErlRV 1171 BlgNR XXII. GP (ErlRV zum BVergG 2006), S 68 und § 91 Abs 4 BVergG 2018.

¹³¹ Lessiak/Meyer, Rahmenvereinbarung: Angebotsbewertung und Leistungsabruf, Präsentation zum 11. Jahresforum Vergaberecht, S 3.

¹³² Vgl zB § 40 und § 76 Abs 1 BVergG 1993 und ErlRV 972 BlgNR XVIII. GP (ErlRV zum BVergG 1993), S 62 und S 66.

93/37/EWG sehen hingegen für den klassischen öffentlichen Auftraggeber das Best- und das Billigstbieterprinzip als gleichrangig an.¹³³

Platzer/Öhlinger nehmen auf das nach § 53 BVergG 1997 geltende Bestbieterprinzip Bezug und merken an, dass es insbesondere bei Bauleistungen schwierig sei, andere Zuschlagskriterien als den Preis festzulegen, da die Leistung und die Bauwerksqualität zumeist hinreichend genau in der Ausschreibung beschrieben sei. Daher sei davon auszugehen, dass

*bei Bauaufträgen die Angabe spezifischer Zuschlagskriterien dann nicht vom Bundesvergabegesetz geboten ist, wenn aus den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Spezifikationen ein klarer und eindeutiger, dem Stand der Technik entsprechender Qualitätsstandard in der Ausführung zu erwarten ist und daher eine weitergehende Beurteilung von zusätzlichen Kriterien nicht zwingend notwendig ist, weil für die Lösung eines bestimmten technischen Problems entweder nur der vom Auftraggeber ohnehin ausgeschriebene Weg möglich, oder auch andere Lösungswege keine über die preisliche Bewertung hinausgehende Entscheidungskriterien zulassen.*¹³⁴

Im BVergG 2002 wird nach wie vor das Bestbieterprinzip präferiert, allerdings wird die innerstaatliche Regelung zur Wahl des Zuschlagsprinzips – ähnlich zu *Platzers/Öhlingers* Gedankengut – dahingehend geändert, dass der klassische öffentliche Auftraggeber dem Angebot mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erteilen kann, sofern der Qualitätsstandard der Leistung zB in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig beschreibbar ist und es sich um qualitativ gleichwertige Angebote handelt. So eignen sich zB standardisierte Leistungen zur Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip, bei Leistungen mit komplexer Aufgabenstellung kann hingegen nur das Bestbieterprinzip angewandt werden.¹³⁵

Mayr stellt sich hinsichtlich der eingeschränkten Anwendbarkeit des Bestbieterprinzips im Vergleich zur Vergabe-RL die Frage der Vereinbarkeit des BVergG mit den europarechtlichen Vorgaben. Er argumentiert, dass Auftraggeber gemäß den RL frei seien, eines der beiden Zuschlagsmodelle zu wählen, Bieter hingegen keinen Anspruch darauf hätten, dass dem Vergabeverfahren ein bestimmtes Modell zugrunde gelegt werde. Die Regelung zur Zuschlagserteilung in § 67 Abs 3 BVergG 2002 greife also nicht in die Ansprüche der Bieter ein, sondern schränke nur die vergebende Stelle bis zu einem gewissen Grad in ihrer Auswahl ein. Da die RL jedoch nicht darauf abzielen würden, Auftraggeber zu schützen, stelle die eingeschränkte Zulässigkeit des Zuschlags auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis keine Verletzung des Europarechts dar.¹³⁶

¹³³ Vgl Art 30 Abs 1 RL 93/37/EWG und ErwGr 46 RL 2004/18/EG.

¹³⁴ *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen – Ein praxisorientierter Leitfadens², S 115.

¹³⁵ Vgl ErlRV 1087 BlgNR XXI. GP (ErlRV zum BVergG 2002), S 35.

¹³⁶ Vgl *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 216.

Aus dem EuGH-Urteil in der Rechtssache (Rs) C-27/98 (Metalmeccanica Fracasso SpA und Leitschutz Handels- und Montage GmbH gegen Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten) schließt *Frenz*, dass nationale Vorschriften, mit denen die Auswahl des Billigstbieterprinzips eingeschränkt werde, dann zulässig seien, wenn dem RL-Ziel, einen echten Wettbewerb sicherzustellen, entsprochen werde; dh dem Auftraggeber müsse durch diese Regelung noch immer eine Wahlmöglichkeit unter verschiedenen Angeboten bleiben.¹³⁷

In der RL 2004/18/EG wird nach wie vor kein bestimmtes Zuschlagsmodell präferiert. Innerstaatlich werden hingegen spezifische Regelungen zum Billigst- bzw Bestbieterprinzip getroffen: Das BVergG 2006 differenziert hinsichtlich der Anwendbarkeit des Billigstbieterprinzips zwischen OSB und Unterschwellenbereich (USB). Die Voraussetzungen für den OSB entsprechen den im BVergG 2002 enthaltenen Vorgaben zur Wahl des Zuschlagsprinzips für den klassischen öffentlichen Auftraggeber.¹³⁸ Für den USB enthält das BVergG 2006 eine gelockerte Regelung, wonach der Auftraggeber frei zwischen den beiden Zuschlagsmodellen wählen kann.¹³⁹ Gemäß den dazu ergehenden Erläuterungen ist der Preis als einziges Zuschlagskriterium sachlich gerechtfertigt, wenn die Angebote miteinander vergleichbar sind.¹⁴⁰ Hinzugekommen ist sowohl für den OSB als auch den USB die Regelung, dass *„der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen [ist]“*, wenn *„in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt“*.¹⁴¹ Hierzu finden sich in den Erläuterungen für den OSB nähere Informationen: Die Voraussetzungen zur Auswahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis müssen weiterhin bestehen und können bei Nichterfüllung zu einem Nachprüfungsverfahren führen.¹⁴²

Mit der letzten und damit aktuellen gemeinschaftsrechtlichen Vergabe-RL für öffentliche Aufträge, RL 2014/24/EU, wird die RL 2004/18/EG aufgehoben. In dieser wird nunmehr explizit auf die innerstaatliche Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Zuschlagskriterien hingewiesen: *„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen, oder sie können deren Verwendung auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränken.“*¹⁴³

Durch die BVergG-Novelle 2015/16 wird die Anwendbarkeit des Billigstbieterprinzips bei öffentlichen Bauaufträgen tatsächlich weiter beschränkt und das Bestbieterprinzip fokussiert

¹³⁷ Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht, S 876f und EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98 (Fracasso und Leitschutz), Rz 26ff.

¹³⁸ Vgl § 80 Abs 3 BVergG 2006 und § 67 Abs 3 BVergG 2002.

¹³⁹ Vgl § 100 BVergG 2006.

¹⁴⁰ Vgl ErlRV 1171 BlgNR XXII. GP (ErlRV zum BVergG 2006), S 77.

¹⁴¹ § 80 Abs 3 BVergG 2006.

¹⁴² Vgl ErlRV 1171 BlgNR XXII. GP (ErlRV zum BVergG 2006), S 69.

¹⁴³ Vgl Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU.

(daher die häufige Bezeichnung dieser Novelle als „Bestbieternovelle“). Hauptgrund dafür ist der fortwährende Preisdruck bei Billigstbietervergaben, die Bildung sogenannter „Subunternehmerketten¹⁴⁴“ und die damit verbundene Gefahr des Lohn- und Sozialdumpings.¹⁴⁵ Eine gravierende Neuerung für öffentliche Bauaufträge betrifft die Pflicht zur Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio €. ¹⁴⁶ Die Zweifelsregelung zur Vergabe an das Angebot mit dem niedrigsten Preis im Falle, dass keine Angabe zum gewählten Zuschlagsprinzip erfolgt, entfällt in der Novelle.¹⁴⁷ Innerhalb der Angebotsfrist kann der öffentliche Auftraggeber das Zuschlagsprinzip durch eine Korrektur der Ausschreibung nachträglich festlegen. Unterbleibt eine solche Festlegung, ist das Vergabeverfahren zu widerrufen.¹⁴⁸

Mit der gegenwärtig geltenden Fassung des BVergG, jener von 2018, wird das Bestbieterprinzip weiter gefördert. Für klassische öffentliche Bauaufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio € bleibt die Verpflichtung, neben dem Zuschlagskriterium des Preises mindestens ein weiteres Kriterium vorzusehen, bestehen.¹⁴⁹ Der Zuschlag soll also aufgrund eines Qualitätswettbewerbs erfolgen.¹⁵⁰ Während die BVergG-Novelle 2015/16 allerdings die Grenze von 1 Mio € sowohl für klassische öffentliche Bauaufträge als auch für Aufträge im Sektorenbereich vorsah, wurde diese mit dem BVergG 2018 für den Sektorenbereich auf 10 Mio € angehoben.¹⁵¹

3.3 Nutzwertanalyse

Bei der Ermittlung des Bestbieters werden die Ziele für das jeweilige Projekt als Zuschlagskriterien zusammengetragen. Da jedoch sowohl quantitative, messbare Zuschlagskriterien (zB Angebotspreis, Verlängerung der Gewährleistungsfrist) als auch qualitative, nicht messbare Zuschlagskriterien (zB Ausbildung einer Schlüsselperson, Ästhetik eines Entwurfs) formuliert werden können, wird ein Verfahren benötigt, welches Ziele unterschiedlicher Dimensionen und Wertigkeiten miteinander vereinen und zu einem sinnvollen Ergebnis führen kann. Die im Vergaberecht angewandte Methode, um eine Beurteilung auf Basis

¹⁴⁴ Subunternehmerketten entstehen, wenn ein Unternehmer (der Auftragnehmer) Leistungsteile an Subunternehmer weitergibt und diese sich ihrerseits wiederum Subunternehmern bedienen. Eine Subvergabe über mehrere Stufen (Sub-Sub-...Vergabe) ist möglich. Vgl *Hofstadler/Loik/Peterseil/Pantelic/Katz*, Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, Forschungsprojekt der Technischen Universität Graz, S 55.

¹⁴⁵ Vgl ErlRV 776 BlgNR XXV. GP (ErlRV zur BVergG-Novelle 2015/16), S 6. Näheres zu den Hintergründen der Fokussierung des Bestbieterprinzips und zum Lohn- und Sozialdumping siehe Kapitel 4.

¹⁴⁶ Vgl § 79 Abs 3 Z 8 BVergG-Novelle 2015/16.

¹⁴⁷ Vgl ErlRV 776 BlgNR XXV. GP (ErlRV zur BVergG-Novelle 2015/16), S 6.

¹⁴⁸ Vgl *Schiefer/Mensdorff-Pouilly* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht – Neu bearbeitet und erweitert unter Berücksichtigung der Novelle 2015⁴, Rz 1445.

¹⁴⁹ Vgl § 91 Abs 5 Z 3 BVergG 2018 und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 117.

¹⁵⁰ Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 117.

¹⁵¹ Vgl § 236 Abs 3 Z 8 BVergG-Novelle 2015/16 und § 262 Abs 4 Z 1 BVergG 2018.

mehrerer unterschiedlicher Kriterien bzw Ziele zu ermöglichen, ist die sogenannte „Nutzwertanalyse“.¹⁵²

In gebräuchlichen Definitionen wird der Nutzwert als „*subjektiver, dh durch die Tauglichkeit zur Bedürfnisbefriedigung (den Nutzen) bestimmter Wert eines Gutes[, und] zT auch sein objektiver Wert als Maß einer bestimmten sachlichen Funktionserfüllung*“¹⁵³ oder als „*der zahlenmäßige Ausdruck für den subjektiven Wert einer Alternative in Bezug auf das Erreichen gegebener Ziele*“¹⁵⁴ beschrieben. Mithilfe des Nutzwertes lassen sich Alternativen¹⁵⁵ beurteilen und in eine Rangfolge bringen.¹⁵⁶ Nach Zangemeister ist die Nutzwertanalyse „*die Analyse einer Menge komplexer Handlungsalternativen mit dem Zweck, die Elemente dieser Menge entsprechend den Präferenzen des Entscheidungsträgers bezüglich eines multidimensionalen Zielsystems zu ordnen*“¹⁵⁷, wobei sich diese Ordnung durch die Gesamtnutzwerte der jeweiligen Alternativen ergibt.

Um eine Nutzwertanalyse durchführen und den Bestbieter ermitteln zu können, sind nach Kropik folgende Schritte notwendig:

1. Festlegung von mindestens zwei Zuschlagskriterien durch den Auftraggeber. Diese Kriterien repräsentieren Ziele des Auftraggebers.
2. Festlegung der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien. Die Summe aller Einzelgewichte beträgt 100% bzw 1.
3. Festlegung der Art und Weise der Ermittlung der Zielerfüllung für jedes Kriterium. Hierfür ist ein Bewertungsschema (zB Bewertungsmatrix, Nutzenfunktion) erforderlich, da die Bieterangaben in eine einheitliche Outputgröße übergeführt werden müssen. Hierfür eignet sich eine Prozentskala, wobei 100% der maximalen Zielerfüllung entspricht und 0% bedeutet, das Ziel wurde gar nicht erreicht.

Aus der gewichteten Summe der Outputgrößen ergibt sich schließlich die Kennzahl für den Nutzen des Auftraggebers. Jener Bieter, dessen Angebot die höchste Kennzahl – also den höchsten Gesamtnutzwert – aufweist, erhält den Zuschlag. Aufmerksam zu machen ist darauf, dass die

¹⁵² Vgl Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 360).

¹⁵³ Gabler Wirtschaftslexikon, Nutzwert. Online abrufbar unter: wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/nutzwert-45412 (abgerufen am 02.02.2021).

¹⁵⁴ Specht/Möhrle (Hrsg), Gabler Lexikon Technologie Management – Management von Innovationen und neuen Technologien im Unternehmen, S 196.

¹⁵⁵ Beim Bestbietersystem: die jeweiligen Angebote.

¹⁵⁶ Vgl Specht/Möhrle (Hrsg), Gabler Lexikon Technologie Management – Management von Innovationen und neuen Technologien im Unternehmen, S 196.

¹⁵⁷ Zangemeister, Nutzwertanalyse in der Systemtechnik – Eine Methodik zur multidimensionalen Bewertung und Auswahl von Projektalternativen⁵, S 45.

Schritte 1 und 2 im BVerG erwähnt werden (§ 2 Z 22 lit d sublit aa BVerG 2018). Hinweise zur Festlegung eines Bewertungssystems (Schritt 3) finden sich im BVerG nicht.¹⁵⁸

In der Literatur wird an der Nutzwertanalyse positiv hervorgehoben, dass es sich dabei um ein einfaches Verfahren zur Lösung komplexer Entscheidungsprobleme handelt, das nachvollziehbare, transparente und überprüfbare Bewertungs- und Entscheidungsprozesse ermöglicht.¹⁵⁹ Diesen positiven Aspekten steht allerdings ein wesentlicher Kritikpunkt gegenüber: Die Festlegung der Kriterien, deren Gewichtungen und des Bewertungssystems unterliegt großteils subjektiven Präferenzen des Anwenders (siehe auch Definitionen zuvor).¹⁶⁰ Zu denken ist dabei daran, dass Gewichtungen oftmals nur durch den Anwender geschätzt werden (können) und die subjektiven Einflüssen unterliegende Transformation von nicht messbaren Kriterien in ein höheres Skalenniveau (siehe auch Unterkapitel 3.5) zu einer Verzerrung des Gesamtnutzwertes führen kann.¹⁶¹

Konkret für die Bestbieterermittlung bedeutet dies: Wären für ein bestimmtes Projekt verschiedene Personenkreise mit der Bestimmung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie des Bewertungssystems betraut, so würden die gewählten Festlegungen eines Anwenderkreises wohl nicht exakt mit jenen eines anderen Kreises übereinstimmen. Je nach Personenkreis und den durch diesen Kreis getroffenen Entscheidungen hätte dies möglicherweise sogar unterschiedlichen Bestbieter zur Folge.

Die Problematik um die Subjektivität wurde in den Leitfaden für die Experteninterviews aufgenommen (siehe Anhang).

3.4 Festlegung und Gewichtung von Zuschlagskriterien

Bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ist darauf zu achten, dass diese für das Projekt relevant sind, dh dass durch diese tatsächlich ein Nutzen generiert wird. Werden irrelevante Kriterien

¹⁵⁸ Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 360).

¹⁵⁹ Vgl zB *Drews/Hillebrand*, Lexikon der Projektmanagement-Methoden², S 120ff, *Grob/Bensberg*, Controllingssysteme – Entscheidungstheoretische und informationstechnische Grundlagen, S 51 und *Hübner/Jahnes* Management-Technologie als strategischer Erfolgsfaktor – Ein Kompendium von Instrumenten für Innovations-, Technologie- und Unternehmensplanung unter Berücksichtigung ökologischer Anforderungen, S 247.

¹⁶⁰ Vgl zB *Bogner* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 80 (Exkurs II) Rz 25, *Drews/Hillebrand*, Lexikon der Projektmanagement-Methoden², S 120 und *Hartel*, Consulting und Projektmanagement in Industrieunternehmen – Praxisleitfaden mit Fallstudien, S 117.

¹⁶¹ Vgl *Hoffmeister*, Investitionsrechnung und Nutzwertanalyse – Eine entscheidungsorientierte Darstellung mit vielen Beispielen und Übungen², S 307, *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 361ff) und *Harth*, Multikriterielle Bewertungsverfahren als Beitrag zur Entscheidungsfindung in der Landnutzungsplanung – unter besonderer Berücksichtigung der Adaptiven Conjoint-Analyse und der Discrete Choice Experiments, Dissertation, S 50.

herangezogen, so bedeutet dies die Lösung eines irrelevanten Problems. Dies kann in einer falschen Zuschlagsentscheidung resultieren.¹⁶²

Kriterien, die zum Ausschluss eines Bieters führen, wenn sie nicht erfüllt werden, dürfen im Rahmen der Bestbieterermittlung nicht herangezogen werden. Der geforderte Mindeststandard ist bereits vorweg über Eignungskriterien festzulegen (siehe auch Unterkapitel 2.3).¹⁶³ Zuschlagskriterien sind so auszugestalten, dass sie eine abgestufte Bewertung ermöglichen. Die Festlegung eines sogenannten „Feigenblattkriteriums“ als Zuschlagskriterium ist unzulässig (siehe auch Unterkapitel 3.4.3).¹⁶⁴

Zielkriterien können in einer sich gegenseitig beeinflussenden Beziehung zueinander stehen. Die Erfüllung eines Kriteriums wirkt sich sodann auf die Erfüllung eines anderen Kriteriums aus.¹⁶⁵ Wird etwa eine Gewährleistungsfristverlängerung angeboten oder höher qualifiziertes Personal im Projekt eingesetzt, so ist mit einem höheren Angebotspreis zu rechnen. Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist durch den Bieter und der Einsatz von besserem Personal sind in diesem Beispiel vom Auftraggeber erwünscht, der höhere Preis ist allerdings unerwünscht.

Durch eine Priorisierung der Kriterien und eine entsprechende Gewichtung versucht der Auftraggeber solche Zielkonflikte zu lösen.¹⁶⁶ Die Gewichtung ist das „*relative Verhältnis der Bedeutung der Zuschlagskriterien zueinander*“.¹⁶⁷ Je stärker ein Zuschlagskriterium Einfluss auf den Nutzen für den Auftraggeber hat, umso stärker ist dieses zu gewichten.¹⁶⁸

3.4.1 Einteilung preisfremder Zuschlagskriterien

Um einen Überblick über die Fülle an Zuschlagskriterien zu schaffen, denen sich ein öffentlicher Auftraggeber neben dem Kriterium des Preises bedienen kann, finden sich nachfolgend mögliche Kategorien von Zuschlagskriterien für Bauaufträge und baunahe Dienstleistungsaufträge sowie Beispiele zu jeder Kategorie. Aufgrund der Vielfalt an unterschiedlichen Bauleistungen und baunahen Dienstleistungen wird nochmals darauf hingewiesen, dass nicht jedes Zuschlagskriterium für jeden Auftrag herangezogen werden kann; eine Abstimmung auf das jeweilige Projekt ist erforderlich.

¹⁶² Vgl Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 360).

¹⁶³ Vgl ebd, S 358–372 (S 360f).

¹⁶⁴ Vgl Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, S 22.

¹⁶⁵ Vgl Busse von Colbe/Witte, Investitionstheorie und Investitionsrechnung⁵, S 314.

¹⁶⁶ Vgl Čović, Bestbieterkriterien, Diplomarbeit, S 30.

¹⁶⁷ Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 10. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019).

¹⁶⁸ Vgl Bogner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 80 (Exkurs II) Rz 17.

Eine in der Literatur häufig vorgefundene Einteilung von Zuschlagskriterien für öffentliche Bauaufträge ist jene nach wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen/umweltbezogenen Aspekten.¹⁶⁹ Die Zusammenstellung in Tabelle 3.1 zeigt größtenteils Zuschlagskriterien, die im Bestbieterkriterien-Katalog „Faire Vergaben“ enthalten sind. Diese wurden um einige weitere mögliche Zuschlagskriterien für öffentliche Bauaufträge ergänzt.

¹⁶⁹ Vgl zB *Ruhland*, Vergabe nach dem Bestbieterverfahren – mögliche Zuschlagskriterien für Bauprojekte insbesondere im Hinblick auf partnerschaftliche Vertragsabwicklung, Diplomarbeit, S 75, *Krammer*, Das Spannungsfeld der Bestangebotsvergabe, Zwischen der Anforderung der fairen Vergabe und der Herausforderung, nach gesetzlichen Vorgaben das für das Unternehmen wirtschaftlichste und technisch beste Angebot unter kontrollfähigen Kriterien zu ermitteln, Diplomarbeit, S 43 und Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 14. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019).

Tabelle 3.1: Kategorisierung preisfremder Zuschlagskriterien für öffentliche Bauaufträge¹⁷⁰

Wirtschaftliche Kriterien	Fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals, zB: - Persönliche Referenzprojekte - Ausbildungsabschlüsse und Berufserfahrung - Personalentwicklung/Schulungen
	Beschäftigung von Facharbeitern
	Maßnahmen zur Qualitätssicherung (zB für den Beton- oder Asphalteinbau)
	Optimierung der Baustelle, des Bauablaufs und/oder der Betriebsphase, zB: - Baustellenlogistikkonzept - Konzept für die Projektaufbau- und Projektablauforganisation - Konzept für die Instandhaltung und Inbetriebnahme
	Reduktion projektspezifischer Sperrzeiten
	Reaktionszeit bei Wartungen und im Störfall
	Risikoanalysen
	Verkürzung der Bauzeit
	Verlängerung der Gewährleistungsfrist
Soziale Kriterien	Verlängerung der Beweislastumkehr
	Erhöhung der Arbeitssicherheit auf der Baustelle, zB: - Einrichtung von Lotsenpunkten für Lieferanten und Einsatzkräfte - Verdopplung der gesetzlich vorgesehenen Ersthelfer auf der Baustelle - Durchführung regelmäßiger Sicherheitsbesprechungen
	Beschäftigung älterer Arbeitnehmer
	Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlingen)
Ökologische/Umweltbezogene Kriterien	Verkürzung der täglichen Arbeitszeit
	Reduktion der Umweltbelastung (Lärm, CO ₂ etc), zB: - Verringerung von Transport-km - Verringerung LKW-Transporte > 3,5t
	Technische Ausstattung der Geräte und Baumaschinen
	Verwendung von Recycling-Baustoffen
	Umweltkonzepte, zB: - Konzept für das Recycling/die Verwertung von Abbruchmaterial - Konzept für die Entsorgung von Bauabfällen und Bauabwasser

Den personenbezogenen Zuschlagskriterien, welche die fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals und die Facharbeiter betreffen (siehe Kategorie „Wirtschaftliche Kriterien“ in Tabelle 3.1) und den Zuschlagskriterien „Beschäftigung älterer Arbeitnehmer“ und „Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlingen)“ (siehe Kategorie „Soziale Kriterien“ in Tabelle 3.1) wird in der vorliegenden Dissertation noch breiter Raum gewidmet.

¹⁷⁰ Eigene Darstellung; für den Großteil der beispielhaft angeführten Zuschlagskriterien vgl Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 14ff. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019).

Bei baunahen Dienstleistungen hat sich in der Literatur keine bestimmte Einteilung der preisfremden Zuschlagskriterien durchgesetzt. Dadurch, dass Konzepte aller Art sowie personenbezogene Zuschlagskriterien, die auf die Qualifikation und den Einsatz des Schlüsselpersonals abstellen, in öffentlichen Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen typisch sind¹⁷¹ und in diversen Vergabeleitfäden¹⁷² empfohlen werden, bietet sich allerdings eine Einteilung nach

- konzeptuellen,
- schlüsselpersonenbezogenen und
- sonstigen

Zuschlagskriterien an. Beispiele für jede Kategorie sind in Tabelle 3.2 zu finden.

¹⁷¹ Im Zuge der Recherchearbeit wurden von der Autorin Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen gesichtet.

¹⁷² ZB Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Tirol und Vorarlberg, Leitfaden für die Vergabe von Ingenieurleistungen, Empfehlungen der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Tirol und Vorarlberg für die Vergabe nach dem Bestangebotsprinzip, Bundesinnung Bau WKO/Fachverband Ingenieurbüros WKO (Hrsg), Leitlinie für die Vergabe von Ingenieurleistungen und *Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter*, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen.

Tabelle 3.2: Kategorisierung preisfremder Zuschlagskriterien für öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge¹⁷³

Konzeptuelle Kriterien	Lösungskonzept für diverse Planungsaufgaben
	Personaleinsatzkonzept
	Terminkonzept
	Konzept zur Kostenverfolgung
	Abwicklungskonzept
	Datenaustauschkonzept
	Nachhaltigkeitskonzept
Schlüsselpersonenbezogene Kriterien	Fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals, zB: - Persönliche Referenzprojekte - Ausbildungsabschlüsse und Berufserfahrung - Personalentwicklung/Schulungen
	Hearing mit dem Schlüsselpersonal
	Reaktionszeit des Schlüsselpersonals bei unvorhersehbaren Ereignissen
Sonstige Kriterien	Betriebs- und Folgekosten
	Darstellung der Planungsqualität anhand ausgeführter Projekte
	Darstellung der Projektdokumentation anhand ausgeführter Projekte
	Erstellung von Prüfberichten

Die in baunahen Dienstleistungsausschreibungen vorkommenden Zuschlagskriterien zur fachlichen Qualifikation des Schlüsselpersonals und die Durchführung von Hearings mit Schlüsselpersonen (siehe Kategorie „Schlüsselpersonenbezogene Kriterien“ in Tabelle 3.2) kommen im Laufe der Arbeit noch häufiger zur Sprache.

3.4.2 Methoden zur Ermittlung der Gewichtung

Manche Zuschlagskriterien lassen sich anhand monetärer Größen gewichten. Die Gewichtung von Kriterien, die sich nicht in Geldeinheiten, also in keinem monetären Nutzen, ausdrücken lassen, kann allerdings nur vom Auftraggeber geschätzt werden. Hierfür überlegt sich der Auftraggeber einfach, was ihm ein solches Kriterium in € wert ist. Die Summe aus geschätztem Auftragswert¹⁷⁴ und dem Wert der anderen, preisfremden Zuschlagskriterien für den Auftraggeber bildet die Basis

¹⁷³ Eigene Darstellung; für den Großteil der beispielhaft angeführten Zuschlagskriterien vgl Bundesinnung Bau WKO/Fachverband Ingenieurbüros WKO (Hrsg), Leitlinie für die Vergabe von Ingenieurleistungen, S 26. Online abrufbar unter:

www.ingenieurbueros.at/steiermark/de/shop-fuer-downloads-veroeffentlichungen/vergabewesen (abgerufen am 20.09.2019) und *Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter*, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, S 22f.

¹⁷⁴ Dieser muss die Kosten, die einem Bieter durch die Erfüllung der preisfremden Kriterien entstehen, nicht enthalten, da ein Bieter diese Kriterien zwar erfüllen kann, aber nicht zwingend erfüllen muss. Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362).

von 100%. Sämtliche Zuschlagskriterien werden als Prozentsatz dieser Summe ausgedrückt (entspricht der Gewichtung), sodass jeder Prozentpunkt Nutzen gleich viel wert ist.¹⁷⁵ Die beschriebene Vorgehensweise wird anhand des Beispiels in Tabelle 3.3 gezeigt.

Tabelle 3.3: Gewichtung von Zuschlagskriterien anhand ihres monetären Wertes für den Auftraggeber¹⁷⁶

Zuschlagskriterien	Geschätzter Auftragswert	Wert für den Auftraggeber	Gewichtung
Preis	12.000.000 €	-	85,7%
Verkürzung der Bauzeit (monetär bewertbar)	-	1.500.000 €	10,7%
Verlängerung der Gewährleistungsfrist (monetär bewertbar)	-	260.000 €	1,9%
Einsatz von Lehrlingen bei der Bauausführung (nicht bewertbares Kriterium, Schätzung erforderlich)	-	240.000 €	1,7%
Wert aller preisfremder Kriterien	-	2.000.000 €	-
Gesamtsumme bzw Basis	12.000.000 € + 2.000.000 € = 14.000.000 €		100,0%

Ausgehend von den auf diese Weise festgelegten Richtwerten kann der Auftraggeber weitere Adaptierungen an der Gewichtung vornehmen. Bei dieser Art der Festlegung der Gewichtung kann es mitunter vorkommen, dass der Wert eines Kriteriums für den Auftraggeber größer ist, als die volle Zielerfüllung dieses Kriteriums einen Bieter kostet.¹⁷⁷

In Ausschreibungen für Planungsleistungen überwiegen üblicherweise die nichtmonetären Zuschlagskriterien gegenüber den monetären Kriterien. Eine einfache Möglichkeit zur Herleitung der Gewichtung von Zuschlagskriterien in solchen Ausschreibungen bietet sich durch die Heranziehung einer Punkteskala (zB von 1 bis 10): Je mehr Bedeutung ein Kriterium für den Auftraggeber hat, desto höher wird es bepunktet. Die Punkte müssen anschließend in eine Prozentskala übergeführt werden.¹⁷⁸

In Tabelle 3.4 wird diese Vorgehensweise ohne eine zuvor festgelegte Gewichtung des Preises demonstriert, Tabelle 3.5 zeigt die beschriebene Methode mit einer vorab bestimmten Gewichtung des Preises.

¹⁷⁵ Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 361f).

¹⁷⁶ In Anlehnung an *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362, Abbildung 3).

¹⁷⁷ Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362).

¹⁷⁸ Vgl *Bogner* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 80 (Exkurs II) Rz 18 und 19 und *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362).

Tabelle 3.4: Herleitung der Gewichtung monetärer und nichtmonetärer Zuschlagskriterien mittels Punktesystem¹⁷⁹

Zuschlagskriterien	Punkte	Gewichtung ¹⁸⁰
Preis (Planungshonorar)	6	17,6%
Lösungskonzept	7	20,6%
Planungsqualität	10	29,4%
Dokumentationsmanagement	2	5,9%
Qualifikation des Schlüsselpersonals	4	11,8%
Hearing	5	14,7%
Summe	34	100,0%

In Tabelle 3.5 erhält der Preis das Gewicht von 25,0%. Die Aufteilung der restlichen 75,0% auf die Qualitätskriterien erfolgt in 3 Schritten: Punktevergabe nach Wichtigkeit der Kriterien, Ermittlung der Einzelgewichte gemäß Punktevergabe (Summe = 100,0%), Überführung dieser Einzelgewichte in die Gewichtung für die Ausschreibung (Summe = 75,0%). Unabhängig davon, welche der in Tabelle 3.4 und Tabelle 3.5 angeführten Methoden herangezogen wird, kann der Auftraggeber weitere feine Adaptierungen an den resultierenden Einzelgewichten vornehmen.

Tabelle 3.5: Herleitung der Gewichtung nichtmonetärer Zuschlagskriterien mittels Punktesystem bei zuvor festgelegter Gewichtung des Preises¹⁸¹

Aufteilung der Gewichtung auf Preis und Qualitätskriterien	
Preis (Planungshonorar)	25,0%
Qualitätskriterien gesamt	75,0%

Qualitätskriterien	Punkte	Gewichtung gemäß Punktevergabe ¹⁸²	Gewichtung für die Ausschreibung ¹⁸³
Lösungskonzept	7	25,0%	18,8%
Planungsqualität	10	35,7%	26,8%
Dokumentationsmanagement	2	7,1%	5,4%
Qualifikation des Schlüsselpersonals	4	14,3%	10,7%
Hearing	5	17,9%	13,4%
Summe	28	100,0%	75,0%

¹⁷⁹ Eigene Darstellung.

¹⁸⁰ Formel zur Berechnung: $Gewichtung = \frac{Punkte\ Kriterium}{Summe\ Punkte} \times 100$.

¹⁸¹ In Anlehnung an Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362, Abbildung 4).

¹⁸² Formel zur Berechnung: $Gewichtung\ gemäß\ Punkten = \frac{Punkte\ Kriterium}{Summe\ Punkte} \times 100$.

¹⁸³ Formel zur Berechnung: $Gewichtung\ Ausschreibung = \frac{Gewichtung\ gemäß\ Punkten}{100} \times 75$.

Für Ausschreibungen, in denen qualitative Zuschlagskriterien überwiegen, bietet sich durch den paarweisen Vergleich eine weitere einfache Methode, um die Einzelgewichte der Kriterien festzulegen.

Wenngleich sich in der Literatur unterschiedliche Möglichkeiten zur Durchführung des paarweisen Vergleichs finden, so stimmen diese Möglichkeiten dahingehend überein, dass der Anwender jeweils zwei Kriterien heranzieht und die Entscheidung trifft, welcher der beiden Kriterien für ihn mehr Bedeutung hat. Die Zielgewichte werden aus einer Paarvergleichs- bzw Präferenzmatrix abgeleitet.¹⁸⁴

Im Folgenden werden zwei Möglichkeiten zur Ermittlung der Gewichtung von Zuschlagskriterien auf Basis des paarweisen Vergleichs vorgestellt. Diese Möglichkeiten unterscheiden sich in der Vorgehensweise, die resultierenden Einzelgewichte der Kriterien stimmen jedoch in beiden Fällen überein. Als Zuschlagskriterien werden die gleichen wie in Tabelle 3.4 herangezogen.

Ermittlung der Gewichtung auf Basis des Paarvergleichs nach Fiedler:

Nach *Fiedler* werden folgende Schritte unternommen, um die Gewichtung der Kriterien festzulegen: Paarweiser Vergleich der Kriterien, Abzählen der Häufigkeit der Kriterien (dh wie oft wurde jedes Kriterium präferiert), Vergabe von Rängen, Ermittlung der Gewichtung unter Berücksichtigung der Summe der Einzelgewichte (= 100,0%), der Summe der Ränge und der umgedrehten Rangfolge.¹⁸⁵

Wie in Tabelle 3.6 ersichtlich, wird Zuschlagskriterium c, die Planungsqualität, im paarweisen Vergleich mit den anderen Kriterien fünfmal als das wichtigere Kriterium eingestuft. Dadurch erreicht dieses Kriterium Rang 1. Das Lösungskonzept wird im paarweisen Vergleich viermal präferiert (Rang 2), der Preis dreimal (Rang 3), das Hearing zweimal (Rang 4) und die Qualifikation des Schlüsselpersonals einmal (Rang 5). Zuschlagskriterium d, das Dokumentationsmanagement, wird in keinem der Paarvergleiche präferiert und landet daher auf Rang 6. Nach *Fiedler* wird die Gewichtung der jeweiligen Kriterien nach folgender Formel errechnet:

$$\text{Gewichtung Kriterium} = \frac{100}{\text{Summe Ränge}} \times \text{umgedrehter Rang Kriterium}$$

¹⁸⁴ Vgl zB *Busse von Colbe/Witte*, Investitionstheorie und Investitionsrechnung⁵, S 316 und *Hahn/Hungenberg*, PuK – Wertorientierte Controllingkonzepte: Planung und Kontrolle, Planungs- und Kontrollsysteme, Planungs- und Kontrollrechnung⁶, S 68.

¹⁸⁵ Vgl *Fiedler*, Controlling von Projekten – Mit konkreten Beispielen aus der Unternehmenspraxis – Alle controllingrelevanten Aspekte der Projektplanung, Projektsteuerung und Projektkontrolle⁸, S 33f.

Tabelle 3.6: Ermittlung der Gewichtung auf Basis des Paarvergleichs, *Fiedler*¹⁸⁶

Gewichtung der Kriterien	Rang der Kriterien	Häufigkeit der Kriterien	Kriterien	
19,0%	3	3	a	Preis (Planungshonorar)
23,8%	2	4	b	Lösungskonzept
28,6%	1	5	c	Planungsqualität
4,8%	6	0	d	Dokumentationsmanagement
9,5%	5	1	e	Qualifikation des Schlüsselpersonals
14,3%	4	2	f	Hearing
100,0%	21			

Ermittlung der Gewichtung auf Basis des Paarvergleichs nach *Busse von Colbe/Witte*:

Nach *Busse von Colbe/Witte* erhält jeweils das Kriterium, welches im paarweisen Vergleich als wichtiger eingestuft wird, einen Punkt. Ist am Ende des Paarvergleichs ein Kriterium noch ohne Punkte, so erhält jedes Kriterium zusätzlich einen Punkt. Dadurch wird jedes Kriterium mit zumindest einem Punkt bewertet und in der Gewichtung berücksichtigt.¹⁸⁷

In Tabelle 3.7 werden die gleichen Präferenzen bei den Kriterien angenommen, wie zuvor im Paarvergleich in Tabelle 3.6. Die Planungsqualität würde demgemäß 5 Punkte, das Lösungskonzept 4 Punkte, das Planungshonorar 3 Punkte, das Hearing 2 Punkte, die Qualifikation des Schlüsselpersonals einen Punkt und das Dokumentationsmanagement gar keinen Punkt enthalten. Damit das Dokumentationsmanagement ebenso in der Gewichtung berücksichtigt werden kann, wird sämtlichen Kriterien ein Punkt hinzugefügt (siehe Tabelle 3.7).

¹⁸⁶ In Anlehnung an *Fiedler*, Controlling von Projekten – Mit konkreten Beispielen aus der Unternehmenspraxis – Alle controllingrelevanten Aspekte der Projektplanung, Projektsteuerung und Projektkontrolle⁸, S 34, Abbildung 2.5.

¹⁸⁷ Vgl *Busse von Colbe/Witte*, Investitionstheorie und Investitionsrechnung⁵, S 316.

Tabelle 3.7: Ermittlung der Gewichtung auf Basis des Paarvergleichs, *Busse von Colbe/Witte*¹⁸⁸

Zuschlagskriterien	Punkte	Gewichtung ¹⁸⁹
Preis (Planungshonorar)	3 + 1	19,0%
Lösungskonzept	4 + 1	23,8%
Planungsqualität	5 + 1	28,6%
Dokumentationsmanagement	0 + 1	4,8%
Qualifikation des Schlüsselpersonals	1 + 1	9,5%
Hearing	2 + 1	14,3%
Summe	21	100,0%

3.4.3 Feigenblattkriterien

Sogenannte „Feigenblattkriterien“ (auch „Scheinkriterien“ oder „Alibikriterien“) haben ein im Vergleich zum Kriterium des Preises so geringes Gewicht, dass sie für das Resultat, also die Ermittlung des Bestbieters, (höchstwahrscheinlich) nicht ausschlaggebend sind. Da neben dem Preis mindestens ein weiteres Zuschlagskriterium zur Anwendung kommt, liegt zwar formal immer noch das Bestbieterprinzip vor, tatsächlich wird dieses aber infolge der geringen Gewichtung des preisfremden Kriteriums bzw der preisfremden Kriterien umgangen.¹⁹⁰ Vom sogenannten „versteckten Billigstbieterprinzip“ ist sodann die Rede.¹⁹¹ Ein klassisches Beispiel für ein solches Feigenblattkriterium ist die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, wenn dieses das einzige Zuschlagskriterium neben dem Preis ist und eine geringe Gewichtung aufweist.¹⁹²

In der Baupraxis werden Feigenblattkriterien häufig als Kriterien verstanden, die unabhängig von ihrer Gewichtung selbstverständlich von den bietenden Unternehmen in ihrem Angebot „angekreuzt“ werden und ohne Schwierigkeit erfüllt werden können.¹⁹³ Daraus resultiert, dass wiederum bloß das Preiskriterium für den Zuschlag entscheidend ist.¹⁹⁴

Nach *Fruhmann* müssen die zusätzlichen Zuschlagskriterien neben dem Preis sogenannte „bewertungsrelevante“ Kriterien sein. Mit anderen Worten, die Besser- oder Schlechtererfüllung dieser Kriterien muss einen realistischen Einfluss auf die Ermittlung des Bestbieters haben

¹⁸⁸ In Anlehnung an *Busse von Colbe/Witte*, Investitionstheorie und Investitionsrechnung⁵, S 317, Tabelle 9.3.

¹⁸⁹ Formel zur Berechnung: $Gewichtung = \frac{Punkte\ Kriterium}{Summe\ Punkte} \times 100$.

¹⁹⁰ Vgl *Oppel*, BVergG 2018: Eine Übersicht, ZVB, Juli/August 2018, S 294–304 (S 296).

¹⁹¹ Vgl *Hölzl/Böheim/Klien/Pichler*, Das öffentliche Beschaffungswesen im Spannungsfeld zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip, WIFO-Studie, S 54.

¹⁹² Vgl *Ehrnhöfer*, Neues Vergabegesetz legt Bestbieterprinzip lahm, Architektur & Bau Forum, März 2017, S 12.

¹⁹³ Vgl *Hölzl/Böheim/Klien/Pichler*, Das öffentliche Beschaffungswesen im Spannungsfeld zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip, WIFO-Studie, S 14 und *Kurz*, Zuschlagskriterien, Österreichische Bauzeitung, Nr 24/2019, S 39.

¹⁹⁴ Vgl *Hölzl/Böheim/Klien/Pichler*, Das öffentliche Beschaffungswesen im Spannungsfeld zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip, WIFO-Studie, S 14.

können. Demnach ist sowohl die Auswahl eines Kriteriums an sich, als auch dessen Gewichtung von Bedeutung.¹⁹⁵

Gemäß den Erläuterungen zum BVerG 2018 sind „*Ausschreibungen bekämpfbar, die formal zwar mehrere Zuschlagskriterien (Feigenblattkriterien) beinhalten, de facto aber allein der Preis (...) ausschlaggebend [ist]*“. Eine Ermittlung des Bestbieters mithilfe von Zuschlagskriterien ist nur dann gesetzeskonform, wenn die Kriterien „*eine vergleichende Bewertung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes (...) ermöglichen und diese Zuschlagskriterien tatsächlich Relevanz bei der Ermittlung des besten Angebotes haben könnten*“. Hinzuzufügen ist allerdings, dass die Relevanz der Zuschlagskriterien lediglich auf Annahmen und Prognosen des Auftraggebers beruht. Daher „*kann nicht verlangt werden, dass sich diese Relevanz jedenfalls verwirklichen muss*“.¹⁹⁶

Angesichts einer Studie des Österreichischen Instituts für Wirtschaftsforschung (WIFO) scheint die Heranziehung von Feigenblattkriterien im öffentlichen Vergabewesen nicht unerheblich zu sein: Immerhin enthalten gemäß den Studienergebnissen etwa 85% der öffentlichen Bauaufträge, die nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden, in der Ausschreibung preisfremde Zuschlagskriterien bzw. Qualitätskriterien, die mit unter 10% gewichtet sind.¹⁹⁷

Um der Verwendung von Feigenblattkriterien einen Riegel vorzuschieben, wurden in der Vergangenheit Stimmen laut, die eine Mindestgewichtung preisfremder Zuschlagskriterien bzw. eine Maximalgewichtung des Preises forderten.¹⁹⁸ Allerdings wurde bis dato keine Mindestgewichtung qualitativer Zuschlagskriterien im BVerG festgelegt.

In einem Verfahren für die Vergabe einer Bauleistung (Autobahn Deckenerneuerung/Deckensanierung), bei dem das Zuschlagskriterium Preis mit 97% und das Kriterium Bauzeitverkürzung mit 3% gewichtet war, wurde Letzteres vom ehemaligen Bundesvergabeamt (BVA)¹⁹⁹ nicht als Scheinkriterium angesehen. „*Angesichts oftmals nur geringer Preisunterschiede [ist es] durchaus möglich (...), dass ein solches Kriterium im Zuge der Bestbieterermittlung den Ausschlag gibt.*“²⁰⁰

In einem anderen Verfahren, bei dem es um die Vergabe von Glaserarbeiten ging, war der Preis mit 98% und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 2% gewichtet. Der ehemalige

¹⁹⁵ Vgl. *Fruhmann*, Die BVerG-Novelle 2015, ZVB, März 2016, S 98–111 (S 107).

¹⁹⁶ ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVerG 2018), S 118.

¹⁹⁷ Vgl. *Hölzl/Böheim/Klien/Pichler*, Das öffentliche Beschaffungswesen im Spannungsfeld zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip, WIFO-Studie, S 34f.

¹⁹⁸ Dies wird beispielsweise vom Fachverband der Elektro- und Elektronikindustrie (FEEI) sowie dem Fachverband der Metalltechnischen Industrie (FM TI) gefordert. Vgl. Austria Presse Agentur Original Text Service (APA-OTS), Österreich ist Schlusslicht bei Bestbieterprinzip: Potenzial von öffentlichen Vergaben noch längst nicht ausgeschöpft, Presseaussendung vom 31.01.2017. Online abrufbar unter: www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170131_OTS0092 (abgerufen am 27.01.2019).

¹⁹⁹ Das BVA wurde mit 01.01.2014 vom Bundesverwaltungsgericht (BVwG) abgelöst. Vgl. ErlRV 1618 BlgNR XXIV. GP (ErlRV zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012), S 3ff.

²⁰⁰ BVA 15.09.2001, N-79/01-27.

Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) Tirol²⁰¹ wies darauf hin, dass die Gewichtung der Gewährleistungsfrist mit lediglich 2% einem (gesetzwidrigen) Billigstbieterprinzip gleichkommt. Dieses gering gewichtete Zuschlagskriterium „*könnte theoretisch nur dann eine Auswirkung auf die Bestbieterermittlung haben, wenn zwei vollkommen preisidente Angebote abgegeben würden, was in der Praxis kaum denkbar ist.*“²⁰²

Fruhmann weist darauf hin, dass „eine Gewichtung von 3% bei hoch standardisierten oder preislich fixierten Leistungen bei der Bestbieterermittlung relevant (...), im Falle von komplexen Dienstleistungen hingegen irrelevant [sein kann].“²⁰³ Eine einheitliche Mindestgewichtung sei aufgrund der unterschiedlichen Art der dem BVergG unterliegenden Leistungen sachgerecht nicht möglich.²⁰⁴

3.5 Bewertung von Bieterangaben

Die Bewertung von Angaben eines Bieters zu den jeweiligen Zuschlagskriterien kann entweder mathematisch, mittels zuvor in der Ausschreibung festgelegter Berechnungssysteme, oder kommissionell, mittels einer Jury, erfolgen. Bei der mathematischen Bewertung kann grundsätzlich zwischen dem absoluten und dem relativen System unterschieden werden.²⁰⁵

Da allerdings auch im absoluten System relative Wertungen vorgenommen werden, bevorzugt *Kropik* die Bezeichnungen „geschlossenes System“ und „offenes System“ anstelle von „absolutes System“ und „relatives System“. In einem geschlossenen System sind die jeweiligen Bieterangaben zu einem Zuschlagskriterium unabhängig voneinander zu betrachten. Der Auftraggeber legt für dieses System die Grenzwerte fest, dh er gibt an, bei welchem Inputwert eine Zielerfüllung von 100% erreicht wird und bei welchem Wert die Zielerfüllung 0% beträgt. Anhand einer mathematischen Funktion kann der Erfüllungsgrad für dazwischenliegende Inputwerte errechnet werden.²⁰⁶ Von vornherein steht also bereits fest, mit welchem Angebotsinhalt ein Bieter welche Zielerfüllung erreichen kann. Bei einer absoluten Bewertung kann natürlich der Fall eintreten, dass keiner der Bieter das Kriterium voll erfüllt. Andererseits kann eine „Übererfüllung“ des Kriteriums nicht besser als mit 100% bewertet werden.²⁰⁷

²⁰¹ Der UVS Tirol wurde mit 01.01.2014 vom Landesverwaltungsgericht (LVwG) Tirol abgelöst. Vgl ErlRV 1618 BlgNR XXIV. GP (ErlRV zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012), S 3ff.

²⁰² UVS Tirol 05.11.2001, UVS-2001/K11/026-4.

²⁰³ *Fruhmann*, Die BVergG-Novelle 2015, ZVB, März 2016, S 98–111 (S 107, Fußnote (FN) 123).

²⁰⁴ Vgl ebd.

²⁰⁵ Vgl Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 10f. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019).

²⁰⁶ Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 365).

²⁰⁷ Vgl *Schray/Bentz*, Auswertungssystematik in Konzessionsverfahren, EWeRK - Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft eV, Nr 01/2016, S 27–33 (S 28).

In einem offenen System werden die jeweiligen Bieterangaben miteinander in Bezug gesetzt. Jener Inputwert eines Bieters zu einem Kriterium, der im Vergleich zu den Inputwerten der anderen Bieter am besten ist, weist eine Zielerfüllung von 100% auf und dient als Benchmark für die Angaben der anderen Bieter.²⁰⁸ Eine mathematische Funktion dient wiederum dazu, die Zielerfüllung für Inputwerte zu errechnen, die sich vom besten Wert unterscheiden.²⁰⁹ Da Bieter in Unkenntnis über den Inhalt der anderen Angebote sind, wissen sie im Vorfeld nicht, welche Angabe für eine maximale Zielerfüllung erforderlich ist.²¹⁰

Angaben eines Bieters, die im Zuge der Bestbieterermittlung zu bewerten sind, können grundsätzlich in drei Skalenniveaus vorliegen. Aufsteigend nach Informationsgehalt der Skalen und der Rechenbarkeit der Daten sind dies das Nominalskalenniveau, das Ordinalskalenniveau und das Kardinalskalenniveau.²¹¹

- **Nominalskalenniveau:** Liegen nominalskalierte Daten oder Merkmalsausprägungen vor, so lässt sich nur deren Gleichartigkeit oder Verschiedenartigkeit feststellen.²¹² Die Daten sind lediglich beschreibbar und können nicht in eine natürliche Reihenfolge gebracht werden. Beispiele dafür sind Abwicklungskonzepte oder architektonische Entwürfe der Bieter. Um mit solchen Angaben Rechenoperationen durchführen zu können, müssen sie auf ein höheres Skalenniveau transformiert werden (zB mittels einer zuvor festgelegten Bewertungsmatrix oder durch eine Jury).²¹³
- **Ordinalskalenniveau:** Bei ordinalskalierten Daten oder Merkmalsausprägungen lässt sich nicht nur deren Gleichartigkeit oder Verschiedenartigkeit feststellen, sondern die Daten unterliegen auch einer natürlichen Rangfolge.²¹⁴ Allerdings sind die Abstände zwischen den Rängen nicht absolut messbar. Ein Universitätsabschluss ist zwar beispielsweise höher zu bewerten, als ein Abschluss an einer Höheren Technischen Lehranstalt (HTL) und jemand mit zwei Referenzprojekten besser zu bewerten, als jemand mit nur einem Referenzprojekt, über die jeweiligen Abstände (also wie viel das eine besser ist als das andere) lässt sich

²⁰⁸ Vgl ebd.

²⁰⁹ Vgl Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 364).

²¹⁰ Vgl Schray/Bentz, Auswertungssystematik in Konzessionsverfahren, EWeRK - Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft eV, Nr 01/2016, S 27–33 (S 28).

²¹¹ Vgl Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362f).

²¹² Vgl Eckstein, Repetitorium Statistik – Deskriptive Statistik - Stochastik - Induktive Statistik⁸, S 7.

²¹³ Vgl Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362).

²¹⁴ Vgl Eckstein, Repetitorium Statistik – Deskriptive Statistik - Stochastik - Induktive Statistik⁸, S 8.

jedoch keine valide Aussage²¹⁵ treffen. Typische Beispiele für Ordinalskalen sind Schulnoten²¹⁶ oder die Präferenzrangfolgen von Jurymitgliedern.²¹⁷

- **Kardinalskalenniveau:** Das Kardinalskalenniveau ist auch als metrisches Skalenniveau bekannt. Liegen kardinalskalierte Daten oder Merkmalsausprägungen vor, so können deren Gleichartigkeit oder Verschiedenartigkeit festgestellt, eine natürliche Rangfolge mit den Daten gebildet und die Abstände zwischen den Rängen gemessen werden. Eine weitere Unterteilung der Kardinalskala in die Intervallskala (kein natürlicher Nullpunkt, keine natürliche Maßeinheit), die Verhältnisskala (Besitz eines natürlichen Nullpunktes, aber keiner natürlichen Maßeinheit) und die Absolutskala (Besitz eines natürlichen Nullpunktes und einer natürlichen Maßeinheit) ist möglich.²¹⁸ Daten, die bereits von Natur aus im Kardinalskalenniveau vorliegen, können objektiver bewertet werden, als nominal- oder ordinalskalierte Angaben. Beispiele für kardinalskalierte Angaben sind der Angebotspreis, die Bauzeit und viele technische Leistungsdaten (zB Nutzfläche).²¹⁹

Liegen Daten bereits im Kardinalskalenniveau vor, so sollten diese für eine Bewertung nicht in ein anderes, nichtmetrisches Skalenniveau transformiert werden, da dies mit Informationsverlust verbunden wäre. Würden etwa Angebotspreise von Bietern je nach €-Betrag in die Kategorien „sehr hoher Preis“ (Zielerfüllung 0%), „hoher Preis“ (Zielerfüllung 25%), „mittlerer Preis“ (Zielerfüllung 50%), „niedriger Preis“ (Zielerfüllung 75%) und „sehr niedriger Preis“ (Zielerfüllung 100%) eingeteilt, so ginge dadurch die Information der tatsächlichen Abstände zwischen den Angebotspreisen verloren.²²⁰ Durch die Kategorisierung würden unterschiedliche Angebotspreise (sofern sie in dieselbe Preiskategorie fallen) die gleiche Zielerfüllung aufweisen. Dh Bieter mit unterschiedlichen Angebotspreisen würden im Zuschlagskriterium „Preis“ im Endeffekt gleich bewertet.

²¹⁵ Die Person mit zwei Referenzprojekten ist nicht etwa doppelt so gut, wie die Person mit nur einem Referenzprojekt.

²¹⁶ Eine sinnvolle Anordnung von Schulnoten ist zwar möglich, Abstände zwischen Noten sind jedoch nicht interpretierbar. Üblicherweise werden 50% der Punkte benötigt, um von der Note 5 auf die Note 4 zu kommen. Um von der Note 4 auf die Note 3 zu kommen, sind allerdings nicht nochmals 50% der Punkte erforderlich. Der Abstand von „1“ zwischen den Noten liefert also keine Rückschlüsse über die dahinterstehenden Punkte. Vgl *Sibbertsen/Lehne*, Statistik – Einführung für Wirtschafts- und Sozialwissenschaftler², S 5.

²¹⁷ Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 362).

²¹⁸ Vgl *Eckstein*, Repetitorium Statistik – Deskriptive Statistik - Stochastik - Induktive Statistik⁸, S 9ff.

²¹⁹ Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 363).

²²⁰ Vgl *Ferber*, Bewertungskriterien und -matrizen im Vergabeverfahren – Wie erziele ich ein optimales Zuschlagsergebnis?, S 27f.

Bei der Bewertung von Inputgrößen, die im Kardinalskalenniveau vorliegen, sollten stetige Funktionen herangezogen werden. Dadurch kann jeder möglichen Bieterangabe ein bestimmter Nutzen zugewiesen werden.²²¹

In Tabelle 3.8 werden die zuvor beschriebenen Grundlagen zur Bewertung (geschlossenes/offenes System, unterschiedliche Skalenniveaus, Bevorzugung stetiger Funktionen) anhand eines Beispiels zur Bestbieterermittlung veranschaulicht.

Tabelle 3.8: Grundlagen zur Bewertung von Bieterangaben anhand eines Beispiels²²²

Zuschlagskriterien		Gewichtung	Hinweise zur Bewertung	
Preis		90,0%	$Z_i = \frac{P_{min}}{P_i} \times 100$ Zi ... Zielerfüllungsgrad des zu bewertenden Bieters [%] P _{min} ... Preis des Billigstbieters [€] Pi ... Preis des zu bewertenden Bieters [€]	
Verlängerung der Gewährleistungsfrist		3,0%	$Z_i = \left(1 - \left(\frac{G_{max} - G_i}{G_{max}} \right)^2 \right) \times 100$ G _{max} ... Längste angebotene Gewährleistungsverlängerung [a] Gi ... Gewährleistungsverlängerung des zu bewertenden Bieters [a] Ein Bieter kann maximal eine Gewährleistungsverlängerung von 6 Jahren angeben.	
Anteil an Facharbeitern ²²³ (FA) bei der Bauausführung		5,0%	FA-Anteil ≥ 50,0% Z = 100,0 FA-Anteil ≤ 30,0% Z = 0,0	Z ... Zielerfüllungsgrad [%] Inputwerte zwischen 30,0 und 50,0% werden linear interpoliert. ²²⁴
Referenzprojekte Schlüsselpersonal	Bauleiter	1,0%	Projektanzahl ≥ 3 Z = 100,0 Projektanzahl = 0 Z = 0,0	Inputwerte zwischen 0 und 3 werden linear interpoliert. ²²⁵
	Polier		1,0%	
Summe Gewichtung		100,0%		

²²¹ Vgl Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 2: Qualitative Angaben und Juryentscheidungen, ZVB, Februar 2019, S 53–57 (S 53f).

²²² Eigene Darstellung.

²²³ Da in der Literatur bzw in Kollektivverträgen teils unterschiedliche Definitionen für den Begriff „Facharbeiter“ bestehen (siehe Unterkapitel 7.2.1), müsste bei Heranziehung eines solchen Zuschlagskriteriums eine Klarstellung in den Ausschreibungsunterlagen erfolgen.

²²⁴ Zugehörige stetige Funktion: $Z = 5 \times FA\text{-Anteil} - 150$.

²²⁵ Der konstante Nutzenszuwachs von 33,33% je Referenzprojekt (3 Referenzprojekte entsprechen 100,00% Zielerfüllung) findet sich häufig in Ausschreibungen. Der tatsächliche Nutzen für den Auftraggeber wird jedoch wohl von 0 auf 1 Referenzprojekt größer sein, als von 2 auf 3 Referenzprojekte. Anzudenken wäre daher alternativ eine degressive Nutzenfunktion.

Bieterangaben lt Angeboten			
Zuschlagskriterien	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3
Preis	12.000.000 €	12.600.000 €	12.800.000 €
Verlängerung der Gewährleistungsfrist	1 a	3 a	5 a
Anteil an FA bei der Bauausführung	40,0%	50,0%	30,0%
Referenzprojekte Schlüsselpersonal	Bauleiter	1	2
	Polier	1	2

Zielerfüllungsgrade			
Zuschlagskriterien	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3
Preis	100,00%	95,24%	93,75%
Verlängerung der Gewährleistungsfrist	36,00%	84,00%	100,00%
Anteil an FA bei der Bauausführung	50,00%	100,00%	0,00%
Referenzprojekte Schlüsselpersonal	Bauleiter	33,33%	66,67%
	Polier	33,33%	66,67%

Teil- und Gesamtnutzwerte ²²⁶			
Zuschlagskriterien	Bieter 1	Bieter 2	Bieter 3
Preis	90,00%	85,71%	84,38%
Verlängerung der Gewährleistungsfrist	1,08%	2,52%	3,00%
Anteil an FA bei der Bauausführung	2,50%	5,00%	0,00%
Referenzprojekte Schlüsselpersonal	Bauleiter	0,33%	0,67%
	Polier	0,33%	0,67%
Summe Teilnutzwerte (= Gesamtnutzwerte)	94,25%	94,57%	89,04%

Im Beispiel in Tabelle 3.8 ist die Nutzenfunktion für den Preis stetig und weist einen degressiv fallenden Verlauf auf, dh je größer der Abstand zwischen dem zu bewertenden Preis und dem billigsten Preis, desto schwächer ist der Nutzenabfall ausgeprägt. Die Bewertung des Preises erfolgt im vorliegenden Beispiel in einem offenen System, dh der beste Inputwert eines Bieters dient als Benchmark für die Inputwerte der anderen Bieter.

Die Nutzenfunktion für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist ist stetig und progressiv fallend, dh je größer der Abstand zwischen der zu bewertenden Gewährleistungsverlängerung

²²⁶ Zur Erinnerung: Die Teilnutzwerte sind das Produkt aus Gewichtung eines Kriteriums und dem jeweiligen Zielerfüllungsgrad. Die Gesamtnutzwerte entsprechen der Summe der Teilnutzwerte.

und der längsten angebotenen Gewährleistungsverlängerung, desto stärker fällt der Nutzen ab.²²⁷ Offen ist das Bewertungssystem für die Gewährleistungsverlängerung dahingehend, dass auch in diesem Fall der beste Inputwert eines Bieters Einfluss auf die Bewertung der Inputwerte der anderen Bieter hat. Allerdings wird durch den Auftraggeber insofern eine Grenze gesetzt, dass die maximale Gewährleistungsverlängerung, die von einem Bieter angeboten werden kann, 6 Jahre beträgt. Angebotene Gewährleistungsverlängerungen, die die 6 Jahre überschreiten, werden genauso mit einer 100%igen Zielerfüllung bewertet.²²⁸ Tatsächlich liegt hier also eine Mischform zwischen offenem und geschlossenem System vor.

Die Bewertung des FA-Anteils und der persönlichen Referenzprojekte der Schlüsselpersonen Bauleiter und Polier erfolgt in einem geschlossenen System. Zwischen den vom Auftraggeber vorgegebenen Grenzwerten erfolgt eine lineare Interpolation.

Bieter 2 erreicht im gezeigten Beispiel den höchsten Gesamtnutzwert, dh er ist der Bestbieter und erhält den Zuschlag. Die herangezogenen Bewertungsschemen für die angeführten Zuschlagskriterien stellen jedoch nur einige wenige der vielen Möglichkeiten zur Bewertung dar. Würden davon abweichende Nutzenfunktionen und Randbedingungen gewählt, so hätte dies andere Gesamtnutzwerte sowie andere Abstände zwischen den jeweiligen Gesamtnutzwerten zur Folge. Würde etwa die Nutzenfunktion $Z_i = \frac{G_i^2}{G_{max}^2} \times 100$ für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist verwendet (bei ansonsten gleichbleibenden Bewertungsschemen für die restlichen Zuschlagskriterien), so ergäbe dies einen Gesamtnutzwert von 93,29% für Bieter 1 und einen Gesamtnutzwert von 93,13% für Bieter 2, dh Bieter 1 wäre plötzlich Bestbieter.

Im Bestbieterkriterien-Katalog „Faire Vergaben“ wird für das Zuschlagskriterium „Fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals (Ausbildung und Berufserfahrung)“ eine Möglichkeit zur Bewertung der Bieterangaben demonstriert. Wie die Bezeichnung des Kriteriums bereits vermuten lässt, erfolgt eine Bewertung der höchsten abgeschlossenen Ausbildung einer Schlüsselperson in Kombination mit deren Jahren an Berufserfahrung. Ein niedrigeres Ausbildungsniveau kann dabei durch längere Berufserfahrung kompensiert werden. In Tabelle 3.9 ist die beschriebene Bewertungsmatrix ersichtlich (leicht adaptiert).

²²⁷ Eine solche Funktion ist deshalb sinnvoll, da wohl jene Mängel, die bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden waren, mit der Zeit immer seltener auftreten werden. Viel eher werden nach einigen Jahren Fälle technischer Überalterung/Abnutzung auftreten, die ohnehin nicht unter die Gewährleistung fallen. Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 370).

²²⁸ Dadurch wird verhindert, dass unseriöse Bieterangaben (zB 30 Jahre Gewährleistungsverlängerung) den Zielerfüllungsgrad seriöser Bieterangaben beeinflussen. Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372 (S 370).

Tabelle 3.9: Bewertungsmatrix für das Zuschlagskriterium „Fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals (Ausbildung und Berufserfahrung)“²²⁹

Höchste abgeschlossene Ausbildung	Jahre an Berufserfahrung	Zielerfüllungsgrad
Universität, Fachhochschule	0 bis ≤ 4 Jahre	0,00%
Universität, Fachhochschule	> 4 bis ≤ 7 Jahre	20,00%
Universität, Fachhochschule	> 7 bis ≤ 10 Jahre	60,00%
Universität, Fachhochschule	> 10 Jahre	100,00%
HTL, Meister-/Befähigungsprüfung	0 bis ≤ 4 Jahre	0,00%
HTL, Meister-/Befähigungsprüfung	> 4 bis ≤ 8 Jahre	20,00%
HTL, Meister-/Befähigungsprüfung	> 8 bis ≤ 12 Jahre	60,00%
HTL, Meister-/Befähigungsprüfung	> 12 Jahre	100,00%

Diese Matrix hat den Vorteil, dass sich Bieterangaben zur fachlichen Qualifikation des Schlüsselpersonals rasch und unkompliziert bewerten lassen. Zudem handelt es sich um ein nachvollziehbares, transparentes Bewertungssystem.

Die gewählten Cluster bringen allerdings nicht zu vernachlässigende Probleme mit sich: Die Jahre an Berufserfahrung, die im Vergleich zum höchsten Bildungsabschluss im Kardinalskalenniveau vorliegen, verlieren durch die gewählten Zeitspannen ihren detaillierten Informationsgehalt.²³⁰ Ähnlich wie dies zuvor am Negativbeispiel des Clusters von Angebotspreisen erläutert wurde, wird unterschiedlichen Inputwerten der gleiche Nutzen zugewiesen. Gemäß Tabelle 3.9 erreicht etwa eine Schlüsselperson gänzlich ohne Berufserfahrung ebenso 0,00% Zielerfüllung, wie eine Person, die bereits seit 4 Jahren im Berufsleben steht. Eine Schlüsselperson mit HTL-Abschluss oder abgelegter Meister-/Befähigungsprüfung und 8 Jahren Berufserfahrung erreicht eine Zielerfüllung von 20,00%, während eine Schlüsselperson auf dem gleichen Ausbildungsniveau und einer marginal längeren Berufserfahrung (theoretisch würde eine um einen Tag längere Berufserfahrung ausreichen) einen dreimal so hohen Zielerfüllungsgrad von 60,00% erlangt.

Hierbei kann die berechtigte Frage gestellt werden, ob eine solche Diskontinuität in der Bewertung den Bietern gegenüber fair ist. Zu denken ist weiters daran, dass Schlüsselpersonen durch Karenzzeit, länger andauernde Krankheit etc mit ihrer Erfahrung knapp unter eine Clustergrenze fallen und somit einen wesentlich geringeren Erfüllungsgrad erzielen könnten.²³¹

²²⁹ In Anlehnung an Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 22. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019).

²³⁰ Vgl Kropik, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 2: Qualitative Angaben und Juryentscheidungen, ZVB, Februar 2019, S 53–57 (S 54).

²³¹ Vgl ebd.

Um das Bewertungssystem fairer zu gestalten und jedem Inputwert eines Bieters einen eigenen Zielerfüllungsgrad zuordnen zu können, zieht *Kropik* nachfolgende stetige Nutzenfunktion heran (leicht adaptiert):

$$Z_i = \frac{B_i^{1,75}}{B_{max}^{1,75}} \times 100$$

Z_i ... Zielerfüllungsgrad des zu bewertenden Bieters [%]

B_i ... Berufserfahrung der Schlüsselperson des zu bewertenden Bieters [Mo]

B_{max} ... Berufserfahrung, ab der 100,00% Zielerfüllung erreicht werden [Mo]²³²

Diese Funktion wird jenem Ziel gerecht, das mittels der Clusterung im Bestbieterkriterien-Katalog „Faire Vergaben“ angestrebt wird: Je länger die Berufserfahrung, umso stärker ist die Nutzenzunahme ausgeprägt.²³³

In Abbildung 3.1 sind die von *Kropik* präferierte stetige Nutzenfunktion sowie jene unstetige Nutzenfunktion, die sich durch die Cluster-Grenzwerte in Tabelle 3.9 ergibt, grafisch dargestellt. Gezeigt werden die Funktionen für den Fall, dass die Schlüsselperson einen Hochschulabschluss nachweisen kann.

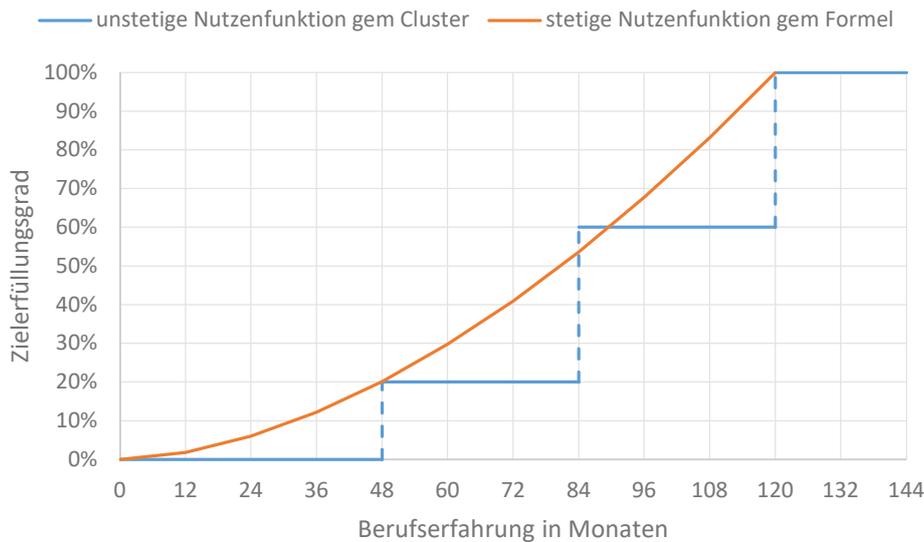


Abbildung 3.1: Gegenüberstellung unstetige und stetige Nutzenfunktion²³⁴

²³² Dies ist mit einem Hochschulabschluss bei 120 Mo der Fall, bei einem HTL-Abschluss oder mit abgelegter Meister-/Befähigungsprüfung bei 144 Mo.

²³³ Vgl *Kropik*, Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 2: Qualitative Angaben und Juryentscheidungen, ZVB, Februar 2019, S 53–57 (S 54).

²³⁴ Eigene Darstellung.

4 Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping

Lohn- und Sozialdumping beschäftigt seit Jahren die österreichische Bauwirtschaft. Während diese Praktik für Arbeitnehmer eine unrechtmäßige Behandlung bedeutet, führt sie im Vergabewesen zu Wettbewerbsverzerrungen. Bewerber/Bieter, die mit regulären Mittellohnpreisen kalkulieren, können die durch illegale Vorgehensweisen generierten Wettbewerbsnachteile nicht ausgleichen. Dies führt zu Umsatzeinbußen sowie einem Verlust von Arbeitsplätzen in seriösen Unternehmen.²³⁵

Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet zählen öffentliche Auftraggeber gewissermaßen zu den Nutznießern solcher illegalen Praktiken, da nur ein begrenztes Budget für öffentliche Beschaffungen zur Verfügung steht und diese daher möglichst kostengünstig durchgeführt werden sollen. Allerdings obliegt öffentlichen Auftraggebern eine gewisse soziale und volkswirtschaftliche Verantwortung, weshalb sie zur Verhinderung einer Vergabe an Unternehmer, die Lohn- und Sozialdumping andeuten, beitragen müssen.²³⁶

Nachstehend erfolgt zunächst eine Erklärung der für dieses Kapitel relevanten begrifflichen und rechtlichen Grundlagen (Unterkapitel 4.1) sowie eine Erläuterung, wie die Seriosität von Bewerbern/Bietern im Vergabeverfahren kontrolliert werden kann (Unterkapitel 4.2). Darauf folgen eine Erklärung für den Wettbewerbs- und Preisdruck in der Bauwirtschaft (Unterkapitel 4.3), eine Darlegung der gehegten Hoffnungen und Erwartungen im Zusammenhang mit dem Bestbieterprinzip und personenbezogenen Zuschlagskriterien (Unterkapitel 4.4) sowie eine Zusammenstellung der in den letzten Jahren ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping in der Baubranche (Unterkapitel 4.5). Zum Schluss des Kapitels 4 sind statistische Daten zum Lohn- und Sozialdumping angeführt, die von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) zur Verfügung gestellt wurden (Unterkapitel 4.6).

4.1 Begriffliche und rechtliche Grundlagen

Lohndumping bzw. Unterentlohnung liegt vor, wenn Arbeitnehmer weniger als das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag und unter Berücksichtigung der jeweiligen Einstufungskriterien (zB tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, Vordienstzeiten) gebührende Entgelt erhalten.²³⁷ Das Entgelt umfasst neben dem Lohn/Gehalt auch andere Entgeltbestandteile, wie Zuschläge (zB Überstundenzuschläge, Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit), Zulagen

²³⁵ Vgl. Hofstadler/Loik/Peterseil/Pantelic/Katz, Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, Forschungsprojekt der Technischen Universität Graz, S IV.

²³⁶ Vgl. Wiesinger, Elemente der Sozialbetrugsbekämpfung, in: Wiesinger (Hrsg), Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft: Auftraggeberhaftung, Lohn- und Sozialdumping, Ausländerbeschäftigung, S 1–16 (S 15).

²³⁷ Vgl. Wiesinger, Arbeitsrecht in der Bauwirtschaft - Praxishandbuch für Bauindustrie und Baugewerbe³, S 93ff.

(zB Erschwerniszulagen) und Sonderzahlungen (zB Weihnachtsgeld, Urlaubszuschuss).²³⁸ In der Regel reduzieren sich bei einer Entgeltverkürzung die Sozialabgaben des Arbeitgebers für den jeweiligen Arbeitnehmer, da sich die Abgaben am Entgelt bemessen. Dies hat wiederum eine Verkürzung der Ansprüche des Arbeitnehmers (zB geringerer Pensionsanspruch) zur Folge (= Sozialdumping). Da Lohndumping und Sozialdumping Hand in Hand gehen, ist die Verwendung als Begriffspaar naheliegend.²³⁹

Ein häufig im Zusammenhang mit Lohn- und Sozialdumping genannter Begriff ist „Sozialbetrug“. Während Lohn- und Sozialdumping den Entgeltanspruch eines Arbeitnehmers in den Mittelpunkt stellt, werden unter Sozialbetrug illegale Handlungen subsumiert, die zu Lasten der öffentlichen Hand gehen.²⁴⁰ In § 2 des Sozialbetrugsbekämpfungsgesetzes (SBBG) wird der Begriff „Sozialbetrug“ definiert: Kurz gefasst sind damit alle Verhaltensweisen gemeint, durch die aufgrund der Erbringung von Arbeitsleistungen entstehende (Sozial)Abgabepflichten verletzt oder Sozialleistungen zu Unrecht bezogen werden. Ergänzt wird diese Definition im erwähnten § durch Beispiele von Tatbeständen, die jedenfalls („insbesondere“) unter Sozialbetrug fallen. Angegeben wird unter anderem:

- die vorsätzliche Vorenthaltung des durch den Dienstgeber abzuführenden Dienstnehmeranteils zur Sozialversicherung gegenüber dem Versicherungsträger,
- die Anmeldung einer Person zur Sozialversicherung oder BUAK mit dem Wissen, dass die Sozialversicherungsbeiträge bzw Zuschläge nicht vollständig geleistet werden sollen,
- die gewerbsmäßige²⁴¹ Beschäftigung oder Beauftragung einer größeren Anzahl an Personen ohne die notwendige Gewerbeberechtigung oder ohne Anmeldung zur Sozialversicherung und
- die Anmeldung einer Person zur Sozialversicherung mit dem Vorsatz, Sozialleistungen zu beziehen, obwohl diese Person keiner unselbständigen Beschäftigung nachgeht („Scheinanmeldung“).

Von Bedeutung für dieses Kapitel ist der Begriff „Entsendung“, da Lohn- und Sozialdumping häufig nach Österreich entsendete Arbeitnehmer betrifft.²⁴² Eine Entsendung nach Österreich liegt vor, wenn der Arbeitgeber seinen Betriebssitz im Ausland hat und Arbeitskräfte vorübergehend zur Erbringung einer Arbeitsleistung in Österreich eingesetzt werden. Der Schwerpunkt des

²³⁸ Vgl. Hofstadler/Loik/Peterseil/Pantelic/Katz, Der Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, bauaktuell, Nr 07/2016, S 133–143 (S 133) und § 29 Abs 1 LSD-BG.

²³⁹ Vgl. Wiesinger, ASoK-Spezial Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), S 8f.

²⁴⁰ Vgl. ebd, S 9.

²⁴¹ Eine Tat wird gewerbsmäßig begangen, wenn sie „in der Absicht ausführt [wird], sich durch ihre wiederkehrende Begehung längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen“. § 70 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB).

²⁴² Vgl. Hofstadler/Loik/Peterseil/Pantelic/Katz, Der Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, bauaktuell, Nr 07/2016, S 133–143 (S 133).

Arbeitsverhältnisses liegt also im Entsendestaat. Ein Rückkehrwille der Arbeitskraft in den Entsendestaat muss bestehen.²⁴³ Während der Entsendung bleibt die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers im Entsendestaat aufrecht und die Arbeitskräfte werden organisatorisch nicht in den österreichischen Betrieb eingegliedert.²⁴⁴

Von Entsendungen sind Überlassungen zu unterscheiden. Nach Österreich überlassene Arbeitnehmer (auch als „Leiharbeiter“ bezeichnet) werden Dritten zur Erbringung von Arbeitsleistungen zur Verfügung gestellt, wobei eine organisatorische Eingliederung der Arbeitnehmer in den Betrieb des Beschäftigers erfolgt und eine Bindung an die Weisungen des Beschäftigers besteht. Die Arbeit wird überwiegend mit Werkzeug und Material des Beschäftigers verrichtet.²⁴⁵

Das Vergaberecht sieht vor, dass Angebote für Leistungen, die in Österreich erbracht werden, unter Berücksichtigung der national geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften, worunter beispielsweise das LSD-BG fällt, und der einschlägigen Kollektivverträge zu erstellen sind. Gleichmaßen sind Auftragnehmer dazu verpflichtet, diese Bestimmungen bei der Ausführung des Auftrages einzuhalten. Öffentliche Auftraggeber haben die Einhaltung der Bestimmungen von den (potenziellen) Auftragnehmern in den Ausschreibungsunterlagen zu verlangen.²⁴⁶

Durch die im BVergG angeführte Verpflichtung zur Einhaltung der national geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen wird nichts normiert, was nicht ohnehin bereits durch andere österreichische Rechtsvorschriften abgedeckt ist.²⁴⁷ Die Erwähnung dieser Thematik im BVergG stellt darauf ab, dass eine Nichtbeachtung der national geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften grobe Wettbewerbsverzerrungen ermöglicht.²⁴⁸

Arbeitnehmer, deren gewöhnlicher Arbeitsort in Österreich liegt, haben gemäß § 3 Abs 1 LSD-BG „*zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt*“. Liegt der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers zwar in Österreich, hat aber der Arbeitgeber seinen Betriebssitz im Ausland und gehört keiner kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich an, so gebührt dem Arbeitnehmer zwingend „*jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von*

²⁴³ Vgl. *Riesenfelder/Danzer/Reichert/Wetzel*, Endbericht Entsendungen und Überlassungen nach Österreich, Lohndumping. Eine Studie mit Fokus auf dem Baubereich, S 12.

²⁴⁴ Vgl. *Kleedorfer*, Arbeitnehmerfreizügigkeit: Entsendung und grenzüberschreitende Dienstleistungen, August 2020, S 4. Online abrufbar unter: news.wko.at/news/oesterreich/eutt_Arbeitnehmerentsendung.pdf (abgerufen am 26.07.2020).

²⁴⁵ Vgl. § 3 Abs 1 AÜG und *Riesenfelder/Danzer/Reichert/Wetzel*, Endbericht Entsendungen und Überlassungen nach Österreich, Lohndumping. Eine Studie mit Fokus auf dem Baubereich, S 12.

²⁴⁶ Vgl. § 93 Abs 2 BVergG 2018.

²⁴⁷ Vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar³, § 93 Rz 10.

²⁴⁸ Vgl. ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 123.

vergleichbaren Arbeitgebern“ erhalten.²⁴⁹ Dieselbe Regelung gilt für aus dem Ausland nach Österreich entsendete Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung.²⁵⁰

In Baugewerbe und Bauindustrie sind für Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich und nach Österreich entsendete Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung hinsichtlich der Höhe des Mindestentgelts der „Kollektivvertrag für Arbeiter der Baugewerbe und der Bauindustrie“ und der „Kollektivvertrag für Angestellte der Baugewerbe und der Bauindustrie“ zu beachten.²⁵¹

Für nach Österreich überlassene Arbeitnehmer finden sich Mindestentgeltregelungen grundsätzlich im „Kollektivvertrag für Arbeiter im Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung“ und im „Kollektivvertrag für Angestellte im Gewerbe, Handwerk und in der Dienstleistung“.²⁵² Allerdings enthält § 10 des AÜG die Bestimmung, dass „für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigertbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Entgelt Bedacht zu nehmen“ ist.²⁵³ Somit sind für die Dauer der Überlassung die im Absatz zuvor genannten, im Beschäftigertbetrieb geltenden, Kollektivverträge der Baugewerbe und der Bauindustrie nicht außer Acht zu lassen.

Die Mindestentgeltregelungen in den Kollektivverträgen der Baugewerbe und der Bauindustrie kommen jedenfalls dann vorrangig zur Anwendung, wenn dadurch für den überlassenen Arbeitnehmer bessere Bedingungen geschaffen werden, als nach den Kollektivverträgen für Überlassungen.²⁵⁴

Einzig das Urlaubsentgelt, das aus Urlaubsgeld und Urlaubszuschuss besteht und Bauarbeitern gebührt, ist nicht kollektivvertraglich geregelt. Bestimmungen zum Urlaubsentgelt finden sich im Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz²⁵⁵ (BUAG). Anspruch auf Urlaubsentgelt haben nicht nur Arbeiter mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, sondern genauso nach Österreich entsendete oder überlassene Arbeiter, wenn sie Tätigkeiten nachgehen, die dem BUAG unterliegen oder einem Betrieb angehören, der einer im BUAG genannten Betriebsart²⁵⁶ zugeordnet werden kann.²⁵⁷

²⁴⁹ § 3 Abs 2 LSD-BG.

²⁵⁰ Vgl § 3 Abs 3 LSD-BG.

²⁵¹ Vgl *Wiesinger*, Arbeitsrecht in der Bauwirtschaft - Praxishandbuch für Bauindustrie und Baugewerbe³, S 34.

²⁵² Vgl *Wiesinger*, Kollektivverträge der Bauwirtschaft - Kurzkomentar⁶, S 14, Rz 32.

²⁵³ § 10 Abs 1 AÜG.

²⁵⁴ Vgl *Wiesinger*, Kollektivverträge der Bauwirtschaft - Kurzkomentar⁶, S 14, Rz 32.

²⁵⁵ StF BGBl Nr 414/1972.

²⁵⁶ Dem Sachbereich Urlaub unterliegen gemäß § 2 Abs 1 BUAG etwa Baumeister-, Maurermeister-, Dachdecker- und Zimmererbetriebe.

²⁵⁷ Vgl § 33d Abs 1 und § 33f Abs 1 BUAG.

4.2 Überprüfung der Seriosität von Bietern im Vergabeverfahren

Einem öffentlichen Auftraggeber bieten sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens grundsätzlich zwei Möglichkeiten, um abzuschätzen, ob möglicherweise ein unseriöser Bewerber/Bieter – gegenständlich wird auf die Praktik des Lohn- und Sozialdumpings Bezug genommen – am konkreten Beschaffungsverfahren teilnimmt:

Zum einen kann der Auftraggeber den Blick in die Vergangenheit des Bewerbers/Bieters richten. Bei Vorliegen des Nachweises, dass der Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung²⁵⁸ gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts begangen hat, muss der öffentliche Auftraggeber ihn vom Vergabeverfahren ausschließen.²⁵⁹

Der Auftraggeber erkennt eine solche schwere Verfehlung hinsichtlich Lohn- und Sozialdumping, wenn er über die für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Bewerber/Bieter und deren Subunternehmer Auskünfte über rechtskräftige Bestrafungen gemäß den §§ 28 und 29 Abs 1 LSD-BG (betrifft die Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen und Unterentlohnung) aus dem Kompetenzzentrum LSDB einholt. Dazu verpflichtet ihn das BVergG.²⁶⁰ Diese Auskünfte helfen öffentlichen Auftraggebern bei der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmers.²⁶¹ Demgemäß ermöglicht das Aufzeigen von früherem Fehlverhalten des Unternehmers dem Auftraggeber einzuschätzen, wie groß die Gefahr ist, dass sich dieses im gegenständlichen Auftrag wiederholt.²⁶²

Während eine einzige Bestrafung in der LSDB-Evidenz keine vergaberechtlichen Folgen hat, kommt es bei einer zweiten Bestrafung, die nicht älter als ein Jahr ist (ausschlaggebend ist der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft), und bei jeder weiteren Bestrafung, die nicht älter als zwei Jahre ist, zu einem Verlust der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit (sogenannte „Auftragssperre“).²⁶³ Eine Löschung der Bestrafungen aus der Evidenz erfolgt jeweils fünf Jahre nach Eintritt der Rechtskraft.²⁶⁴

Von der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit ist die gewerberechtliche Zuverlässigkeit zu unterscheiden. Ist ein österreichischer Unternehmer zB infolge Unterentlohnung gewerberechtlich unzuverlässig, so hat ihm die Gewerbebehörde die Gewerbeberechtigung zu

²⁵⁸ In den Erläuterungen zum BVergG 2018 wird eine schwere Verfehlung als Verhalten beschrieben, „*das beim Unternehmer auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere (...) schließen lässt.*“ ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 98.

²⁵⁹ Vgl § 78 Abs 1 Z 5 BVergG 2018.

²⁶⁰ Vgl § 82 Abs 3 BVergG 2018.

²⁶¹ Vgl § 83 Abs 1 BVergG 2018.

²⁶² Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 109.

²⁶³ Vgl § 35 Abs 5 LSD-BG, § 28b Abs 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG, StF BGBl Nr 218/1975) und Wiesinger, Keine Schwarzarbeit mit Steuergeld, Österreichische Bauzeitung, Bauinnung Spezial: Vergaberecht auf dem Prüfstand, Juni 2018, S 30–31 (S 31).

²⁶⁴ Vgl § 35 Abs 3 LSD-BG.

entziehen.²⁶⁵ Ohne vorliegende Befugnis zur Ausübung des Gewerbes ist die Eignung des Unternehmers im Vergabeverfahren nicht gegeben. In diesem Fall hat der öffentliche Auftraggeber das Angebot des Unternehmers gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 auszuschneiden. Hinzuweisen ist darauf, dass der öffentliche Auftraggeber über die Hintergründe der fehlenden Befugnis nicht Bescheid weiß; er stellt nur fest, dass der Unternehmer nicht befugt und damit nicht geeignet ist.²⁶⁶

Das Pendant zur Entziehung der Gewerbeberechtigung für ausländische Unternehmer ist die Untersagung der Dienstleistung.²⁶⁷ Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 81 Abs 2 BVergG 2018 dazu verpflichtet, beim Kompetenzzentrum LSDB die Auskunft einzuholen, ob grenzüberschreitend tätigen Bewerbern/Bietern und deren Subunternehmern, die für die Zuschlagserteilung in Frage kommen, eine rechtskräftige Entscheidung gemäß § 31 LSD-BG, welcher die Untersagung der Dienstleistung betrifft, zuzurechnen ist.

Die Erbringung von Dienstleistungen²⁶⁸ in Österreich wird einem Arbeitgeber bzw Überlasser für mindestens ein Jahr und maximal fünf Jahre untersagt, wenn dieser gemäß § 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 LSD-BG (betrifft Verstöße gegen Meldepflichten an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung (ZKO) bei Entsendung oder Überlassung nach Österreich) und § 27 Abs 2 und 3 LSD-BG (betrifft Vereitelungshandlungen bei der Lohnkontrolle) wiederholt rechtskräftig bestraft wurde.²⁶⁹ Ist die Erbringung von Dienstleistungen untersagt, so ist die Eignung wegen fehlender Befugnis nicht gegeben.²⁷⁰

Die vergangenheitsbezogene Zuverlässigkeitsprüfung ist jedoch für die Einschätzung, ob ein Unternehmer während einer Auftragsdurchführung Lohn- und Sozialdumping betreiben wird, nicht ausreichend, denn damit wird nicht auf den konkreten Auftrag eingegangen. Immerhin könnte der Unternehmer neu auf dem Markt sein und daher noch keine Eintragung in der LSDB-Evidenz haben.²⁷¹

Ein Bezug zum konkret ausgeschriebenen Projekt wird erst durch die Preisangemessenheitsprüfung hergestellt, die ein Auftraggeber gemäß § 137 Abs 1 BVergG 2018

²⁶⁵ Vgl § 87 Abs 1 Z 3 Gewerbeordnung (GewO, StF BGBl Nr 194/1994) und *Wiesinger*, Die Untersagung der Dienstleistung: Eine Klarstellung zur Auslegung des § 7k AVRAG (respektive § 31 LSD-BG), ZVB, Oktober 2016, S 384–387 (S 384f).

²⁶⁶ Anfragebeantwortung durch die WKO – Geschäftsstelle Bau am 14.04.2020.

²⁶⁷ Vgl *Wiesinger*, Die Untersagung der Dienstleistung: Eine Klarstellung zur Auslegung des § 7k AVRAG (respektive § 31 LSD-BG), ZVB, Oktober 2016, S 384–387 (S 387).

²⁶⁸ Das LSD-BG dient der Umsetzung der Durchsetzungs-RL (RL 2014/67/EU) zur Entsende-RL (RL 96/71/EG). Vgl ErlRV 1111 BlgNR XXV. GP, S 1. Diese RL haben eine andere Diktion als das Vergaberecht. Als Dienstleistung in den RL bzw im LSD-BG gilt generell die Erbringung von Arbeiten in Österreich. Sogar sind davon sowohl die Erbringung von Dienstleistungsaufträgen als auch Bauaufträgen im Sinne des BVergG umfasst.

²⁶⁹ Vgl § 31 Abs 1 LSD-BG.

²⁷⁰ Vgl *Wiesinger*, Die Untersagung der Dienstleistung: Eine Klarstellung zur Auslegung des § 7k AVRAG (respektive § 31 LSD-BG), ZVB, Oktober 2016, S 384–387 (S 387).

²⁷¹ Anfragebeantwortung durch die WKO – Geschäftsstelle Bau am 14.04.2020.

verpflichtend durchzuführen hat. Bei der Preisangemessenheitsprüfung (und einer vertieften Angebotsprüfung, welche bei einem im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis, zu hohen oder zu niedrigen Einheitspreisen in wesentlichen Positionen und bei Zweifel an der Preisangemessenheit durchzuführen ist²⁷²) handelt es sich neben der Zuverlässigkeitsprüfung um die zweite Möglichkeit, um abzuschätzen, ob ein unseriöser Bewerber/Bieter am Vergabeverfahren teilnimmt. Allerdings kann selbst bei vorliegender Preisangemessenheit nicht ausgeschlossen werden, dass während der Auftragsdurchführung Lohn- und Sozialdumping betrieben wird, da der Auftragnehmer theoretisch einen Subunternehmer zu Dumpingpreisen beauftragen und sich den Differenzbetrag einbehalten könnte.²⁷³

Da die Zuverlässigkeitsprüfung und die Prüfung der Preisangemessenheit Teil der Eignungsprüfung sind, finden sie unabhängig davon statt, ob es sich um eine Bestbieter- oder Billigstbietervergabe handelt. Im weiteren Verlauf der gegenständlichen Arbeit wird darauf eingegangen, ob sich durch das Bestbieterprinzip und entsprechende (personenbezogene) Zuschlagskriterien eine weitere Möglichkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens bietet, um die Gefahr der Vergabe an einen unseriösen Unternehmer einzudämmen und damit Lohn- und Sozialdumping in der Bauausführung zu reduzieren.

4.3 Wettbewerbs- und Preisdruck in der Bauwirtschaft

Da staatliche Gelder bei öffentlichen Aufträgen eingesetzt werden, gilt bei der Durchführung von Vergabeverfahren das Effizienzprinzip, dh ein an Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit orientierter Mitteleinsatz muss sichergestellt werden.²⁷⁴

Meist verfügen öffentliche Auftraggeber über eine starke Nachfrageposition auf dem Beschaffungsmarkt, da sie als Besteller die gewünschte Bauleistung bzw deren Eigenschaften vorgeben und dieser speziell nachgefragten Leistung mehrere Bieter gegenüberstehen. Da jedes Bauwerk ein Unikat darstellt, kann nicht auf Lager produziert werden. Unternehmer haben jedoch das Bestreben nach ausgelasteten Kapazitäten, weshalb kontinuierlich Nachfolgeaufträge akquiriert werden müssen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Angebote der Bieter in ihren Differenzierungsmöglichkeiten beschränkt sind. Als wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den einzelnen Angeboten verbleibt oftmals nur der Preis. Aus den angeführten Gründen kommt es zu einem vorrangig am Preis orientierten Wettbewerb.²⁷⁵

²⁷² Vgl § 137 Abs 2 BVergG 2018.

²⁷³ Anfragebeantwortung durch die WKÖ – Geschäftsstelle Bau am 14.04.2020.

²⁷⁴ Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht⁵, S 2ff. Vgl dazu § 20 Abs 1 BVergG 2018, ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 53, Art 51 Abs 8 und 126b Abs 5 B-VG.

²⁷⁵ Vgl BWI-Bau (Hrsg), *Ökonomie des Baumarktes – Grundlagen und Handlungsoptionen: Zwischen Leistungsversprecher und Produkthanbieter*, S 25f.

Der Preiswettbewerb wird durch Arbeitskräfte aus dem Ausland, für die geringere Sozialabgaben geleistet werden müssen, weiter verstärkt.²⁷⁶ Dh selbst wenn gesichert ist, dass nach Österreich entsendete Arbeitskräfte den gleichen Lohn erhalten wie Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass Arbeitgeber aus dem Ausland für die entsendeten Arbeitskräfte Lohnnebenkosten in gleicher Höhe zu tragen haben.²⁷⁷ Die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften des Entsendestaates gelten für einen Zeitraum von maximal 24 Monaten. Erst bei einer länger andauernden Entsendung kommt das österreichische Sozialversicherungsrecht zur Anwendung.²⁷⁸ Dies kann einen Wettbewerbsnachteil für jene Arbeitgeber bedeuten, die keine entsendeten Arbeitskräfte einsetzen.²⁷⁹

Bis dato waren insbesondere Personalkosten, die rund die Hälfte der Kosten eines jeden Bauvorhabens ausmachen, ein wettbewerbsentscheidender Kostenfaktor. Erklärt werden kann dies dadurch, dass Material- und Gerätekosten nur marginales Einsparungspotenzial bieten und sich Aufwands- und Verbrauchsansätze für bestimmte Leistungen von Unternehmen zu Unternehmen kaum unterscheiden.²⁸⁰ Neben der Tatsache, dass Bauleistungen sehr arbeitsintensiv sind, ist zu erwähnen, dass Bauprojekte nur an den dafür vorgesehenen Orten realisiert werden können. Eine Verlegung der arbeitsintensiven Leistungen in Länder mit niedrigeren Lohn- und Lohnnebenkosten ist in der Baubranche nicht möglich.²⁸¹

Der Preiskampf in der Baubranche ist mittlerweile so weit fortgeschritten, dass eine kostendeckende Realisierung von Projekten oftmals nicht mehr möglich ist. Die Gegebenheiten erzeugen Anreize, arbeitsrechtliche Vorschriften zu missachten und begünstigen illegale Beschäftigung. Häufig tritt Lohn- und Sozialdumping beim Einsatz von Subunternehmen auf, wenn der Preisdruck in der Kette der ausführenden Unternehmen weitergegeben wurde.²⁸²

²⁷⁶ Vgl Hofstadler/Loik/Peterseil/Pantelic/Katz, Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, Forschungsprojekt der Technischen Universität Graz, S 1.

²⁷⁷ Vgl Opperl, Mindestlohn und soziale Lohnaspekte im Vergaberecht: Teil 2, ZVB, April 2019, S 167–171 (S 168f).

²⁷⁸ Vgl Wiesinger, Elemente der Sozialbetrugsbekämpfung, in: Wiesinger (Hrsg), Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft: Auftraggeberhaftung, Lohn- und Sozialdumping, Ausländerbeschäftigung, S 1–16 (S 5).

²⁷⁹ Vgl Opperl, Mindestlohn und soziale Lohnaspekte im Vergaberecht: Teil 2, ZVB, April 2019, S 167–171 (S 169).

²⁸⁰ Vgl Kurbos, Bestbieter und Subunternehmer?, bauaktuell, Nr 05/2015, S 120.

²⁸¹ Vgl Wiesinger, Elemente der Sozialbetrugsbekämpfung, in: Wiesinger (Hrsg), Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft: Auftraggeberhaftung, Lohn- und Sozialdumping, Ausländerbeschäftigung, S 1–16 (S 3).

²⁸² Vgl Hofstadler/Loik/Peterseil/Pantelic/Katz, Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, Forschungsprojekt der Technischen Universität Graz, S 53ff.

Subunternehmen aus dem Ausland, die ihre Arbeitnehmer nach Österreich entsenden, stehen hinsichtlich Lohn- und Sozialdumping besonders in der Kritik.²⁸³

4.4 Hoffnungen und Erwartungen im Zusammenhang mit dem Bestbieterprinzip

Sowohl vor als auch nach Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2015/16 wurde kontrovers über die möglichen Auswirkungen des verpflichtenden Bestbieterprinzips bei öffentlichen Bauaufträgen auf den österreichischen Bauarbeitsmarkt und das Vergabewesen diskutiert.

Ursprünglich wurde mit der Abkehr vom Billigstbieterprinzip die Intention verfolgt, dem Aufbau eines hohen Preisdrucks bei Bauvergaben, der Weitergabe dieses Drucks auf Subunternehmen und in letzter Konsequenz dem Lohn- und Sozialdumping entgegenzuwirken. Der Weg sollte weg von einem reinen Preiswettbewerb gehen, Qualitätsaspekte durch die Heranziehung entsprechender Zuschlagskriterien hingegen stärker fokussiert werden.²⁸⁴ *Muchitsch* gab vor Inkrafttreten der Novelle an, dass „dem ruinösen Preiskampf, der auf dem Rücken der ArbeitnehmerInnen ausgetragen wurde, [durch das Bestbieterprinzip] ein Riegel vorgeschoben und die Vergabe an regionale Klein- und Mittelbetriebe gestärkt [wird]“.²⁸⁵ Die neue Regelung zum Bestbieterprinzip würde nicht nur zur Sicherung bestehender Arbeitsplätze beitragen, sondern genauso neue schaffen.²⁸⁶ *Haselsteiner* bezeichnete das Billigstbieterprinzip als „eine der Hauptursachen für Probleme in der Bauwirtschaft“. Es begünstige „die unerfreulichen Phänomene der Scheinfirmen und illegaler Beschäftigung bzw Lohn- und Sozialdumping“.²⁸⁷

Mit dem Bestbieterkriterien-Katalog „Faire Vergaben“ werde öffentlichen Auftraggebern, welche die Problematik des Lohn- und Sozialdumpings erkannt haben, ein Werkzeug in die Hand gegeben, um in ihren Ausschreibungen wirksame Zuschlagskriterien gegen unseriöse Praktiken festzulegen. Durch die im Katalog enthaltenen personenbezogenen Zuschlagskriterien werde auf qualitative Aspekte (betrifft zB die Kriterien fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals oder Beschäftigung von Facharbeitern) und soziale Belange (betrifft zB das Kriterium Beschäftigung von Lehrlingen) Bedacht genommen. Typischerweise würden Unternehmen, die Lohn- und

²⁸³ Vgl *Möchel*, Immer mehr Lohn-Tricksereien bei ausländischen Arbeitern am Bau, Online-Ausgabe Kurier vom 16.09.2018. Online abrufbar unter:

kurier.at/wirtschaft/immer-mehr-lohn-tricksereien-bei-auslaendischen-arbeitern-am-bau/400119902 (abgerufen am 23.03.2019).

²⁸⁴ Vgl ErlRV 776 BlgNR XXV. GP (ErlRV zur BVergG-Novelle 2015/16), S 6.

²⁸⁵ *Muchitsch* in APA-OTS, Bundesvergabegesetz: Novelle betrifft alle Branchen, bringt Bestbieterprinzip und Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping, Presseaussendung vom 09.07.2015. Online abrufbar unter: www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150709_OTS0121 (abgerufen am 21.11.2019).

²⁸⁶ Vgl APA-OTS, Bundesvergabegesetz: Novelle betrifft alle Branchen, bringt Bestbieterprinzip und Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping Presseaussendung vom 09.07.2015. Online abrufbar unter: www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150709_OTS0121 (abgerufen am 21.11.2019).

²⁸⁷ *Haselsteiner* in Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 59. Online abrufbar unter:

www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019).

Sozialdumping betreiben, nicht über (hoch)qualifiziertes Personal verfügen oder sich sozial engagieren. Redliche Unternehmen könnten den Wettbewerbsvorteil, den unseriöse Unternehmen durch Billigangebote haben, durch die Erfüllung solcher Zuschlagskriterien ausgleichen. Unseriöse Unternehmen kämen durch die schlechtere Bewertung bei den preisfremden Zuschlagskriterien also schwieriger zu einem Auftrag.²⁸⁸

Entgegen der Meinung der Befürworter des Bestbieterprinzips wurden jedoch Stimmen laut, dass die Festlegung mehrerer Zuschlagskriterien kein probates Mittel gegen Lohn- und Sozialdumping sei. Vielmehr würde das verpflichtende Bestbietersystem negative Konsequenzen nach sich ziehen, wie etwa einen deutlichen Mehraufwand bei der Erstellung der Angebote auf Bieterseite und einem höheren Bewertungsaufwand auf Seite der vergebenden Stelle. Gleichzeitig brächten zusätzliche Zuschlagskriterien bei standardisierten oder einfachen Leistungen keinen Mehrwert für das Projekt. Zudem sei eine steigende Anzahl an Anfechtungen von Vergabeentscheidungen vor Gericht aufgrund von Unschärfen bzw Intransparenz in der Bewertung der preisfremden Zuschlagskriterien zu erwarten.²⁸⁹

Vor Inkrafttreten der Novelle äußerte *Kropik* die Vermutung, dass manche Marktteilnehmer durch das Bestbietersystem von vornherein ausgeschlossen würden und es künftig vermehrt zu Vergaben an Generalunternehmer kommen würde. Ein durch das Bestbieterprinzip generierter höherer Angebotspreis führe keineswegs aus der Sackgasse eines ruinösen Wettbewerbs und sichere keine Arbeitsplätze.²⁹⁰

Manche Kritiker befürchteten durch die neue gesetzliche Regelung gar eine Verstärkung des Preisdrucks, da möglicherweise jene Bieter, die bei Qualitätskriterien nicht punkten könnten, ihren Angebotspreis noch weiter absenken müssten, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Im Falle eines Anstiegs der Angebotspreise durch das Bestbieterprinzip sei nicht zu erwarten, dass privatwirtschaftlich agierende Unternehmen höhere Margen an ihre Subunternehmen weitergeben würden. Sie würden bzw müssten vielmehr danach trachten, diese Margen selbst einzubehalten.²⁹¹

²⁸⁸ Anfragebeantwortung durch einen Vertreter der Sozialpartner-Initiative „Faire Vergaben“ am 11.09.2020.

²⁸⁹ Vgl *Schramm*, Bei Auftragsvergaben ist der Preis oft ausreichend, Online-Ausgabe der *Standard* vom 26.01.2015. Online abrufbar unter: www.derstandard.at/story/2000010849425/bei-auftragsvergaben-ist-der-preis-oft-ausreichend (abgerufen am 27.01.2019).

²⁹⁰ Vgl *Kropik*, Bestbieterkriterien – der Weg zu einer fairen Vergabe?, *Trockenbau-Journal*, Nr 01/2015, S 16.

²⁹¹ Vgl *Essletzbichler/Hwezda*, Bundesvergabegesetz Novelle: Mehr Aufwand und Preisdruck, Online-Ausgabe *Trend* vom 19.04.2017. Online abrufbar unter: www.trend.at/branchen/rechtsschutz/bundesvergabegesetz-zwei-ziele-loesung-8084935 (abgerufen am 27.01.2019).

4.5 Weitere Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping

Die Bestbieterregelung ist nicht die einzige gesetzliche Bestimmung, die seit Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2015/16 zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping durchgesetzt wurde. Als mögliche Einflussfaktoren auf die Entwicklung des Lohn- und Sozialdumpings im Bauwesen in Österreich dürfen daher die nachfolgenden Maßnahmen nicht unerwähnt bleiben:

- **Bekanntgabe der Subunternehmer im Angebot:** Mit Wirksamwerden der BVergG-Novelle wurden Bieter dazu verpflichtet, in ihren Angeboten alle Leistungsteile, die in Form von Subaufträgen weitergegeben werden sollen, sowie die zur Ausführung dieser Leistungsteile in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben.²⁹² Dies gilt sowohl für Subunternehmer, die für die Eignung zwingend erforderlich sind (sogenannte „erforderliche Subunternehmer“) als auch für Subunternehmer, auf deren Eignung der Bieter nicht unbedingt angewiesen ist („nicht erforderliche Subunternehmer“).²⁹³ Weiters kann der öffentliche Auftraggeber kritische Leistungsteile bestimmen, die der Bieter zwingend selbst erbringen muss.²⁹⁴ Nach Zuschlagserteilung ist dem Auftraggeber ein beabsichtigter Wechsel eines Subunternehmers oder die Hinzuziehung eines nicht im Angebot angeführten Subunternehmers jedenfalls bekannt zu geben.²⁹⁵

Diese gesetzliche Regelung soll für mehr Transparenz im Zuge der Auftragsausführung sorgen. Immerhin wussten Auftraggeber in der Vergangenheit oft nicht, welche Unternehmen tatsächlich zur Leistungserbringung eingesetzt und welche Auftragsteile in der „Kette“ weitergegeben wurden.²⁹⁶

- **Abfrage aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB:** Mit der BVergG-Novelle 2015/16 wurden öffentliche Auftraggeber erstmals dazu verpflichtet, über für die Zuschlagserteilung in Frage kommende Bewerber/Bieter und deren Subunternehmer Auskünfte über rechtskräftige Bestrafungen gemäß den §§ 28 und 29 Abs 1 LSD-BG (vor 01.01.2017 § 7i Abs 4 und 5 AVRAG) aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB einzuholen. Diese §§ betreffen die Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen und Unterentlohnung.²⁹⁷ Die eingeholten Informationen helfen

²⁹² Vgl § 83 Abs 2 BVergG-Novelle 2015/16 bzw § 98 Abs 2 BVergG 2018. Allerdings wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, die Bekanntgabepflicht der Bieter auf die wesentlichen Teile des Auftrages zu beschränken, sofern dafür sachliche Gründe bestehen. Vgl § 98 Abs 2 BVergG 2018 und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 128.

²⁹³ Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 127.

²⁹⁴ Vgl § 83 Abs 4 BVergG-Novelle 2015/16 bzw § 98 Abs 4 Z 1 BVergG 2018.

²⁹⁵ Vgl § 83 Abs 5 BVergG-Novelle 2015/16 bzw § 363 Abs 1 BVergG 2018.

²⁹⁶ Vgl ErlRV 776 BlgNR XXV. GP (ErlRV zur BVergG-Novelle 2015/16), S 8f.

²⁹⁷ Vgl § 72 Abs 1 BVergG-Novelle 2015/16 bzw § 82 Abs 3 BVergG 2018.

öffentlichen Auftraggebern bei der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmers.²⁹⁸

Ebenso müssen öffentliche Auftraggeber seit Inkrafttreten der Novelle die Auskunft einholen, ob grenzüberschreitend tätigen Bewerbern/Bietern und deren Subunternehmern, die für die Zuschlagserteilung in Frage kommen, die Erbringung von Dienstleistungen in Österreich untersagt ist. Wiederholte rechtskräftige Bestrafungen aufgrund von Verstößen gegen Meldepflichten an die ZKO bei Entsendung oder Überlassung nach Österreich (§ 26 Abs 1 Z 1 und Z 2 LSD-BG, vor 01.01.2017 § 7b Abs 8 Z 1 und 2 AVRAG) oder Vereitelungshandlungen bei der Lohnkontrolle (§ 27 Abs 2 und 3 LSD-BG, vor 01.01.2017 § 7i Abs 2 und 2a AVRAG) gelten als Untersagungsgründe.²⁹⁹ Ist einem Unternehmer die Erbringung von Dienstleistungen untersagt, so ist seine Eignung aufgrund der fehlenden Befugnis nicht gegeben.³⁰⁰

Über den Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) wurde eine Schnittstelle zum Kompetenzzentrums LSDB eingerichtet. Über die Online-Datenbank „Liste geeigneter Unternehmer“ kann der öffentliche Auftraggeber die verpflichtende Abfrage gemäß LSD-BG vornehmen sowie zahlreiche weitere Eignungsdaten von Unternehmen abrufen.³⁰¹

- **Auftraggeberhaftung für entsendete oder grenzüberschreitend überlassene Arbeitnehmer (Erweiterte Auftraggeberhaftung):** Um das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt von nach Österreich entsendeten oder grenzüberschreitend überlassenen Arbeitnehmern zu sichern, wurde mit dem LSD-BG (Gültigkeit ab 01.01.2017) die Auftraggeberhaftung für Bauarbeiten im Sinne des (iSd) § 3 Abs 6 LSD-BG eingeführt. Demnach haften Unternehmen, die Auftragnehmer einer beauftragten Bauleistung sind und diese an Subunternehmer aus dem Ausland weitergeben, als Bürge und Zahler³⁰² für Entgeltansprüche der entsendeten oder grenzüberschreitend überlassenen Arbeitnehmer dieses Subunternehmers.³⁰³ Sie haften allerdings nur für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern jener Subunternehmer, mit denen sie in einem

²⁹⁸ Vgl § 83 Abs 1 BVergG 2018.

²⁹⁹ Vgl § 71 Abs 2 BVergG-Novelle 2015/16 bzw § 81 Abs 2 BVergG 2018 und § 31 Abs 1 LSD-BG (vor 01.01.2017 § 7k Abs 1 AVRAG).

³⁰⁰ Vgl *Wiesinger*, Die Untersagung der Dienstleistung: Eine Klarstellung zur Auslegung des § 7k AVRAG (respektive § 31 LSD-BG), ZVB, Oktober 2016, S 384–387 (S 387).

³⁰¹ Vgl ANKÖ, Liste geeigneter Unternehmen: Österreichs Datenbank für Eignungsnachweise. Online abrufbar unter: www.ankoe.at/fileadmin/ANKOE_LgU-ListeGeeigneterUnternehmer-Broschuere.pdf (abgerufen am 18.12.2020).

³⁰² Ist jemand lediglich Bürge, so kann er nur belangt werden, wenn der Hauptschuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Die Haftung als Bürge und Zahler bedeutet, dass derjenige ungeteilter Mitschuldner für die gesamte Schuld ist, dh dem Gläubiger steht es frei, ob er die Zahlung vom Hauptschuldner, vom Bürgen oder von beiden zugleich verlangt. Vgl § 1355 und 1357 ABGB.

³⁰³ Vgl § 9 Abs 1 LSD-BG.

unmittelbaren Vertragsverhältnis stehen. Keine Haftung besteht also für Entgeltansprüche von Arbeitnehmern der Sub-Sub-Unternehmen.³⁰⁴

Der ursprüngliche Auftraggeber, also der öffentliche Auftraggeber bzw Bauherr, haftet nur im Falle, dass „er vor der Beauftragung von der Nichtzahlung des Entgelts wusste oder diese auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand“.³⁰⁵

- **Strengere Generalunternehmerhaftung bei öffentlichen Aufträgen:** War nach § 7c Abs 2 AVRAG vorgesehen, dass ein Generalunternehmer, der Leistungsteile unzulässigerweise an Subunternehmer weitergibt, nur als Bürge für Entgeltansprüche der Arbeitnehmer des Subunternehmers haftet, so haftet er nunmehr gemäß § 10 Abs 1 LSD-BG als Bürge und Zahler. Allerdings wurde mit der abgeänderten Bestimmung eine Beschränkung auf Generalunternehmer öffentlicher Aufträge vorgenommen.³⁰⁶
- **Erhöhung von Verwaltungsstrafen:** Durch das LSD-BG verdoppelte sich der Strafraum für Verstöße gegen Meldeverpflichtungen an die ZKO für nach Österreich entsendete und überlassene Arbeitskräfte. Drohten Arbeitgebern bzw Überlassern vor Inkrafttreten des Gesetzes Geldstrafen zwischen 500 und 5.000 € pro Arbeitnehmer (im Wiederholungsfall 1.000 bis 10.000 € pro Arbeitnehmer), so erhöhten sich diese mit dem LSD-BG auf 1.000 bis 10.000 € pro Arbeitnehmer (im Wiederholungsfall 2.000 bis 20.000 € pro Arbeitnehmer).³⁰⁷ Selbiges erhöhtes Strafmaß wurde für Arbeitgeber eingeführt, die Verstöße gegen die Verpflichtung zur Bereithaltung und Zugänglichmachung von Melde- und Sozialversicherungsunterlagen für nach Österreich entsendete Arbeitnehmer begangen haben.³⁰⁸

Anzumerken ist allerdings, dass mit 01.09.2021 die Regelung zur kumulativen Verhängung von Geldbußen für jeden betroffenen Arbeitnehmer abgeschafft wurde.³⁰⁹ Als richtungsweisend gilt hierbei das EuGH-Urteil in der Rs *Maksimovic*³¹⁰, in dem die verhängten Verwaltungsstrafen nach dem Kumulationsprinzip für nicht bereitgehaltene

³⁰⁴ Vgl *Rihs/Schweinhammer*, LSD-BG – ein Überblick aus vergaberechtlicher Perspektive: Auswirkungen der konsolidierten Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, ZVB, Februar 2017, S 54–63 (S 57).

³⁰⁵ § 9 Abs 1 LSD-BG.

³⁰⁶ Vgl § 7c Abs 2 AVRAG und § 10 Abs 1 LSD-BG.

³⁰⁷ Vgl § 7b Abs 8 AVRAG (vor 01.01.2017), § 22 Abs 1 Z 2 AÜG (vor 01.01.2017) und § 26 Abs 1 LSD-BG (von 01.01.2017 bis 31.08.2021).

³⁰⁸ Vgl § 26 Abs 1 LSD-BG (von 01.01.2017 bis 31.08.2021).

³⁰⁹ Vgl Wirtschaftskammer Salzburg (WKS), Strafen-Kumulation wird ab 1. September abgeschafft, WKS-News vom 23.06.2021. Online abrufbar unter: news.wko.at/news/salzburg/strafen-kumulation.html (abgerufen am 10.09.2021).

³¹⁰ EuGH 12.09.2019, verbundene Rs C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18 (*Maksimovic*).

Lohnunterlagen für unverhältnismäßig erachtet wurden.³¹¹ Nunmehr wurde die Geldstrafe für die zuvor angeführten Vergehen – unabhängig von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer – auf 20.000 € begrenzt.³¹²

- **Verbesserung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit:** Mit dem Inkrafttreten des LSD-BG wurde für die Kontrolle der Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften die Verwendung des Binnenmarkt-Informationssystems (Internal Market Information System – IMI) vorgeschrieben. Hierbei handelt es sich um ein Online-Tool zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zwischen Behörden der EU-Mitgliedstaaten und EWR-Staaten.³¹³ Das IMI ermöglicht unter anderem die Einholung von Auskünften über Entsendungen, wie zB über das entsendende Unternehmen, dessen Arbeitskräfte oder die Arbeitsbedingungen, und verhilft zur Durchsetzung von Verwaltungssanktionen bzw Geldbußen.³¹⁴

4.6 Kontrolltätigkeit und statistische Daten

In Österreich führen die Österreichische Gesundheitskasse (ÖGK), die Finanzpolizei (FinPol) in Zusammenarbeit mit dem Kompetenzzentrum LSDB und die BUAK Überprüfungen hinsichtlich Lohn- und Sozialdumping durch. Die ÖGK ist für die Kontrolle von Arbeitnehmern zuständig, die dem ASVG unterliegen. Die FinPol in Zusammenarbeit mit dem Kompetenzzentrum LSDB ist hingegen für Arbeitnehmer zuständig, die nicht nach dem ASVG in Österreich versichert sind (nach Österreich entsendete und überlassene Arbeitnehmer). Die BUAK ist das einzige Kontrollorgan, deren Überprüfungen sich ausschließlich auf den Baubereich beschränken.³¹⁵ Die BUAK ist für die Kontrolle aller BUAK-pflichtigen Arbeitnehmer zuständig. Hiervon umfasst sind demnach sowohl Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich als auch nach Österreich entsendete oder überlassene Arbeitskräfte, sofern sie dem BUAG unterliegen.³¹⁶

Sämtliche Anzeigen wegen Unterentlohnung und Verweigerung der Einsichtnahme in Unterlagen sowie die erlassenen rechtskräftigen Bescheide wegen Unterentlohnung, Verweigerung der Einsichtnahme in Unterlagen, Vereitelung der Kontrolle und Nichtbereithaltung von Unterlagen

³¹¹ Vgl. *Rihs*, Das EuGH-Urteil Maksimovic: Dienstleistungsfreiheit und GRC versus VStG, bauaktuell, Nr 01/2020, S 12–18 (S 17f).

³¹² Vgl. § 26 Abs 1 LSD-BG.

³¹³ Vgl. § 17 Abs 1 und 3 LSD-BG.

³¹⁴ Vgl. Europäische Kommission - Binnenmarkt-Informationssystem, In IMI verwendete Fragenkomplexe, Formulare und Listen. Online abrufbar unter:

ec.europa.eu/internal_market/imi-net/library/question_sets_forms/index_de.htm

(abgerufen am 28.12.2019)

³¹⁵ Vgl. WKO, Lohn- und Sozialdumping: Begriff und Überprüfung. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Lohn_und_Sozialdumping_Begriff_und_Ueberpruefung.html (abgerufen am 20.12.2020).

³¹⁶ Vgl. BUAK, Lohn- und Sozialdumping. Online abrufbar unter:

www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_3.3/fuer-arbeitnehmerinnen/lohn-und-br-sozialdumping (abgerufen am 20.12.2020).

werden im Kompetenzzentrum LSDB zentral verwaltet. Daher kontaktierte die Autorin der gegenständlichen Arbeit das Kompetenzzentrum LSDB zwecks Übermittlung statistischer Daten. Mithilfe dieser sollte eruiert werden, ob es nach Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2015/16 zu einer Reduktion der Fälle von Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen kam.

Die in freundlicher Unterstützung vom Kompetenzzentrum LSDB erstellte und in weiterer Folge vom Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend an die Autorin übermittelte Datensammlung „Zusammenfassung der LSDB-Statistik“ hilft allerdings aus mehreren Gründen nicht für die Beantwortung der obigen Frage.

Die „Zusammenfassung der LSDB-Statistik“ steht nur kumuliert ab 01.05.2011 zur Verfügung – eine Aufteilung der Daten nach Kalenderjahr oder gar nach Monaten durch das Kompetenzzentrum LSDB wird nicht vorgenommen. Weiters enthält die Statistik keine Information über die Anzahl der durchgeführten Kontrollen durch die jeweiligen Kontrollorgane. Dies wäre allerdings für die Fragebeantwortung von Bedeutung, da angenommen werden kann, dass durch eine größere Anzahl an Kontrollen mehr Vergehen aufgedeckt werden. Zudem wird bei den Anzeigen und den erlassenen rechtskräftigen Bescheiden nicht zwischen öffentlichen und privaten Aufträgen unterschieden.³¹⁷

In einem zur übermittelten Statistik nachträglich geführten Telefonat mit dem Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend wurde der Autorin mitgeteilt, dass Lohn- und Sozialdumping in den vergangenen Jahren überwiegend nicht bei öffentlichen, sondern bei privaten Bauaufträgen vorgekommen sei. Allerdings – und dies scheint angesichts des Ziels, dem Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen durch das Bestbieterprinzip entgegenzuwirken, relevant – sei Lohn- und Sozialdumping auch in den Jahren vor Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2015/16 nicht in erster Linie bei öffentlichen Aufträgen praktiziert worden.³¹⁸

Die Beantwortung einer an die FinPol gestellten Anfrage nach ihren statistischen Daten zum Lohn- und Sozialdumping ergab, dass auch sie bei auftretenden Verstößen keine Aufzeichnung darüber führen, ob es sich um öffentliche oder private Aufträge handelt.³¹⁹

Um doch noch zu aussagekräftigem Datenmaterial zum Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen zu kommen, wurde in letzter Konsequenz die BUAK um Unterstützung gebeten. Die BUAK meldete sich mit einer Statistik zurück, in der Anzeigen wegen Unterentlohnung von Mai 2011 bis Ende 2014 kumuliert und ab dem Jahr 2015 jährlich ausgewiesen sind. Im Gegensatz zu

³¹⁷ Vgl. Kompetenzzentrum LSDB, Zusammenfassung der LSDB-Statistik (kumulierter Datenbestand 01.05.2011 bis 31.10.2020). Übermittelt vom Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend, E-Mail vom 17.12.2020.

³¹⁸ Vgl. Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend, Telefonat vom 17.12.2020.

³¹⁹ Vgl. FinPol, E-Mail vom 30.11.2020.

den zuvor erwähnten Kontrollorganen trennt die BUAK sehr wohl, allerdings erst seit dem Jahr 2015, zwischen öffentlichen und privaten Aufträgen (siehe Abbildung 4.1).³²⁰

Dadurch, dass die Anzeigen wegen Unterentlohnung von Mai 2011 bis Ende 2014 in der BUAK-Statistik lediglich zusammengefasst aufscheinen, wird in der gegenständlichen Arbeit eine Gegenüberstellung der Anzeigen für zwei Zeiträume – in etwa die fünf Jahre vor Inkrafttreten der BVergG-Novelle (Vergleichszeitraum 1) und in etwa die fünf Jahre nach Inkrafttreten der Novelle (Vergleichszeitraum 2) – vorgenommen. Eine detaillierte Aufschlüsselung der erwähnten Zeiträume ist Abbildung 4.1 zu entnehmen.

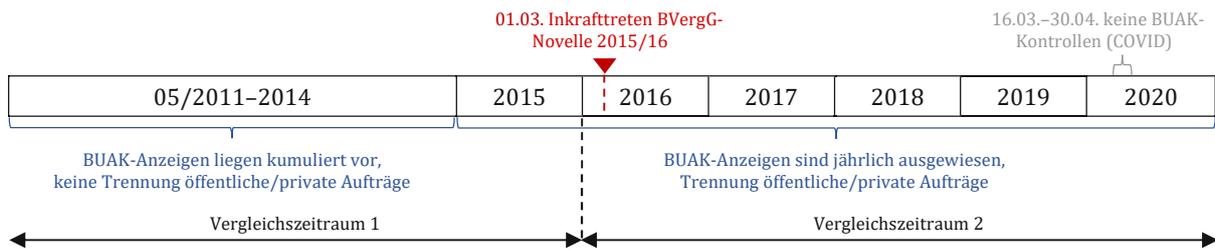


Abbildung 4.1: Informationen zur BUAK-Statistik mit Darstellung der Vergleichszeiträume³²¹

Die nachstehende Tabelle 4.1 zeigt, dass im Vergleichszeitraum 2 wesentlich mehr Unternehmen von der BUAK kontrolliert wurden als im Vergleichszeitraum 1 (64.654 zu 35.109 kontrollierte Unternehmen, +84,2%). Im Zeitraum 1 wurden 1,3% der kontrollierten BUAK-pflichtigen Unternehmen wegen Unterentlohnung angezeigt. 1,6% der 131.157 kontrollierten Arbeitnehmer waren von einer Anzeige wegen Unterentlohnung betroffen. Im Zeitraum 2 erhielten 2,0% der überprüften Unternehmen eine Anzeige wegen Unterentlohnung. Davon betroffen waren 2,0% der 233.404 kontrollierten Arbeitnehmer. Dies bedeutet einen minimalen Anstieg gegenüber dem Zeitraum 1.

Tabelle 4.1: Anzeigen wegen Unterentlohnung nach Zeiträumen, BUAK-pflichtige Unternehmen/Arbeitnehmer³²²

Vergleichszeitraum	kontrollierte Unternehmen	davon wegen Unterentlohnung angezeigte Unternehmen, öffentl. und private Aufträge	kontrollierte Arbeitnehmer	davon in Anzeigen erfasste unterentlohnte Arbeitnehmer, öffentl. und private Aufträge
Vergleichszeitraum 1: 05/2011-2015	35.109	455 (= 1,3%)	131.157	2.090 (= 1,6%)
Vergleichszeitraum 2: 2016-2020	64.654	1.293 (= 2,0%)	233.404	4.654 (= 2,0%)

³²⁰ Vgl BUAK, BUAK - Statistiken LSDBG. Übermittelt von der BUAK, E-Mail vom 22.02.2021.

³²¹ Eigene Darstellung.

³²² Eigene Darstellung; statistische Daten, die der Berechnung der in der Tabelle angegebenen Werte dienen, wurden der Datensammlung „BUAK - Statistiken LSDBG“ entnommen. Übermittelt von der BUAK, E-Mail vom 22.02.2021.

In Tabelle 4.2 sind die Anzeigen wegen Unterentlohnung für jene Jahre ersichtlich, in denen seitens der BUAk eine Einteilung in öffentliche und private Aufträge vorgenommen wurde. Entfielen im Jahr 2015 von den 101 wegen Unterentlohnung angezeigten bauausführenden Unternehmen 12,9% auf öffentliche Aufträge, so stieg dieser Anteil im Jahr des Inkrafttretens der Novelle auf 23,1%. Selbst 2017 waren mit 19,8% anteilmäßig noch deutlich mehr der angezeigten Unternehmen an öffentlichen Aufträgen beteiligt als vor der Novelle. Einen merklichen Rückgang auf 8,3% gab es erst 2018. Der bei weitem geringste Anteil wurde 2019 mit 0,6% verzeichnet.

Tabelle 4.2: Anzeigen wegen Unterentlohnung unterteilt nach öffentlichen und privaten Bauaufträgen, BUAk-pflichtige Unternehmen/Arbeitnehmer³²³

Jahr	wegen Unterentlohnung angezeigte Unternehmen, öffentl. und private Aufträge	davon bei öffentl. Aufträgen angetroffen	in Anzeigen erfasste unterentlohnte Arbeitnehmer, öffentl. und private Aufträge	davon bei öffentl. Aufträgen angetroffen
2015	101	13 (= 12,9%)	321	43 (= 13,4%)
2016	121	28 (= 23,1%)	398	97 (= 24,4%)
2017	237	47 (= 19,8%)	958	177 (= 18,5%)
2018	265	22 (= 8,3%)	909	87 (= 9,6%)
2019	318	2 (= 0,6%)	1.043	8 (= 0,6%)
2020	352	19 (= 5,4%)	1.046	76 (= 6,6%)

Ob es nach Inkrafttreten der BVergG-Novelle zu einem Rückgang der Verstöße in Bezug auf Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen kam, lässt sich anhand der verfügbaren Daten nicht eindeutig feststellen. Die Unterentlohnung stellt nämlich nur einen der mit Lohn- und Sozialdumping zusammenhängenden Verstöße dar. Zahlen zu anderen Vergehen, wie zB der Verweigerung der Einsichtnahme in Unterlagen oder der Vereitelung der BUAk-Kontrolle, werden an dieser Stelle nicht angeführt, weil die BUAk bei diesen keine Trennung zwischen öffentlichen und privaten Aufträgen vornimmt. Weiters liegen von den anderen Kontrollorganen keine die Fragestellung klärenden statistischen Daten vor.

Die in den Interviews getätigten Expertenaussagen lassen über das Auftreten von Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen in den vergangenen Jahren zumindest gewisse Schlussfolgerungen zu (siehe Unterkapitel 8.2.1.1, 8.2.2.1 und 8.2.3.1).

³²³ Eigene Darstellung; statistische Daten wurden der Datensammlung „BUAK - Statistiken LSDBG“ entnommen. Übermittelt von der BUAk, E-Mail vom 22.02.2021.

5 Berücksichtigung sozialpolitischer Belange

Die öffentliche Auftragsvergabe dient primär dem Zweck, Leistungen für den Bedarf der Allgemeinheit zu beschaffen. Allerdings können mit öffentlichen Beschaffungen noch weitere Ziele verfolgt werden.³²⁴ Hierzu zählen etwa sozialpolitische Ziele.

Um ein Verständnis dafür zu generieren, wie die Berücksichtigung sozialer Aspekte bzw. personenbezogener sozialer Vergabekriterien im Vergabeverfahren ihren Weg ins BVergG fanden, wird in diesem Kapitel die historische Entwicklung thematisch relevanter Passagen des BVergG dargestellt (Unterkapitel 5.2). Zuvor wird auf wichtige begriffliche Grundlagen eingegangen (Unterkapitel 5.1). Statistische Daten zur Arbeitsmarktlage in der Baubranche schließen das Kapitel ab (Unterkapitel 5.3).

5.1 Begriffliche Grundlagen

In der Literatur wird im Zusammenhang mit der Berücksichtigung sozialpolitischer Belange im Vergabeverfahren häufig von der Verfolgung „vergabefremder Aspekte“ und bei der Wahl der Zuschlagskriterien von sogenannten „vergabefremden Kriterien“ gesprochen.³²⁵ „*Vergabefremd sind (...) Kriterien, die nicht für den konkret zu vergebenden Auftragsgegenstand maßgeblich sind, ihn also nicht kennzeichnen und in seinem Wert bestimmen.*“³²⁶ Sie dienen nicht oder nicht ausschließlich dem primären Beschaffungszweck, dh jenem Zweck, aufgrund dessen die zu erbringende Leistung ausgeschrieben wird.³²⁷

Benedict misst dem Begriff „vergabefremd“ eine negative Wertung bei (im Sinne von sachlich „fremd“, dh unsachgemäß) und schlägt vor, von der Verfolgung von Sekundärzwecken zu sprechen. Dies ermögliche nicht nur eine sachliche Debatte über deren Legitimität und Legalität, sondern sei auch hinsichtlich des begrifflichen Gegenübers „Primärzweck“ treffender.³²⁸ *Dillinger/Oppel* bevorzugen die Verwendung des Ausdrucks „horizontale Vergabeziele“ gegenüber „sekundäre Vergabeziele“, da der Begriff „sekundär“ eine nachgeordnete Wichtigkeit dieser Ziele andeute.³²⁹

³²⁴ Vgl. *Pietzcker*, § 122 Vergabe und Beschaffungswesen, in: *Püttner*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 6 – Kommunale Finanzen², S 542–553 (S 550).

³²⁵ Siehe zB *Hahnl*, BVergG – Bundesvergabegesetz 2002, S 377f.

³²⁶ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht, S 892, Rz 2955.

³²⁷ Vgl. *Hackl/Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 80 Rz 81.

³²⁸ Vgl. *Benedict*, „Vergabefremde Vergabekriterien“ im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in: *Rill/Griller* (Hrsg), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, S 207–236 (S 217) und *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren: Öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch vergabefremde Aspekte, S 22.

³²⁹ Vgl. *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018, S 30, Rz 3.2.

5.2 Entwicklung personenbezogener sozialer Vergabekriterien

In der RL 71/305/EWG bzw der RL 89/440/EWG (Änderung), die innerstaatlich im BVergG 1993 umgesetzt wurde, und RL 93/37/EWG, die im BVergG 1997 umgesetzt wurde, findet sich keine explizite Regelung zur Bedachtnahme auf soziale Aspekte bzw soziale Vergabekriterien in Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge. Dieser Umstand wird im Grünbuch der Europäischen Kommission des Jahres 1996 thematisiert: Eine Berücksichtigung sei bis dato nur indirekt durch die Möglichkeit des Ausschlusses von Bewerbern/Bietern gegeben, die eine schwere Verfehlung im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit begangen haben oder rechtskräftig aus Gründen verurteilt wurden, die ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen.³³⁰ Gemeinschaftsrechtliche Regelwerke über öffentliche Aufträge hätten jedoch das Potenzial, zu einer besseren Verwirklichung sozialpolitischer Ziele beizutragen. Entsprechende Möglichkeiten, um soziale Aspekte bei der Anwendung der RL verstärkt zu berücksichtigen, müsse die Kommission noch prüfen.³³¹

In einer Mitteilung der Europäischen Kommission des Jahres 1998 wird die Thematik um die Berücksichtigung sozialer Anliegen im öffentlichen Auftragswesen erneut aufgegriffen: Eine optimale Nutzung öffentlicher Gelder schließe die Bedachtnahme auf soziale Belange in Vergabeverfahren nicht aus. Die Kommission beabsichtige, eine auslegende Mitteilung für diese Angelegenheit zu beschließen.³³²

Tatsächlich erschien im Jahr 2001 eine Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen³³³. Nachdem in dieser Mitteilung zunächst einige Ziele der EU, wie zB die Erhöhung des Beschäftigungsniveaus und die Verbesserung der sozialen Absicherung sowie der Lebens- und Arbeitsbedingungen, dargelegt werden,³³⁴ erfolgt eine – bislang in den Mitteilungen der Europäischen Kommission vermisste – Klarstellung des Ausdrucks „soziale Belange“:

Der Ausdruck „soziale Belange“ (...) hat einen großen Bedeutungsradius und deckt sehr unterschiedliche Bereiche ab. Er kann sowohl Maßnahmen bezeichnen, die die Einhaltung der Grundrechte, der Grundsätze der Gleichbehandlung und der

³³⁰ Vgl KOM (96) 583 endgültig (endg) vom 27.11.1996, Grünbuch – Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, S 54, Rz 5.41.

³³¹ Vgl ebd, S 1c und S 41.

³³² Vgl KOM (98) 143 vom 11.03.1998, Mitteilung der Kommission über das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S 12 und S 29.

³³³ KOM (2001) 566 endg vom 15.10.2001, Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

³³⁴ Vgl ebd, S 4f und KOM (2001) 416 endg vom 18.07.2001, Mitteilung der Kommission über die Förderung der grundlegenden Arbeitsnormen und sozialere Ausrichtung der Politik im Kontext der Globalisierung, S 12.

*Nichtdiskriminierung (beispielsweise zwischen Mann und Frau) garantieren, als auch einzelstaatliche sozialrechtliche Vorschriften sowie die Umsetzung der einschlägigen Richtlinien der Gemeinschaft. Unter „soziale Belange“ einzuordnen sind aber auch Präferenzklauseln (beispielsweise zur Wiedereingliederung von benachteiligten oder vom Arbeitsmarkt ausgeschlossenen Personen und positive Diskriminierung, insbesondere im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder der sozialen Ausgrenzung).*³³⁵

In KOM (2001) 566 endg wird erläutert, inwieweit soziale Gesichtspunkte im Vergabeverfahren durch entsprechende Eignungs- und Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können. Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit, die zu den Eignungskriterien zählen (siehe auch Unterkapitel 2.3), ließen dies nur sehr beschränkt zu und zwar lediglich hinsichtlich Nachweisen der technischen Leistungsfähigkeit. Für den Fall, dass der Auftrag besondere „soziale“ Fachkenntnisse erfordere, könne entsprechende Erfahrung vom Personal des Unternehmens als Eignungskriterium zulässig sein.³³⁶

Ein Beispiel für ein unzulässiges Eignungskriterium zeigt der in der Literatur häufig herangezogene Beentjes-Fall (Gebroeders Beentjes BV gegen Niederländischer Staat). Im Urteil wurde festgestellt, dass die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen als Eignungskriterium unzulässig sei, da diese Bedingung nichts mit der Prüfung der fachlichen Eignung eines Unternehmens in Hinblick auf dessen wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit zu tun habe.³³⁷

Bei der Vergabe an den Bestbieter nennt RL 93/37/EWG eine Reihe von möglichen Zuschlagskriterien, unter anderem den Preis, die Ausführungsfrist und die Rentabilität.³³⁸ Gemäß KOM (2001) 566 endg werde die Verfolgung sozialer Zielsetzungen in Form von entsprechenden Zuschlagskriterien zwar nicht in der RL erwähnt, jedoch spreche auch nichts gegen deren Verwendung, solange dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung entsprochen wird, die Kriterien dazu beitragen, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln und ein Bezug der Kriterien zum Auftragsgegenstand gegeben ist. Unzulässige Zuschlagskriterien seien demnach zB Kriterien wie die Beschäftigung bestimmter Personengruppen im Unternehmen sowie die Einrichtung eines Programms zur Förderung der Chancengleichheit.³³⁹

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergabeverfahren findet weder im BVergG 1993 noch in der Erstfassung des BVergG 1997 Erwähnung. Erstmals wird innerstaatlich mit einer Novelle zum BVergG 1997 – durch das BGBl I Nr 27/1998 – unter den Grundsätzen des Vergabeverfahrens

³³⁵ KOM (2001) 566 endg, S 5f.

³³⁶ Vgl ebd, S 10ff.

³³⁷ Vgl EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87 (Beentjes), Rz 28.

³³⁸ Vgl Art 30 Abs 1 lit b RL 93/37/EWG.

³³⁹ Vgl KOM (2001) 566 endg, S 14f.

in § 16 Abs 7 die Regelung getroffen, dass „im Vergabeverfahren (...) auf die Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis Bedacht zu nehmen“ ist.

Hintergrund für diese Bestimmung war ein Mangel an Lehrstellen, dessen Behebung als ein nationales Anliegen galt. Im Detail sei bei der Erfüllung des Leistungsvertrages, dh bei der Durchführung des Auftrages, eine angemessene Anzahl an unter 19-jährigen Personen zu Ausbildungszwecken zu beschäftigen. Dies könne bei der Vergabe von Aufträgen in die Verdingungsbedingungen aufgenommen werden. Die angemessene Anzahl an Jugendlichen richte sich nach der Art und dem Umfang des Unternehmens sowie der Art der zu erbringenden Leistung.³⁴⁰

Heid sieht dies kritisch, da der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck durch diese Regelung nur bedingt erreicht werde. Damit das Angebot eines Bieters den Ausschreibungsbestimmungen entspreche und nicht ausgeschieden werde, sei eine Verpflichtungserklärung zur zukünftigen Beschäftigung von Jugendlichen im Angebot erforderlich.³⁴¹ Er führt weiter aus, dass

*ein Bieter (...) sich allerdings bei der Abgabe einer derartigen Beschäftigungserklärung in aller Regel nicht sehr schwer tun [wird], da die nachfolgende Verletzung der Beschäftigungspflicht allenfalls mit vertraglichen Sanktionen verfolgt werden könnte, nicht aber durch die Beseitigung des Zuschlags. Die Leistungserbringung würde auch weiterhin dem Unternehmen vorbehalten bleiben, das keine Lehrlinge beschäftigt.*³⁴²

In § 21 Abs 7 BVergG 2002 wird die Regelung zur Berücksichtigung sozialpolitischer Aspekte auch auf andere Personengruppen ausgeweitet: Nunmehr kann im Vergabeverfahren „auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von behinderten und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden“. Möglichkeiten zur Berücksichtigung bieten sich dem Auftraggeber unter anderem „bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag“.³⁴³ Dieser § stellt einen Versuch dar, über das Vergabewesen die Beschäftigungslage bestimmter Personengruppen zu verbessern.³⁴⁴ Hinzuweisen ist an dieser Stelle jedoch auf die Formulierung des § als Kann-Bestimmung; dh die Entscheidung, ob tatsächlich eine Berücksichtigung sozialer Aspekte stattfindet, liegt beim Auftraggeber.

³⁴⁰ Vgl IA 641/A XX. GP, S 3f und AB 977 BlgNR XX. GP, S 1f.

³⁴¹ Vgl *Heid*, Vergabefremde Kriterien im Bundesvergabegesetz, Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl), Mai 1998, S 194–197 (S 195).

³⁴² Ebd.

³⁴³ § 21 Abs 7 BVergG 2002.

³⁴⁴ Vgl *Handler*, Öffentliches Auftragswesen und Wettbewerb im gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang, in: *Sachs (Hrsg)*, Schwerpunkte zum BVergG 2006: Ökonomische und rechtliche Aspekte, S 27–58 (S 50).

In den Erläuterungen zum BVergG 2002 wird unter Verweis auf KOM (2001) 566 endg auf die vielfältigen Möglichkeiten für Auftraggeber hingewiesen, in den Vertragsklausen³⁴⁵ zur Auftragsausführung soziale Belange zu berücksichtigen. Schließlich sei die Ausführungsphase in den geltenden gemeinschaftsrechtlichen RL nicht geregelt. Zu den beispielhaft angeführten Möglichkeiten bei der Auftragsausführung zählt die Anstellung von Langzeitarbeitslosen oder einer größeren Anzahl von Menschen mit Behinderung sowie die Durchführung von Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Mann und Frau oder der ethnischen und rassistischen Vielfalt.³⁴⁶

Nach *Gölles* erfordere die Berücksichtigung sozialpolitischer Aspekte im Vergabeverfahren die Erfüllung anderer Grundvoraussetzungen: So müssten zB die Beachtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, das Transparenzgebot sowie arbeits- und sozialrechtliche Nachweise der beruflichen Zuverlässigkeit einer Verfolgung sozialpolitischer Ziele vorausgehen.³⁴⁷

Mayr weist in seinem 2002 erschienenen Werk zu Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht darauf hin, dass der Auftraggeber im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung nicht die positive Erfüllung sozialer Kriterien bei der Auftragsdurchführung verlangen könne. Allerdings bestehe sehr wohl die Möglichkeit, in der Vergangenheit des Unternehmers liegende schwere Verfehlungen gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts zur Bewertung des Unternehmers heranzuziehen. Immerhin seien solche Verstöße dazu geeignet, Zweifel an der Seriosität des Bewerbers/Bieters aufkommen zu lassen. Bei der Suche nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot seien rein volkswirtschaftliche bzw sozialpolitische Aspekte als Zuschlagskriterien ausgeschlossen, da der Bezug zum Leistungsgegenstand fehle und infolgedessen der Wert der Leistung selbst durch solche Kriterien nicht bestimmt werde. Ein möglicher volkswirtschaftlicher Nutzen oder Vorteil sei zudem nur schwer messbar.³⁴⁸

Mayr geht noch auf die zuvor bereits erwähnte Möglichkeit des § 80 Abs 1 Z 14 BVergG 2002 ein, in den Leistungsvertrag Bedingungen sozialen Inhaltes aufzunehmen. Im Speziellen befasst er sich mit den Themen Frauen- und Ausbildungsförderung. Er hält die Berücksichtigung frauenpolitischer Belange prinzipiell für ein verfolgenswertes Gemeinschaftsziel und weist auf die durch den Vertrag von Amsterdam in den EGV aufgenommene Regelung zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen hin.³⁴⁹ Er sieht die Berücksichtigung frauenpolitischer Belange als Ausführungsbedingung dennoch kritisch, wie er erklärt:

³⁴⁵ Zur Festlegung von Vertragsbedingungen sozialen Inhalts siehe auch § 80 Abs 1 Z 14 BVergG 2002.

³⁴⁶ Vgl ErlRV 1087 BlgNR XXI. GP (ErlRV zum BVergG 2002), S 37ff und KOM (2001) 566 endg, S 18f.

³⁴⁷ Vgl *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2002: Kommentar, § 21 Rz 87ff.

³⁴⁸ Vgl *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 205f und S 222f.

³⁴⁹ Vgl ebd, S 282ff und Art 2 und 3 BGBl III Nr 83/1999.

[Die] Vorgabe in einer Ausschreibung, die allen Unternehmen auferlegt, im Rahmen der Auftragsdurchführung in ihrem Betrieb eine bestimmte Anzahl an [Frauen] zu beschäftigen, [stellt] zweifellos eine potentielle Handelsbeeinträchtigung dar. Eine derartige Verpflichtung würde manchen Unternehmern entweder die Teilnahme am Vergabeverfahren überhaupt verwehren, oder sie müssten ihre Belegschaft zu einem bestimmten Prozentsatz austauschen bzw neues Personal aufnehmen. Selbst wenn eine derartige Bestimmung einem anerkannten Gemeinschaftsziel dient, ist die damit bewirkte Beschränkung in Relation zum damit Erreichten wohl kaum verhältnismäßig.³⁵⁰

Eine solche Regelung sei auch deshalb skeptisch zu betrachten, da es Branchen oder Regionen geben könne, in denen weibliche Beschäftigte rar seien.³⁵¹ Eine ähnliche Problematik kann wohl mit der vertraglichen Verpflichtung, jugendliche Auszubildende zu beschäftigen, verbunden sein.

Mehr als zehn Jahre nach Erscheinen der letzten gemeinschaftsrechtlichen RL zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge wird im Jahr 2004 die RL 2004/18/EG veröffentlicht, die nunmehr auch Vergabeverfahren für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge regelt. Im Gegensatz zur RL 93/37/EWG finden sich an einigen Stellen der RL 2004/18/EG Klauseln zur Bedachtnahme auf soziale Aspekte³⁵² im Vergabeverfahren, so zB in ErwGr 33: Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können demnach „insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet“. Als mögliche Ausführungsbedingungen werden unter anderem die Einstellung Langzeitarbeitsloser, die Durchführung von Ausbildungsmaßnahmen für Jugendliche und die Einstellung eines Kontingents von behinderten Personen, das über dem national vorgeschriebenen Kontingent liegt, genannt.³⁵³

In ErwGr 46 ist angeführt, dass Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der einlangenden Angebote ermöglichen sollten, um die Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten. Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann ein öffentlicher Auftraggeber Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die den Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen. Unter den beispielhaft in Art 53 Abs 1 lit a angeführten Zuschlagskriterien für die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes bleiben entsprechende soziale Kriterien allerdings unerwähnt.

³⁵⁰ Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht – Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, S 284f.

³⁵¹ Vgl ebd, S 285.

³⁵² Gemäß der RL fallen diese unter die „Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit“. ErwGr 1 und 46 RL 2004/18/EG.

³⁵³ Vgl ErwGr 33 RL 2004/18/EG.

Rittner vertritt zur Implementierung sozialer Belange in Form von Zuschlagskriterien eine kritische Ansicht. Er befürchtet, dass dem Transparenzgebot im Vergabeverfahren nicht entsprochen werde. Die Berücksichtigung derartiger vergabefremder Aspekte weite den Bewertungsspielraum des Auftraggebers aus und gefährde den Weg zu einer klaren, objektiv korrekten Vergabeentscheidung, da sich soziale Belange nicht quantifizieren ließen.³⁵⁴ Die Quantifizierbarkeit sei jedoch „für den Entscheidungskern, die Frage der optimalen Wirtschaftlichkeit, selbstverständlich“.³⁵⁵ Entsprechend schwierig gestalte sich die Festlegung des Verhältnisses verschiedener (unter anderem sozialer) Zuschlagskriterien zueinander.³⁵⁶

Die demonstrative Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien in der RL 2004/18/EG entspricht exakt jener in BVerG 2006.³⁵⁷ Dahingegen wird die Formulierung im BVerG 2006 zur Bedachtnahme auf sozialpolitische Belange im Vergabeverfahren fast wortgleich dem BVerG 2002 entnommen. Lediglich der Ausdruck „behinderte Arbeitnehmer“ (BVerG 2002) wird zu „Menschen mit Behinderung“ (BVerG 2006) umformuliert.³⁵⁸ Zudem klärt BVerG 2006 nach wie vor über die Möglichkeit auf, Bedingungen sozialen Inhaltes, wie zB frauen-, behinderten-, sozial- und beschäftigungspolitische Belange, in den Leistungsvertrag aufzunehmen.³⁵⁹

Weitere sprachliche Neuerungen betreffen die Anforderungen an Zuschlagskriterien: Während Zuschlagskriterien im BVerG 2002 noch „auftragsbezogene Kriterien“ genannt wurden, werden sie im BVerG 2006 – exakt gemäß der RL 2004/18/EG – als „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“ bezeichnet. Die Umformulierung erfolgte im Rahmen der Debatte um die Zulässigkeit von ökologischen und sozialen Zuschlagskriterien und richtete sich nach den zu diesem Thema ergangenen EuGH-Entscheidungen.³⁶⁰ So wurde beispielsweise bereits in der Concordia Bus Finland-Entscheidung (Concordia Bus Finland Oy Ab gegen Helsingin kaupunki und HKL-Bussiliikenne) vom „Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand“ gesprochen.³⁶¹

Zulässige bzw unzulässige soziale Zuschlagskriterien beschäftigten einige Jahre später auch das LVwG Salzburg: In einem Nachprüfungsverfahren zu einem ausgeschriebenen Bauauftrag, bei dem es um die Errichtung von Lärmschutzwänden ging, wurden Zuschlagskriterien für unzulässig befunden, mit denen jeweils die Anzahl der auszubildenden Lehrlinge (und anderer Auszubildender) bzw die Anzahl älterer, ab 50-jähriger Mitarbeiter im Verhältnis zum Gesamtpersonal des anbietenden Unternehmens bewertet werden sollte. Die Verfolgung sozialpolitischer Ziele im Vergabeverfahren sei zwar grundsätzlich zulässig, festgestellt wurde

³⁵⁴ Vgl Rittner, Die „sozialen Belange“ iS der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, in: *Schwarze (Hrsg)*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S 87–96 (S 90f).

³⁵⁵ Ebd, S 87–96 (S 90).

³⁵⁶ Vgl ebd.

³⁵⁷ Vgl Art 53 Abs 1 lit a RL 2004/18/EG und § 2 Z 20 lit d BVerG 2006.

³⁵⁸ Vgl § 80 Abs 1 Z 14 BVerG 2002 und § 19 Abs 6 BVerG 2006.

³⁵⁹ Vgl § 99 Abs 1 Z 13 BVerG 2006.

³⁶⁰ Vgl ErlRV 1171 BlgNR XXII. GP (ErlRV zum BVerG 2006), S 17.

³⁶¹ EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99 (Concordia Bus Finland), Rz 59, 64, 69.

aber, dass diese Kriterien in keiner Weise auf den Auftragsgegenstand Bezug nehmen, sondern sich nur auf das Unternehmen beziehen würden und damit nicht als Zuschlagskriterien herangezogen werden dürften.³⁶²

Mit der aktuellen gemeinschaftsrechtlichen Vergabe-RL für öffentliche Aufträge, der RL 2014/24/EU, treten sozialpolitische Aspekte merkbar in den Vordergrund. Dies ist zB in ErwGr 99 ersichtlich:

Maßnahmen (...) zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen (...) oder zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten können ebenfalls Gegenstand von Zuschlagskriterien oder von Bedingungen für die Auftragsausführung sein, sofern sie mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Bauleistungen (...) im Zusammenhang stehen. Derartige Kriterien oder Bedingungen können sich unter anderem auf die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags beziehen.

Zudem werden erstmals in einer Vergabe-RL unter den demonstrativ angeführten Zuschlagskriterien explizit „soziale Eigenschaften“ angeführt.³⁶³ Allerdings muss das vom Auftraggeber festgelegte System der Zuschlagskriterien stets eine Preis- oder Kostenkomponente beinhalten.³⁶⁴

Die RL 2014/24/EU eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das Billigstbieterprinzip auf bestimmte Auftragsarten oder Kategorien von öffentlichen Auftraggebern zu beschränken.³⁶⁵ Die innerstaatliche Umsetzung in der BVergG-Novelle 2015/16 in Form der Pflicht zur Bestbietervergabe ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio € bei öffentlichen Bauaufträgen³⁶⁶ ist eng mit der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergabeverfahren verknüpft. Das verpflichtende Bestbieterprinzip trage maßgeblich dazu bei, die Qualität der Arbeitsplätze im Sinne einer guten sozialen Absicherung und einer fairen Entlohnung (Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping) zu verbessern.³⁶⁷

³⁶² Vgl LVwG Salzburg 23.09.2016, 405-5/18/1/18-2016, 405-5/19/1/18-2016, 405-5/20/1/18-2016, S 5ff.

³⁶³ Vgl Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU.

³⁶⁴ Vgl ErwGr 91 RL 2014/24/EU und ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 12.

³⁶⁵ Vgl Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU.

³⁶⁶ Vgl § 79 Abs 3 Z 8 BVergG-Novelle 2015/16.

³⁶⁷ Vgl Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 55. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019). Näheres zum Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping siehe Kapitel 4.

Die beschränkte Anwendbarkeit des Billigstbieterprinzips und die Förderung des Bestbieterprinzips gemäß der BVerG-Novelle 2015/16 findet sich auch im BVerG 2018.³⁶⁸ In der Definition der Zuschlagskriterien im BVerG 2018 bleibt eine demonstrative Aufzählung möglicher Kriterien allerdings aus. Nach *Dillinger/Oppel* böten sich soziale Aspekte als qualitative Zuschlagskriterien an, „*sollte die technische Qualität der zu erbringenden Leistung – wie uU bei bestimmten durch Ö-Normen und standardisierte Leistungsbeschreibungen technisch vereinheitlichten Bauleistungen – abschließend geregelt sein (...)*“.³⁶⁹

Erstmals enthält das BVerG das Erfordernis, dass Zuschlagskriterien mit Spezifikationen einhergehen müssen, die „*eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen*“.³⁷⁰ Einem Auftraggeber muss es also möglich sein, die Richtigkeit bzw Erfüllung der von den Bietern beigebrachten Informationen und Nachweise zu überprüfen.³⁷¹

Wie schon in den älteren Fassungen des BVerG, wird im BVerG 2018 beschrieben, dass Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Kriterien „*in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen*“.³⁷² So können Zuschlagskriterien zulässig sein, die lediglich einen Bezug zum Herstellungsprozess der Leistung aufweisen, jedoch keine Auswirkung auf die materiellen Eigenschaften bzw die Beschaffenheit des Auftragsgegenstandes haben.³⁷³

Die Formulierung im BVerG 2018 zur Bedachtnahme auf sozialpolitische Belange im Vergabeverfahren entspricht exakt jener im BVerG 2006.³⁷⁴ In den Erläuterungen zum BVerG 2018 wird – wie bereits häufig zuvor in Erläuterungen oder anderer Literatur zum BVerG – darauf hingewiesen, dass die Berücksichtigung sozialer Ziele nur unter Beachtung anderer Grundsätze des Vergabeverfahrens, wie zB der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, erfolgen kann.³⁷⁵

5.3 Statistische Daten

In diesem Unterkapitel sind einige relevante statistische Arbeitsmarktdaten zu den im BVerG genannten Personengruppen Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge), Langzeitarbeitslose und ältere Arbeitnehmer angeführt. Die herangezogenen Daten entstammen

³⁶⁸ Vgl § 91 Abs 5 BVerG 2018.

³⁶⁹ *Dillinger/Oppel*, Das neue BVerG 2018, S 260f, Rz 5.69.

³⁷⁰ § 2 Z 22 lit d sublit aa BVerG 2018.

³⁷¹ Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVerG 2018), S 12.

³⁷² § 2 Z 22 lit d BVerG 2018.

³⁷³ Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVerG 2018), S 13 und § 2 Z 22 lit d BVerG 2018.

³⁷⁴ Vgl § 19 Abs 6 BVerG 2006 und § 20 Abs 6 BVerG 2018.

³⁷⁵ Vgl ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVerG 2018), S 54.

dreierlei Quellen: der Statistik Austria (Statistische Datenbank STATcube sowie „Konjunkturstatistiken im Produzierenden Bereich“), der BUAK und dem Arbeitsmarktservice (AMS) Österreich.

Abbildung 5.1 zeigt die Entwicklung der Angestelltenzahlen³⁷⁶ von 2009 bis 2019 im ÖNACE Abschnitt F – Bau, wobei zwischen weiblichen und männlichen Angestellten unterschieden wird. Von 2009 bis 2019 erhöhte sich die Anzahl der weiblichen Angestellten kontinuierlich, von 26.890 auf 32.338 (jeweils Jahresdurchschnittswerte). Dies entspricht einem Plus von 20,3%. In demselben Zeitraum stieg die Anzahl der männlichen Angestellten von 38.141 im Jahr 2009 auf 45.265 im Jahr 2019 (Plus von 18,7%). Das Verhältnis zwischen weiblichen und männlichen Angestellten blieb über die Jahre annähernd konstant, wobei der geringste Anteil an weiblichen Angestellten im Jahr 2012 (41,2% weibliche, 58,8% männliche Angestellte) und der höchste Anteil im Jahr 2018 (42,0% weibliche, 58% männliche Angestellte) verzeichnet wurde.

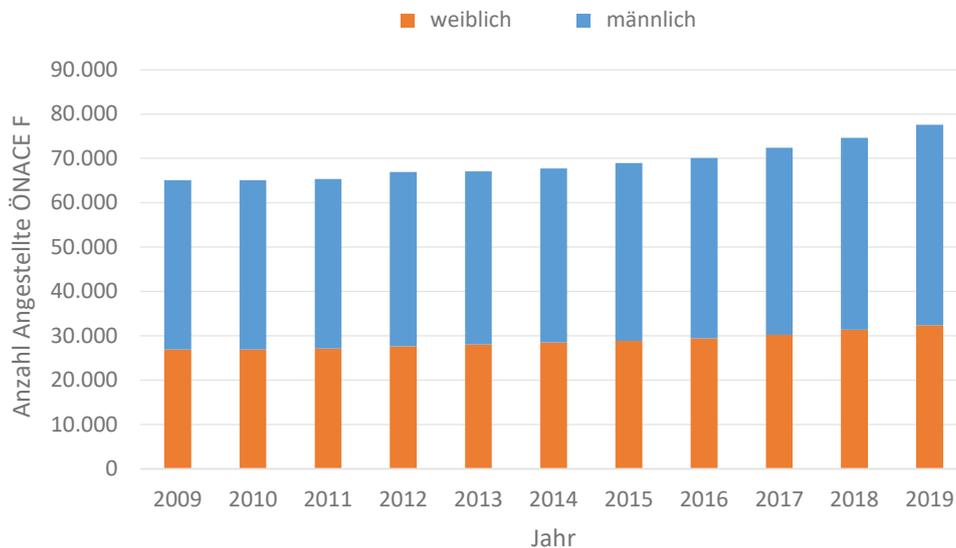


Abbildung 5.1: Entwicklung der Angestelltenzahlen ÖNACE F, 2009–2019³⁷⁷

Abbildung 5.2 zeigt für das Jahr 2019 die Verteilung der weiblichen und männlichen Angestellten auf die Abteilungen 41 – Hochbau, 42 – Tiefbau und 43 – Vorbereitende Baustellenarbeiten, Bauinstallation und sonstiges Ausbaugewerbe. Deutlich unterrepräsentiert sind die weiblichen Angestellten im Tiefbau: 2.200 Frauen (2,8% aller Angestellter im ÖNACE Abschnitt F) stehen 6.886 Männer (8,9% aller Angestellter) gegenüber. Etwa halb so viele angestellte Frauen wie Männer zählt die Abteilung Hochbau: 6.251 Frauen (8,1% aller Angestellter) stehen 13.282 Männer (17,1% aller Angestellter) gegenüber. In der Abteilung Vorbereitende Baustellenarbeiten,

³⁷⁶ Angestellte sind Gehaltsempfänger, die der Versicherungspflicht als Angestellte gemäß dem ASVG unterliegen. Berücksichtigung finden Vollzeit-, Teilzeit- und geringfügig Beschäftigte.

³⁷⁷ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021). Hinweis: Für den Abruf von Statistiken aus der Datenbank ist die Eingabe individueller Kriterien und Werte erforderlich.

Bauinstallation und sonstiges Ausbaugewerbe besteht annähernd Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Angestellten (23.887 Frauen zu 25.097 Männern).

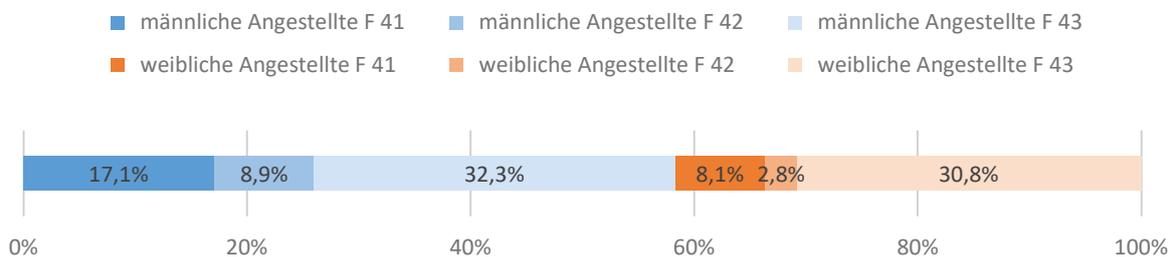


Abbildung 5.2: Verteilung männlicher/weiblicher Angestellter nach ÖNACE F 41, F 42 und F 43, 2019³⁷⁸

Wird ein Blick auf die statistischen Daten von STATcube für Arbeiter³⁷⁹ im ÖNACE Abschnitt F geworfen, so zeigt sich, dass der Anteil an männlichen Beschäftigten seit Jahren bei Weitem überwiegt. Im gewerblichen Bereich waren im Jahr 2009 im Jahresdurchschnitt 158.557 Männer tätig. Demgegenüber standen lediglich 6.155 Frauen (3,7% weibliche, 96,3% männliche Beschäftigte). Die Anzahl an Frauen nahm allerdings im Zeitraum von 2009 bis 2019 kontinuierlich zu. Im Jahr 2019 waren im gewerblichen Bereich bereits 6.965 Frauen tätig. Dies entspricht einem Plus von 13,2% gegenüber 2009. 2019 gab es im gewerblichen Bereich 185.043 männliche Beschäftigte. Dies entspricht einem Zuwachs von 16,7% gegenüber 2009. Das Verhältnis zwischen Frauen und Männern blieb über den Zeitraum von 2009 bis 2019 allerdings annähernd konstant, wobei der geringste Anteil an Frauen im Jahr 2011 (3,5% weibliche, 96,5% männliche Beschäftigte) und der höchste Anteil an Frauen im Jahr 2014 (3,8% weibliche, 96,2% männliche Beschäftigte) verzeichnet wurde.

Abbildung 5.3 zeigt die Entwicklung der Angestelltenzahlen³⁸⁰ von 2009 bis 2019 im ÖNACE Abschnitt M – Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen, Klasse 71.12 – Ingenieurbüros, wobei wiederum zwischen weiblichen und männlichen Angestellten unterschieden wird. Im betrachteten Zeitraum gab es im Jahr 2010 mit 8.494 weiblichen und 17.275 männlichen Angestellten (jeweils Jahresdurchschnittswerte) die niedrigste Anzahl an Beschäftigten. Danach stiegen die Angestelltenzahlen in Ingenieurbüros kontinuierlich. 2019 waren bereits 10.927 Frauen (Plus von 28,6% gegenüber 2010) und 23.064 Männer (Plus von 33,5% gegenüber 2010) in Ingenieurbüros tätig. Das Verhältnis zwischen Frauen und Männern unterlag in den vergangenen Jahren kaum Schwankungen. Im Jahr 2010

³⁷⁸ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021).

³⁷⁹ Arbeiter sind Lohnempfänger, die der Versicherungspflicht als Arbeiter gemäß ASVG unterliegen.

³⁸⁰ Berücksichtigung finden Vollzeit-, Teilzeit- und geringfügig Beschäftigte.

waren anteilmäßig die meisten Frauen beschäftigt (33,0% Frauen, 67% Männer), 2017 die wenigsten (32,0% Frauen, 68% Männer).

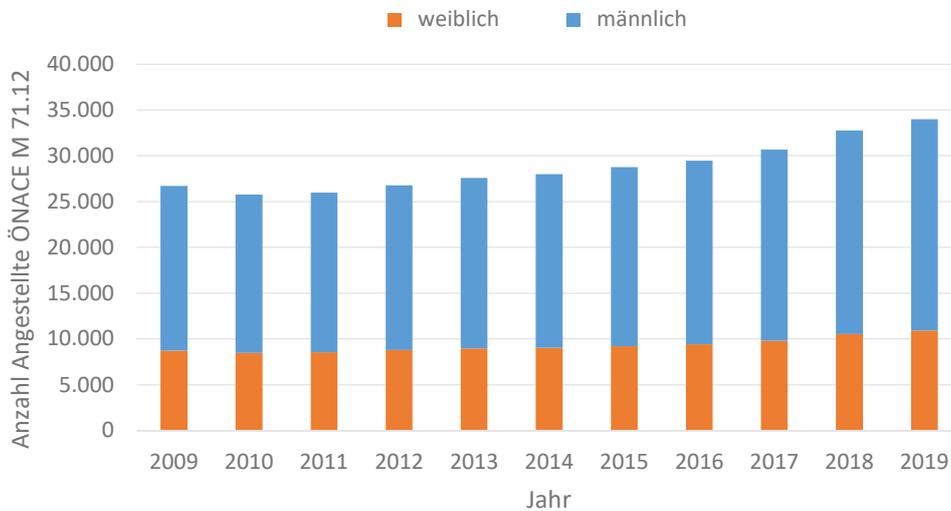


Abbildung 5.3: Entwicklung der Angestelltenzahlen ÖNACE M 71.12, 2009–2019³⁸¹

Wird ein Blick auf die Entwicklung der Lehrlingszahlen in den vergangenen Jahren im ÖNACE Abschnitt F geworfen, so ist von 2009 bis 2017 ein deutlicher Abwärtstrend erkennbar (Abbildung 5.4): Die Anzahl der Lehrlinge³⁸² (Jahresdurchschnittswerte) nahm von 22.809 im Jahr 2009 auf 16.952 im Jahr 2017 ab. Dies entspricht einem Rückgang von 25,7%. Erst seit 2018 ist wieder ein leichter, jedoch kaum merklicher Anstieg der Lehrlingszahlen zu verzeichnen.

³⁸¹ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021).

³⁸² Aus den „Konjunkturstatistiken im Produzierenden Bereich“ der Statistik Austria der Jahre 2009–2019 lässt sich errechnen, dass der Anteil an gewerblichen Lehrlingen im ÖNACE Abschnitt F stetig bei etwa 95,0% liegt. Die restlichen 5,0% sind kaufmännische Lehrlinge. Vgl Statistik Austria (Hrsg), Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich – Band 1 - Ergebnisse auf Unternehmens- und Betriebsebene sowie Indizes, Ausgaben 2009–2012, Tabelle 3.1 und Statistik Austria (Hrsg), Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich, Ausgaben 2013–2019, Tabelle 3.3.

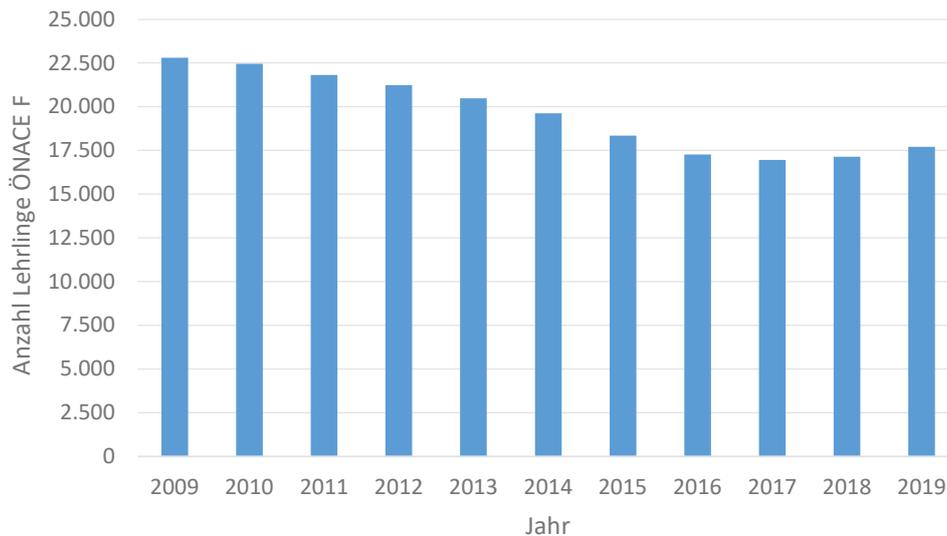


Abbildung 5.4: Entwicklung der Lehrlingszahlen ÖNACE F, 2009–2019³⁸³

In der Datenbank STATcube, der die Zahlen in Abbildung 5.4 entnommen wurden, erfolgt eine Aktualisierung der Statistiken zu Unternehmensdaten immer 18 Monate nach Ende eines Berichtsjahres, für das Jahr 2020 sohin erst im Juli 2022.

Andere Lehrlingsstatistiken, die zumindest einen Teil der in Österreich tätigen Lehrlinge im Bauwesen erfassen und für das Jahr 2020 bereits Zahlen enthalten, zeigen allerdings eine Fortsetzung des leichten Aufwärtstrends seit 2018.³⁸⁴

Zu erwähnen ist, dass sich die Gesamtanzahl der unselbständig Beschäftigten im ÖNACE Abschnitt F³⁸⁵ im Zeitraum des Einbruchs der Lehrlingszahlen (2009 bis 2017) nach einem marginalen Rückgang im Jahr 2010 (Minus von 0,2% gegenüber 2009) kontinuierlich erhöhte. Von 2010 bis 2017 gab es ein Plus von 7,6% bei der Gesamtanzahl der unselbständig Beschäftigten (von 252.056 im Jahr 2010 auf 271.272 im Jahr 2017).³⁸⁶

Die Entwicklung der Lehrlingszahlen im ÖNACE Abschnitt M – Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen, Klasse 71.12 – Ingenieurbüros, ist in Abbildung 5.5 ersichtlich. Auch hier ist von 2009 mit einem Jahresdurchschnitt von 679 Lehrlingen bis 2017 mit einem Jahresdurchschnitt von 377 Lehrlingen ein Einbruch der Lehrlingszahlen ersichtlich, wobei dieser anteilmäßig größer ist, als im ÖNACE Abschnitt F

³⁸³ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021).

³⁸⁴ Vgl zB BUAK, Statistiken über Betriebe und ArbeitnehmerInnen im Baubereich - Lehrlinge. Online abrufbar unter: www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_1.5/die-buak/statistiken (abgerufen am 21.02.2021).

³⁸⁵ Darunter fallen gegenständlich Angestellte, Arbeiter, Lehrlinge und Heimarbeiter im ÖNACE Abschnitt F. Berücksichtigung finden Vollzeit-, Teilzeit- und geringfügig Beschäftigte.

³⁸⁶ Vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021).

(Minus von 44,5%). Ein Anstieg der Zahlen ist seit dem Jahr 2018 erkennbar. 2019 waren bereits wieder 469 Lehrlinge in Ingenieurbüros zu verzeichnen (Plus von 24,4% gegenüber 2017).

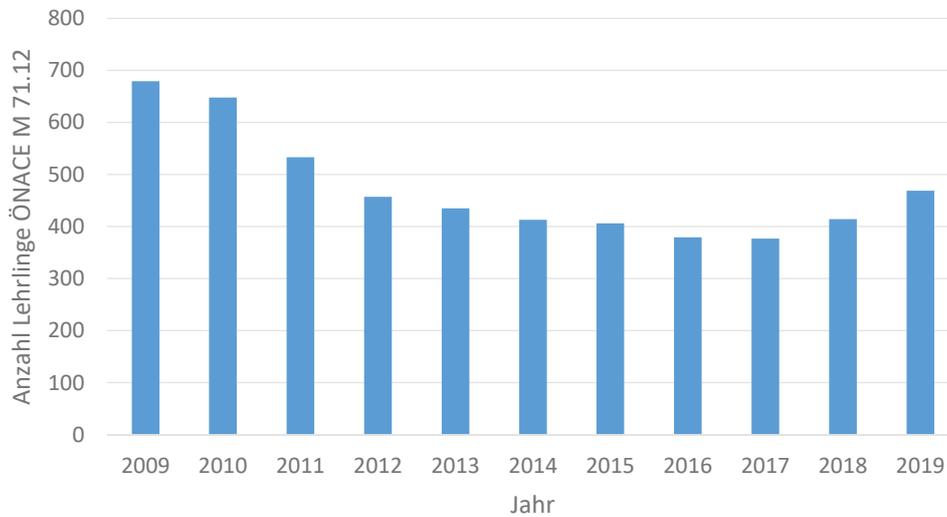


Abbildung 5.5: Entwicklung der Lehrlingszahlen ÖNACE M 71.12, 2009–2019³⁸⁷

Wird die Gesamtanzahl der unselbständig Beschäftigten im ÖNACE Abschnitt M, Klasse 71.12³⁸⁸ im Zeitraum des Einbruchs der Lehrlingszahlen (2009 bis 2017) analysiert, so kann festgestellt werden, dass diese zwar von 2009 bis 2010 etwas abnahm (Minus von 3,6%), von 2010 bis 2017 jedoch um 16,8% anstieg (von 28.744 im Jahr 2010 auf 33.559 im Jahr 2017).³⁸⁹

Statistische Daten zu Arbeitslosen (inkl Langzeitarbeitslosen) im ÖNACE Abschnitt F und im Abschnitt M, Klasse 71.12 wurden beim AMS eingeholt.³⁹⁰

Die Arbeitslosenquote nach nationaler Definition, die auch als Register-Arbeitslosenquote bekannt ist, ist das Verhältnis zwischen den beim AMS registrierten Arbeitslosen und dem Arbeitskräftepotenzial (jeweils Jahresdurchschnittswerte). Das Arbeitskräftepotenzial ist die Summe aus den registrierten Arbeitslosen und den unselbständig Beschäftigten (ohne geringfügig Beschäftigte) lt Dachverband (ehemals Hauptverband) der österreichischen Sozialversicherungsträger.³⁹¹ Gemäß AMS sind unter Langzeitarbeitslosen jene Arbeitslosen zu

³⁸⁷ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021).

³⁸⁸ Darunter fallen gegenständlich Angestellte, Arbeiter und Lehrlinge im ÖNACE Abschnitt M, Klasse 71.12. Berücksichtigung finden Vollzeit-, Teilzeit- und geringfügig Beschäftigte.

³⁸⁹ Vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021).

³⁹⁰ E-Mail-Anfrage an das AMS vom 26.02.2021. Anfragebeantwortung per E-Mail am 02.03.2021.

³⁹¹ Vgl *Knittler*, Die Definition macht die Zahl: Arbeitslosigkeit nach nationaler und internationaler Definition im Vergleich, Statistische Nachrichten der Statistik Austria, März 2017, S 180–191 (S 188).

verstehen, die beim AMS über 365 Tage arbeitslos gemeldet sind. Schulungen, Krankheit und vorübergehende Beschäftigung bis zu 28 Tage unterbrechen die Langzeitarbeitslosigkeit nicht.³⁹²

Abbildung 5.6 zeigt die Entwicklung der Arbeitslosenquote für den ÖNACE Abschnitt F von 2009 bis 2019. In der betrachteten Zeitreihe war die Arbeitslosenquote im Jahr 2015 mit 13,3% am höchsten³⁹³ und im Jahr 2019 mit 8,9% am niedrigsten.

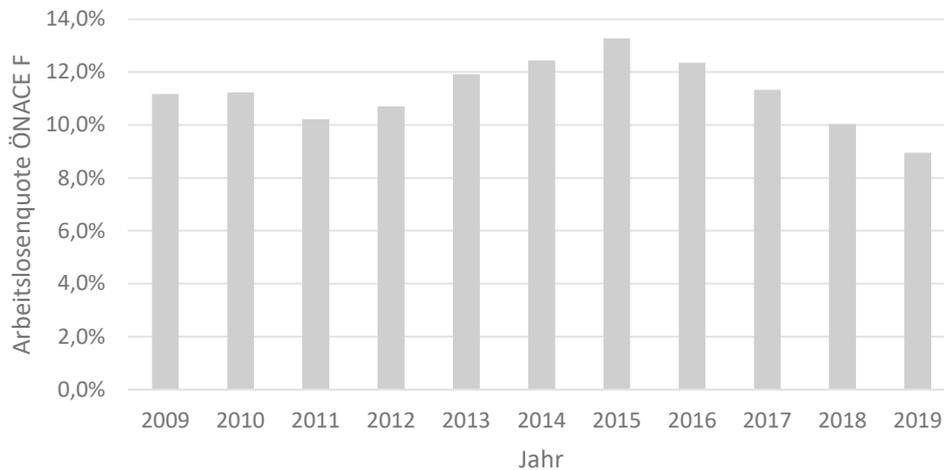


Abbildung 5.6: Entwicklung der Arbeitslosenquote ÖNACE F, 2009–2019³⁹⁴

In Abbildung 5.7 ist der Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen für den ÖNACE Abschnitt F von 2009 bis 2019 dargestellt. Während dieser in den Jahren 2009 bis 2013 in etwa gleich blieb (zwischen 1,2 und 1,5%), ist nach 2013 bis zum Peak im Jahr 2017 ein rasanter Anstieg erkennbar. 2017 waren 11,6% aller Arbeitslosen im ÖNACE Abschnitt F Langzeitarbeitslose.

³⁹² Vgl AMS, Fachbegriffe: Langzeitarbeitslose. Online abrufbar unter: www.ams.at/arbeitsmarktdaten-und-medien/arbeitsmarkt-daten-und-arbeitsmarkt-forschung/fachbegriffe (abgerufen am 01.08.2020).

³⁹³ Als mögliche Gründe werden der Preiskampf in der Baubranche und der Einsatz von billigeren Arbeitskräften aus dem Ausland identifiziert. Vgl ORF Steiermark, Bauwirtschaft: Viele Aufträge - viele Arbeitslose, ORF Steiermark-News vom 15.04.2015. Online abrufbar unter: steiermark.orf.at/v2/news/stories/2705401/ (abgerufen am 04.03.2021).

³⁹⁴ Eigene Darstellung; statistische Daten, um die Arbeitslosenquote zu errechnen, wurden vom AMS per E-Mail am 02.03.2021 übermittelt.

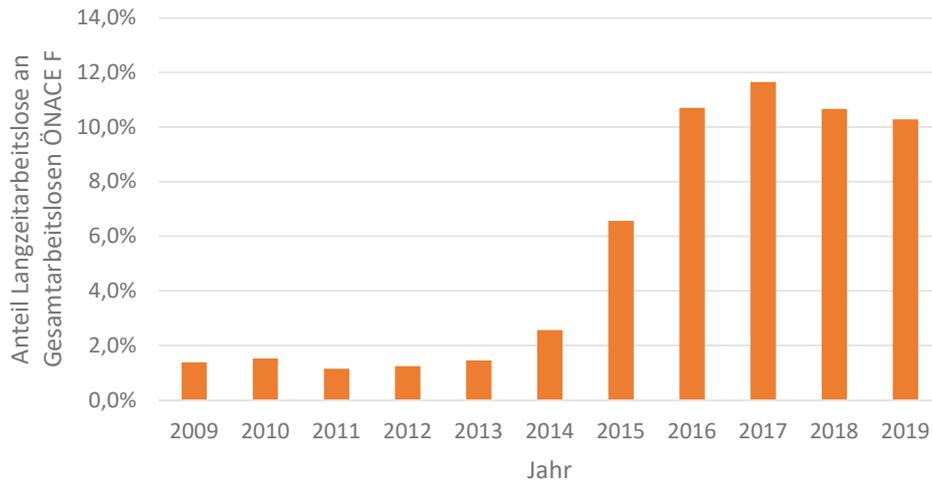


Abbildung 5.7: Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen ÖNACE F, 2009–2019³⁹⁵

Abbildung 5.8, in der die Entwicklung der Arbeitslosenquote im ÖNACE Abschnitt M, Klasse 71.12 für die Jahre 2009 bis 2019 dargestellt ist und Abbildung 5.9, die den Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen für denselben ÖNACE Abschnitt und Zeitraum zeigt, weisen ähnliche Verläufe zu jenen in Abbildung 5.6 und Abbildung 5.7 auf. Allerdings ist die Arbeitslosenquote im ÖNACE Abschnitt M, Klasse 71.12 über die Jahre geringer (höchste Quote 2015 mit 5,4% und niedrigste Quote 2019 mit 3,6%), der Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen dafür jährlich höher. Die anteilig meisten Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen gab es 2017 mit 19,6%.

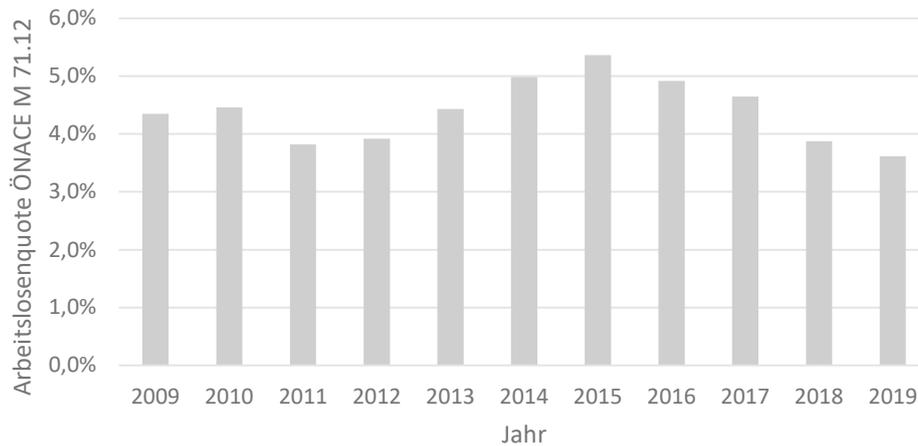


Abbildung 5.8: Entwicklung der Arbeitslosenquote ÖNACE M 71.12, 2009–2019³⁹⁶

³⁹⁵ Eigene Darstellung; statistische Daten, um den Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen zu errechnen, wurden vom AMS per E-Mail am 02.03.2021 übermittelt.

³⁹⁶ Eigene Darstellung; statistische Daten, um die Arbeitslosenquote zu errechnen, wurden vom AMS per E-Mail am 02.03.2021 übermittelt.

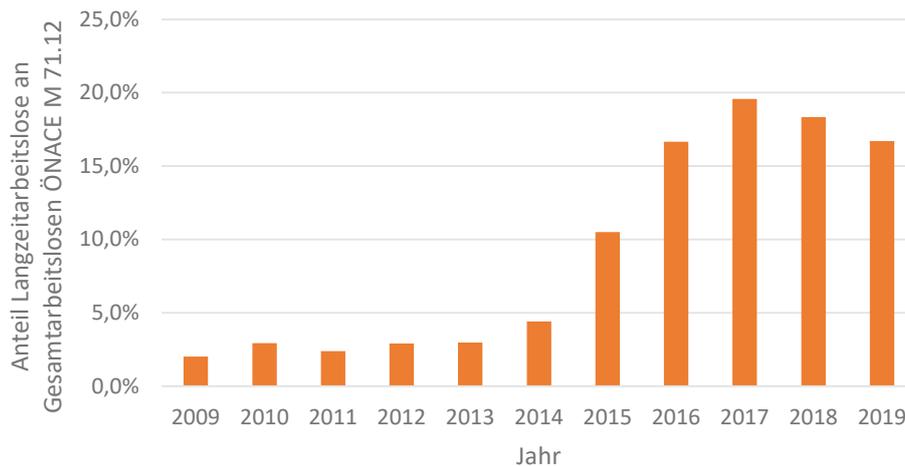


Abbildung 5.9: Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen ÖNACE M 71.12, 2009–2019³⁹⁷

Aufgrund der vorliegenden, hohen Zahlen zur Langzeitarbeitslosigkeit handelt es sich hierbei um ein Thema, dem jedenfalls weiterhin Bedeutung geschenkt werden muss. Der beginnende Trend nach unten seit dem Jahr 2017 soll gestärkt werden.

Die BUAK stellt statistische Daten zur Altersverteilung der bei der BUAK gemeldeten Bauarbeiter auf ihrer Webseite zur Verfügung (Veröffentlichung von Jahresdurchschnittszahlen und Anteil in % für mehrere Altersgruppen).³⁹⁸ Da nur ein Teil der in Österreich tätigen Arbeiter des ÖNACE Abschnitts F BUAK-pflichtig ist, soll Tabelle 5.1 durch Darstellung der prozentuellen Verteilung der Beschäftigten bis zum und ab dem vollendeten 51. Lebensjahr lediglich als Anhaltspunkt dafür dienen, wie sich die Altersstruktur im gewerblichen Bereich in den vergangenen Jahren verschoben hat. Diese Altersgrenze in der Tabelle entspricht einer von mehreren Grenzen in der BUAK-Statistik. Sie wurde gewählt, da sie zumindest annähernd jener Grenze entspricht, die oftmals im sozialen Zuschlagskriterium „Einsatz älterer Beschäftigter in der Bauausführung“ genannt wird: Personen ab dem vollendeten 50. Lebensjahr fallen hierbei meist unter die älteren Beschäftigten.

³⁹⁷ Eigene Darstellung; statistische Daten, um den Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen zu errechnen, wurden vom AMS per E-Mail am 02.03.2021 übermittelt.

³⁹⁸ Vgl BUAK, Statistiken über Betriebe und ArbeitnehmerInnen im Baubereich - ArbeitnehmerInnen nach Alter ab 2006. Online abrufbar unter: www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_1.5/die-buak/statistiken (abgerufen am 21.02.2021).

Tabelle 5.1: Altersverteilung BUAK-pflichtige Arbeiter, 2009–2019³⁹⁹

Jahr	bis zum vollendeten 51. Jahr	ab dem vollendeten 51. Jahr
2009	82,4%	17,6%
2010	82,1%	17,9%
2011	81,5%	18,5%
2012	81,1%	18,9%
2013	80,3%	19,7%
2014	80,4%	19,6%
2015	80,0%	20,0%
2016	79,3%	20,7%
2017	78,6%	21,4%
2018	78,1%	21,9%
2019	77,5%	22,5%

Eindeutig erkennbar ist, dass eine Verschiebung der Altersstruktur in Richtung älterer Beschäftigter stattfindet: Waren im Jahr 2009 lediglich 17,6% der bei der BUAK gemeldeten Arbeiter zumindest 51 Jahre alt, so lag dieser Anteil im Jahr 2019 bereits bei 22,5%.

Werden die Arbeiter aller Wirtschaftszweige berücksichtigt, so zeigt sich, dass der Anteil der beschäftigten Arbeiter, die zumindest 51 Jahre alt waren, im Jahr 2009 bei nur 15,8% (niedrigster Anteil im Zeitraum 2009 bis 2019), im Jahr 2019 hingegen bei 23,3% (höchster Anteil im betrachteten Zeitraum) lag.⁴⁰⁰ Die Verschiebung der Altersstruktur war also insgesamt, über alle Wirtschaftszweige betrachtet, stärker, als dies bei den BUAK-pflichtigen Arbeitern der Fall war.

³⁹⁹ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl BUAK, Statistiken über Betriebe und ArbeitnehmerInnen im Baubereich - ArbeitnehmerInnen nach Alter ab 2006. Online abrufbar unter: https://www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_1.5/die-buak/statistiken (abgerufen am 21.02.2021).

⁴⁰⁰ Dies lässt sich aus einer am 07.04.2021 vom Dachverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (früher Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger) per E-Mail übermittelten Altersstatistik für das Jahr 2009 sowie den Statistischen Handbüchern der österreichischen Sozialversicherung der Jahre 2011–2020 ermitteln. Aus den jeweiligen Handbüchern wurde die „Altersgliederung der Beschäftigten“ (Jahresdurchschnitt) für die Arbeiter herangezogen und eine Unterteilung in die Gruppen bis zum und ab dem vollendeten 51. Lebensjahr vorgenommen. Vgl Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg), Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung, Ausgaben 2011–2019, Tabelle 1.05 und Dachverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg), Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2020, Tabelle 1.05.

6 Berücksichtigung der Qualifikation des Schlüsselpersonals

Wie bereits zuvor in dieser Arbeit erwähnt, ist die Qualifikation des (bei den Aufträgen einzusetzenden) Personals der Bewerber/Bieter in Vergabekriterien für öffentliche Bauausschreibungen und öffentliche baunahe Dienstleistungsausschreibungen von Bedeutung. Im gegenständlichen Kapitel wird diese Thematik detaillierter behandelt.

Die Qualifikation einer Person umfasst mehrere Bestandteile, wie nachfolgend anhand einer allgemeinen Definition erklärt wird:

Die Qualifikation eines Individuums beschreibt die Gesamtheit der Fähigkeiten, Fertigkeiten und des Wissens, die ihm zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung stehen. Fähigkeiten beschreiben das gesamte Potenzial einer Person, ihre Umwelt zu beherrschen. Fertigkeiten sind die durch Übung entstandenen Potenzialbestandteile, die automatisiert gehandhabt werden. (...) Als Wissen werden die auf verarbeiteten Daten und Informationen beruhenden Kenntnisse verstanden, die zur Problemlösung eingesetzt werden können. Wissen stellt damit eine Kompetenz zur Lösung spezifischer Probleme sowie die kognitive Befähigung zum Handeln dar.⁴⁰¹

In Bezug auf Eignungsnachweise, welche die Qualifikation des Personals betreffen, sind insbesondere einige Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit zu erwähnen, die sich für öffentliche Bauaufträge und öffentliche (baunahe) Dienstleistungsaufträge in Anhang XI Abs 2 und 3 BVergG 2018 finden. So können vom öffentlichen Auftraggeber beispielsweise Nachweise dafür gefordert werden, dass der Unternehmer für die Ausführung des Bauvorhabens und die Qualitätskontrolle über bestimmte technische Fachkräfte verfügen wird. Weiters können Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die berufliche Befähigung der Führungskräfte verlangt werden.⁴⁰²

Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Unternehmers sind Referenzen nicht zu vernachlässigen. Gemäß § 85 Abs 2 BVergG 2018 handelt es sich bei Referenzen um „*Nachweise über erbrachte Leistungen*“. Gölles fügt hinzu, dass ein Referenznachweis eine „*Leistungserbringungs-Erfahrung*“ darstelle, mit der dargelegt werde, dass der Unternehmer in der Vergangenheit eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung in einem bestimmten Umfang und mit bestimmter Komplexität erbracht habe. Die Referenz sollte dem Auftraggeber als Indikator dafür dienen, ob der Unternehmer dazu imstande sei, vergleichbare Leistungen künftig ordnungsgemäß zu erbringen.⁴⁰³ Für erbrachte Bauleistungen können als Referenzzeitraum grundsätzlich die

⁴⁰¹ Müller, Betriebswirtschaftslehre für Ingenieure², S 120.

⁴⁰² Zur detaillierten Aufzählung aller Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit bei öffentlichen Bauaufträgen und öffentlichen (baunahen) Dienstleistungsaufträgen siehe Anhang XI Abs 2 und 3 BVergG 2018.

⁴⁰³ Vgl Gölles, Referenzen bei Eignungs- und Auswahlkriterien zur Leistungsfähigkeit – insbesondere bei Bauaufträgen, ZVB, April 2016, 141–146 (S 141f).

letzten fünf Jahre, für (baunahe) Dienstleistungen die letzten drei Jahre herangezogen werden, wobei die Festlegung eines längeren Zeitraumes möglich ist, sofern dies zur Sicherung eines ausreichenden Wettbewerbs notwendig ist.⁴⁰⁴

Im Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- und Planungsleistungen von *Fink/Jirek/Lechner/Stefan* wird angemerkt, dass Referenzen, die als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit abgefragt werden, eine zum Auftragsgegenstand vergleichbare Komplexität haben sollen (siehe auch Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Unterkapitel 2.2). Außerdem ist es ausreichend, wenn solche Referenzen den halben Umfang des Volumens des Auftragsgegenstands aufweisen. Da in der Baupraxis in den vorgesehenen Referenzzeiträumen kaum Leistungen für identische Nutzungen erbracht werden können, sollte die Nutzungsart bei den verlangten Referenzen nicht zu sehr eingeschränkt werden.⁴⁰⁵

Unternehmerreferenzen stehen in unmittelbarer Beziehung zum Führungs- bzw. Ausführungspersonal, welches an den jeweiligen Projekten mitgewirkt hat. Die Verfügbarkeit solcher Know-how-Träger kann vom Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gefordert werden.⁴⁰⁶ Auftragspezifische Erfahrung von Führungs- bzw. Ausführungspersonal kann über personelle Referenzen belegt werden.⁴⁰⁷

Eine Referenz kann einem Bewerber/Bieter nur dann zugerechnet werden, wenn die jeweilige Leistung durch das Unternehmen selbst bzw. durch bestimmte dem Unternehmen zugehörige Personen erbracht wurde.⁴⁰⁸ Ein Bewerber/Bieter hat jedoch die Möglichkeit, sich für den Nachweis von Referenzen auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen (zB Subunternehmen), wenn die benötigten Mittel – im gegenständlichen Fall Personen – für die Leistungserbringung tatsächlich zur Verfügung stehen.⁴⁰⁹

Ein für die Formulierung von personenbezogenen Vergabekriterien häufig herangezogener Begriff ist „Schlüsselpersonal“. In den Erläuterungen zum BVergG 2018 ist damit pauschal das „mit

⁴⁰⁴ Anhang XI Abs 2 Z 1 und Abs 3 Z 1 BVergG 2018.

⁴⁰⁵ Vgl *Fink/Jirek/Lechner/Stefan/Stifter*, Vergabemodelle, Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, S 20.

⁴⁰⁶ Vgl *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2002: Kommentar, § 57 Rz 18.

⁴⁰⁷ Vgl *Jaeger* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg)*, Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar², § 75 Rz 23 und 45.

⁴⁰⁸ Vgl BVA 30.06.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 und *Gölles*, Referenzen bei Eignungs- und Auswahlkriterien zur Leistungsfähigkeit – insbesondere bei Bauaufträgen, ZVB, April 2016, 141–146 (S 142f).

⁴⁰⁹ Vgl § 86 BVergG 2018 und *Gölles*, Referenzen bei Eignungs- und Auswahlkriterien zur Leistungsfähigkeit – insbesondere bei Bauaufträgen, ZVB, April 2016, 141–146 (S 143).

der Auftragsausführung betraute Personal“ gemeint.⁴¹⁰ In diversen Kriterienkatalogen werden als Schlüsselpersonen zB Bauleiter, Vorarbeiter, Polier und Obermonteur genannt.⁴¹¹

Wölwer befasst sich in seiner Dissertation eingehend mit den Merkmalen und Eigenschaften von Schlüsselpersonal und vergleicht unterschiedliche Definitionen des Begriffs „Schlüsselperson“ miteinander. Aus seiner durchgeführten Literaturstudie leitet er ab, dass es sich bei Schlüsselpersonen um

*einzigartige Personen [handelt], die über unternehmensspezifische Erfahrungshandlungen und impliziertes Wissen verfügen, zur Schaffung von physischen und immateriellen Vermögenswerten aus interner wie externer Kundensicht beitragen, sich durch außergewöhnliche knappe Fähigkeiten und Fertigkeiten auszeichnen und über Managementfähigkeiten eine Verbesserung der dynamischen Prozesse und Strukturen erzielen.*⁴¹²

Wie bereits in Unterkapitel 2.3 erwähnt, kann eine exakte Abgrenzung der jeweiligen Kriterienarten voneinander schwierig sein. Diese Thematik wird nun im Zusammenhang mit Schlüsselpersonalkriterien näher behandelt.

Zunächst ist die EuGH-Entscheidung vom 24.01.2008 in der Rs C-532/06 (Lianakis AE und andere gegen Dimos Alexandroupolis und andere) zu erwähnen. In einem Vergabeverfahren für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag über die Erstellung einer Studie (Katasteraufnahme, Stadtplanung, Umsetzungsmaßnahmen) wurden vom Auftraggeber unter anderem die Erfahrung des Sachverständigen mit der Erstellung entsprechender Studien innerhalb der vergangenen drei Jahre und der Personalbestand des bietenden Planungsbüros als Zuschlagskriterien herangezogen.⁴¹³ Gemäß Urteil sei zwar die Wahl der Zuschlagskriterien dem öffentlichen Auftraggeber überlassen, allerdings seien „[Zuschlags]kriterien ausgeschlossen, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen“. Bei den vom Auftraggeber berücksichtigten Kriterien handle es sich um Kriterien, welche „die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung dieses Auftrags betreffen und die daher nicht die Eigenschaft von

⁴¹⁰ ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP (ErlRV zum BVergG 2018), S 13.

⁴¹¹ Vgl zB Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 20ff. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019) und VÖTB, Katalog der Eignungskriterien und Bestbieterkriterien für den Trockenbau, S 5f. Online abrufbar unter: voetb.at/itrfile/_1_/fcfa345a20034843f55024e8f52f45/V%C3%96TB_Kriterienkatalog_2016.pdf (abgerufen am 15.01.2020).

⁴¹² Wölwer, Identifikation und Bewertung von Schlüsselpersonen sowie deren Einflussnahme auf den Unternehmenserfolg kleiner und mittlerer Unternehmen, Dissertation, S 109.

⁴¹³ Vgl EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06 (Lianakis), Rz 2 und 10.

„Zuschlagskriterien‘ (...) haben“.⁴¹⁴ Festgestellt wurde, dass die Erfahrung der Bieter und deren Personalbestand unzulässigerweise als Zuschlagskriterien herangezogen wurden.⁴¹⁵

In Österreich stützte sich das BVA in seiner Entscheidung vom 12.12.2008, in der eine Ausschreibung über Reinigungsdienstleistungen für nichtig erklärt und dem Antrag auf Berichtigung der Ausschreibung stattgegeben wurde, auf das Lianakis-Urteil. In der besagten Ausschreibung über Reinigungsdienstleistungen wurden die Kenntnisse, die Ausbildung und die Qualifikation des im Angebot namentlich zu nennenden, vor Ort einzusetzenden Objektauditors als Zuschlagskriterium herangezogen. Mittels Zeugnissen, Ausbildungsnachweisen und Kursbestätigungen des Objektauditors konnten sogenannte „Ausbildungspunkte“ lukriert werden. Das BVA sah dieses Zuschlagskriterium allerdings als rechtswidrig an.⁴¹⁶ Hierzu führte das BVA an: „Der EuGH hat [im Lianakis-]Urteil unmissverständlich festgehalten, dass die Erfahrung und die Qualifikationen der Bieter keine Zuschlagskriterien, sondern Eignungskriterien darstellen, da sie im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhängen.“⁴¹⁷

Das BVA verstand die Lianakis-Entscheidung offenbar so, dass auch die Ausbildung und Qualifikation eines konkret im Angebot zu nennenden Objektauditors ein unzulässiges Zuschlagskriterium darstelle bzw die Eignung betreffe, da es sich hierbei um die Erfahrung und die Qualifikationen eines Bieters handle. Grund für diesen vom BVA gezogenen Schluss war offensichtlich, dass das Zuschlagskriterium „Erfahrung der Bieter“ im Lianakis-Urteil in Rz 32 für unzulässig befunden wurde, wengleich in Rz 10 in demselben Urteil von der „Erfahrung des Sachverständigen“ als Zuschlagskriterium die Rede war.⁴¹⁸

Pachner setzte sich mit der Lianakis-Entscheidung auseinander und ist der Ansicht, dass es sich bei Qualifikationen, die dazu geeignet sind, die geistige Leistung ordnungsgemäß auszuführen, um auftragsbezogene Kriterien handle. Der Einsatz von Qualifikationen als Zuschlagskriterium sei legitim.⁴¹⁹ Im Detail führt *Pachner* aus: „Die persönliche Qualifikation iSd Berufserfahrung des im Auftragsfall vorgesehenen Schlüsselpersonals ist bei geistigen Leistungen eines der wenigen wirklich tauglichen Bestbieterkriterien neben dem Angebotspreis und sollte daher – im Sinne einer inhaltlich der Sache verpflichteten Bestbieterermittlung – keinesfalls aufgegeben werden.“⁴²⁰

⁴¹⁴ EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06 (Lianakis), Rz 30 und 31.

⁴¹⁵ Vgl EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06 (Lianakis), Rz 32.

⁴¹⁶ Vgl BVA 12.12.2008, N/0140-BVA/07/2008-23.

⁴¹⁷ BVA 12.12.2008, N/0140-BVA/07/2008-23.

⁴¹⁸ Vgl *Lessiak*, Spannungsverhältnis zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungen, Beitrag im Tagungsband zum 7. Jahresforum Vergaberecht (2009), S 221–241 (S 230 und 234) und EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06 (Lianakis), Rz 10 und 32.

⁴¹⁹ Vgl *Pachner*, Schafft die E Lianakis des EuGH Probleme für die Vergabe geistiger Leistungen?, ZVB, Oktober 2008, S 285–288 (S 288).

⁴²⁰ *Pachner*, Schafft die E Lianakis des EuGH Probleme für die Vergabe geistiger Leistungen?, ZVB, Oktober 2008, S 285–288 (S 288).

Die zuvor angeführte Entscheidung des BVA zur Ausschreibung über Reinigungsdienstleistungen wurde angefochten und landete vor dem Verwaltungsgerichtshof (VwGH). Die beschwerdeführenden Parteien brachten vor, dass das BVA das Lianakis-Urteil unrichtig ausgelegt und sich hinsichtlich des strittigen Zuschlagskriteriums „Kenntnisse, Ausbildung und Qualifikation des Objektauditors“ nicht mit der ausschlaggebenden Frage auseinandergesetzt habe, ob dieses hauptsächlich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes diene. Das besagte strittige Kriterium sei vordergründig auftragsbezogen und nicht bieterbezogen formuliert gewesen. Nach Ansicht der Beschwerdeführer sei das Kriterium als Zuschlagskriterium zulässig.⁴²¹

Der VwGH sah die Beschwerdeführer im Recht und stellte Folgendes fest:

*[Es kann] durchaus Kriterien geben (...), die zunächst auf das Unternehmen der Bieter (wie im vorliegenden Fall etwa die Qualifikation der Mitarbeiter bzw eines konkreten Mitarbeiters dieses Unternehmens) abstellen, dennoch aber zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen können, indem sie die unterschiedliche Qualität der zu erbringenden Dienstleistungen überhaupt nachprüfbar machen.*⁴²²

Der EuGH habe im Lianakis-Urteil nicht sämtliche mit der fachlichen Eignung der Bieter in Zusammenhang stehenden Kriterien als Zuschlagskriterien ausgeschlossen. Als Zuschlagskriterien unzulässig seien nur solche, die „im Wesentlichen“ mit der fachlichen Eignung zusammenhängen würden. Das strittige Zuschlagskriterium in der Ausschreibung über Reinigungsdienstleistungen diene der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, da aus den beigebrachten Nachweisen unterschiedliche Qualitäten in der Leistungserbringung abgeleitet werden könnten. Der VwGH verwies in seiner Entscheidung unter anderem auf *Pachners* Überlegungen zur Tauglichkeit persönlicher Qualifikationen des Schlüsselpersonals als Bestbieterkriterien bei Dienstleistungen.⁴²³

Einige Jahre später befasste sich *Arrowsmith* eingehend mit dem Lianakis-Fall. Sie kommt zu dem Schluss, dass Überschneidungen zwischen Eignungs- bzw Auswahlkriterien auf der einen und Zuschlagskriterien auf der anderen Seite möglich seien. Bestimmte Eignungs- bzw Auswahlkriterien und Nachweise sollten für die Ermittlung des Bestbieters herangezogen werden dürfen. Ihre Argumentation verläuft dahingehend, dass Kriterien, wie sie im Fall Lianakis vorlägen, für das beste Preis-Leistungs-Verhältnis von Bedeutung sein könnten, da sie möglicherweise über das Qualitätsniveau der erbrachten Leistung entschieden. Durch die Erfahrung des mit der Leistung betrauten Personals könne nicht nur ein vertraglich geforderter Mindeststandard in der Leistungserbringung erfüllt, sondern auch darüber hinausgegangen

⁴²¹ Vgl VwGH 26.06.2009, 2009/04/0024.

⁴²² VwGH 26.06.2009, 2009/04/0024.

⁴²³ Vgl VwGH 26.06.2009, 2009/04/0024.

werden und eine im Vergleich zu den anderen bietenden Unternehmen qualitativ bessere Leistung erbracht werden.⁴²⁴

Als Fortführung der Lianakis-Rechtsprechung (Rsp) kann die Entscheidung im Ambisig-Fall (Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA gegen Associação Empresarial da Região de Santarém) angesehen werden.⁴²⁵ In diesem Gerichtsfall ging es um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Bereich der Fortbildung und Beratung, bei dem das konkret vorgeschlagene Team für die Auftragsdurchführung (Team-Zusammensetzung sowie nachgewiesene Erfahrung und beruflicher Werdegang der dem Team angehörenden Personen) ein Zuschlagskriterium darstellte.⁴²⁶ Gemäß EuGH-Urteil im Ambisig-Fall betrafen die Lianakis-Zuschlagskriterien „*das Personal und die Erfahrung der Bieter im Allgemeinen und nicht, wie im vorliegenden Fall, das Personal und die Erfahrung der Personen, die ein bestimmtes Team bilden, das ganz konkret den Auftrag auszuführen hat.*“⁴²⁷

Im Ambisig-Urteil wird weiters angegeben, dass qualitativen Zuschlagskriterien bei Vergaben nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot eine verstärkte Bedeutung zukomme. Die Ausführungsqualität könne maßgeblich von der Qualifikation bzw der Ausbildung und der beruflichen Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrages betrauten Personals abhängig sein. Ein Zusammenhang der beruflichen Qualität des eingesetzten Personals mit dem Auftragsgegenstand könne gegeben sein. Der EuGH befindet die personenbezogenen Zuschlagskriterien im Ambisig-Fall aus den angeführten Gründen für zulässig.⁴²⁸

Dieses Judikat hatte Auswirkungen auf die vergaberechtliche RL 2014/24/EU. In ErwGr 94 ist nunmehr Nachfolgendes angemerkt:

Wenn die Qualität des eingesetzten Personals für das Niveau der Auftragsausführung relevant ist, sollte es öffentlichen Auftraggebern (...) gestattet sein, die (...) Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiter, die für die Ausführung des betreffenden Auftrags eingesetzt werden, als Zuschlagskriterien zugrunde zu legen, da sich dies auf die Qualität der Vertragserfüllung und damit auf den wirtschaftlichen Wert des Angebots auswirken kann.

In Art 67 Abs 2 lit b RL 2014/24/EU ist hierzu entsprechend geregelt, dass „*Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals*“ als Zuschlagskriterien herangezogen werden können, „*wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann*“.

⁴²⁴ Vgl *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK, Volume I³, S 749f, Rz 7–183f.

⁴²⁵ Vgl *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018, S 201, Rz 5.84.

⁴²⁶ Vgl EuGH 26.03.2015, Rs C-601/13 (Ambisig), Rz 2 und 10.

⁴²⁷ EuGH 26.03.2015, Rs C-601/13 (Ambisig), Rz 26.

⁴²⁸ Vgl EuGH 26.03.2015, Rs C-601/13 (Ambisig), Rz 29ff.

Dillinger/Oppel erklären, dass es derzeit zulässig sei, eine bestimmte Mindestqualifikation des Personals für die Auftragsausführung als Eignungsanforderung vorzusehen und – sofern die Qualität des zum Einsatz kommenden Personals maßgeblichen Einfluss auf die Qualität der Leistung haben könne – eine etwaige Höherqualifizierung des Personals für die Auftragsausführung als mögliches Zuschlagskriterium in Frage komme.⁴²⁹

⁴²⁹ Vgl. *Dillinger/Oppel*, Das neue BVerG 2018, S 26, Rz 2.23 und S 268, Rz 5.84.

7 Personalfragen in Verbindung mit personenbezogenen Vergabekriterien

Wie bereits zuvor eingehend erläutert, ermöglichen europarechtliche Vergabe-RL bzw innerstaatlich das BVergG die Heranziehung personenbezogener Vergabekriterien für die Selektion potenzieller Auftragnehmer und die Ermittlung des Bestbieters. In diversen Kriterienkatalogen, die öffentlichen Auftraggebern als Hilfestellung für die Auswahl und Gestaltung von Vergabekriterien dienen sollen, finden sich zahlreiche Beispiele für personenbezogene Kriterien. Diese können sowohl das produktive als auch das unproduktive Personal betreffen, wie nachfolgend gezeigt wird:

- Bsp Eignungskriterium „Personal für kritische Arbeiten (Kernkompetenzarbeiten)“: Für dessen Erfüllung muss der Bewerber/Bieter nachweisen, dass er über mindestens 3 Facharbeiter je definiertem Bauteil bzw Baulos für definierte kritische Arbeiten (zB Brandschutz, Schallschutz, Strahlenschutz) verfügt.⁴³⁰
- Bsp Zuschlagskriterium „Fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals (Ausbildung und Berufserfahrung)“: Mithilfe einer Punktetabelle werden die abgeschlossene facheinschlägige Ausbildung und die Anzahl der Jahre an Berufserfahrung der für die Arbeiten vorgesehenen Schlüsselpersonen des Bieters bewertet.⁴³¹

Eine durch die Autorin dieser Arbeit durchgeführte Sichtung aktueller öffentlicher Bauausschreibungen und öffentlicher Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen lässt die Relevanz personenbezogener Vergabekriterien für den Vergabewettbewerb erahnen.⁴³²

Personenbezogene Vergabekriterien scheinen nicht nur hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten wegen Nichterfüllung oder der Reihung hinter anderen Bewerbern/Bietern aufgrund von Schlechtererfüllung ein Steuerungsinstrument zu sein, sondern auch bei Personalfragen und -entscheidungen eines Unternehmens. Wenn die Verfügung über Arbeitnehmer mit bestimmten definierten Eigenschaften und Fähigkeiten mitentscheidend für den Erhalt eines Auftrages ist, werden sich die Personal- und die Marketingabteilung eines Unternehmens damit befassen müssen, wie dieses Personal gewonnen werden und langfristig an den Betrieb gebunden werden kann. Dadurch wird die Konkurrenzfähigkeit gegenüber Mitbewerbern in zukünftigen Vergabeverfahren aufrechterhalten. Angelegenheiten des Personalmanagements und

⁴³⁰ Vgl VÖTB, Katalog der Eignungskriterien und Bestbieterkriterien für den Trockenbau, S 4. Online abrufbar unter: svoetb.at/itrfile/_1_/fcfa345a20034843f55024e8f8e52f45/V%C3%96TB_Kriterienkatalog_2016.pdf (abgerufen am 15.01.2020).

⁴³¹ Vgl Sozialpartner-Initiative, Bestbieterkriterien-Katalog – Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, S 20ff. Online abrufbar unter: www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf (abgerufen am 17.09.2019).

⁴³² Zur Relevanz und Häufigkeit bestimmter personenbezogener Vergabekriterien in öffentlichen Ausschreibungen siehe auch Unterkapitel 8.2.1.4, 8.2.2.3 und 8.2.3.3.

-marketings, die sich im Zusammenhang mit personenbezogenen Vergabekriterien ergeben, werden nachfolgend behandelt.

7.1 Personalbedarf

Den Ausgangspunkt für die Ermittlung des Personalbedarfs eines Unternehmens stellt der Personalbestand dar.⁴³³ Dieser gibt Auskunft darüber, wie viele Mitarbeiter welcher Qualifikation dem Unternehmen zur Verfügung stehen. Von diesem personellen Ist-Zustand ausgehend wird sowohl unter Berücksichtigung unternehmensinterner (zB Leistung bestehender Mitarbeiter, Mitarbeiterfluktuation) als auch unternehmensexterner (zB Entwicklung der Branche, Wettbewerbssituation) Einflussfaktoren ermittelt, welche personellen Veränderungen erforderlich sind, um bestimmte betriebliche Aufgaben und Unternehmensziele zu erfüllen. Der Personalbedarf entspricht also dem personellen Soll-Zustand in quantitativer und qualitativer Hinsicht.⁴³⁴

Für die gegenständliche Arbeit steht nicht der personelle Gesamtbedarf eines Unternehmens im Vordergrund, sondern jener Teilbedarf zur Erfüllung bzw Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien mit dem übergeordneten Unternehmensziel, den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens durch die laufende Akquisition von Aufträgen zu sichern.

Unter Berücksichtigung dieser Rahmenbedingungen sind hinsichtlich der Ermittlung des Personalbedarfs nachfolgende Fragen von Bedeutung:

- Wie viele Mitarbeiter welcher Qualifikation stehen dem Unternehmen in welchem Zeitraum, in welchem Ausmaß (Wochenstunden) und an welchem Ort zur Verfügung? Hierbei muss unter anderem eruiert werden, wie lange welche Mitarbeiter in laufenden Projekten gebunden sind und ob in nächster Zeit mit Abgängen (zB aufgrund von Pensionierung, Karenz, Auslaufen befristeter Verträge) oder Zugängen (zB aufgrund von Ausbildungsabschluss, Wiederaufnahme der Arbeit nach Karenz oder langer Krankheit) zu rechnen ist.
- Bei welchen der in nächster Zeit potenziell anstehenden Bauprojekte – dh solchen, die für das Unternehmen interessant sind und für die daher angeboten werden soll – spielt die Erfüllung bzw Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien eine Rolle? Wie sehen die personellen Anforderungen aus, die in den jeweiligen öffentlichen Ausschreibungen vorzufinden sind?

⁴³³ Vgl *Jung*, Personalwirtschaft¹⁰, S 113.

⁴³⁴ Vgl *Kollmann*, Praxisorientierte Unternehmensführung für Ingenieure und Architekten, Unternehmenscontrolling – Unternehmensorganisation – Personalmanagement – Strategisches Management kleiner und mittlerer Ingenieur- und Architekturbüros, S 118 und *Scherm/Süß*, Personalmanagement³, S 23.

- Reicht das im Unternehmen bereits vorhandene Personal in quantitativer und qualitativer Hinsicht für die Erfüllung bzw. Bessererfüllung dieser personenbezogenen Vergabekriterien aus? Kann ein etwaiger kurzfristiger, unerwarteter Ausfall von Mitarbeitern, die zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung solcher Kriterien geeignet wären, durch anderes bestehendes Personal kompensiert werden? Sofern diese Fragen zu verneinen sind, muss das Personaldefizit mittels Personalbeschaffung ausgeglichen werden.

Fragen zum Personalbedarf wurden in den Leitfaden für die Experteninterviews aufgenommen (siehe Anhang).

7.2 Personalbeschaffung und Personalbindung

Die Personalbeschaffung, für die in der Literatur häufig synonym die Begriffe „Personalrekrutierung“, „Personalgewinnung“ oder „Personalakquisition“ verwendet werden,⁴³⁵ umfasst nach *Martin* „alle Maßnahmen, mit denen die für das Unternehmen erforderlichen Arbeitskräfte in qualitativer, quantitativer, zeitlicher und örtlicher Hinsicht bereitgestellt werden“.⁴³⁶ Durch das Schließen von Lücken in der Belegschaft soll die Leistungsfähigkeit von Unternehmen sichergestellt werden.⁴³⁷ Den Ausgangspunkt für die Personalbeschaffung stellt die Personalanforderung (Art der Tätigkeit, erforderliche Ausbildung und Fähigkeiten, geplanter Eintrittstermin etc) dar.⁴³⁸ Für die gegenständliche Arbeit sind jene personellen Anforderungsprofile eines Unternehmens von Bedeutung, die durch personenbezogene Vergabekriterien in öffentlichen Ausschreibungen beeinflusst werden.

Unter Personalbindung sind „alle Maßnahmen und Aktivitäten eines Unternehmens [zu verstehen], die darauf abzielen, eine langfristige Beschäftigungsdauer zu erreichen“.⁴³⁹ Durch die Personalbindung wird der Zweck verfolgt, Kompetenzen, Wissen und Engagement des Personals zu nutzen und zu erhalten, um die Unternehmensziele zu erreichen.⁴⁴⁰

Nachfolgend wird zunächst auf das Thema Fachkräftemangel eingegangen, da dieser die Personalbeschaffung erschweren kann und Unternehmen unter Druck setzt, qualifiziertes Personal im Betrieb zu halten. Anschließend setzt sich diese Arbeit mit den Arten der Personalbeschaffung (Unterkapitel 7.2.2), Personalbindung (Unterkapitel 7.2.3), Anreizsystemen

⁴³⁵ Siehe zB *Schulz*, Das Geheimnis erfolgreicher Personalbeschaffung – Von der Bedarfsidentifikation bis zum Arbeitsvertrag, S 38, *Lippold*, Personalmanagement im digitalen Wandel – Die Personalmarketing-Gleichung als prozess- und wertorientierter Handlungsrahmen³, S 109 und *Scholz/Scholz*, Grundzüge des Personalmanagements³, S 138.

⁴³⁶ *Martin*, Betriebsorganisation, in: *Krause/Ulke (Hrsg)*, Zahlentafeln für den Baubetrieb⁹, S 1341.

⁴³⁷ Vgl *Scholz/Scholz*, Grundzüge des Personalmanagements³, S 138.

⁴³⁸ Vgl *Martin*, Betriebsorganisation, in: *Krause/Ulke (Hrsg)*, Zahlentafeln für den Baubetrieb⁹, S 1341.

⁴³⁹ *Flato/Reinbold-Scheible*, Zukunftsweisendes Personalmanagement – Herausforderung demografischer Wandel: Fachkräfte gewinnen, Talente halten, Erfahrung nutzen, S 73.

⁴⁴⁰ Vgl *Klimecki/Gmür*, Personalmanagement – Strategien, Erfolgsbeiträge, Entwicklungsperspektiven³, S 331f.

(Unterkapitel 7.2.4), Abwerbung von Personal (Unterkapitel 7.2.5) und Employer Branding (Unterkapitel 7.2.6) auseinander.

7.2.1 Fachkräftemangel

Ein Thema, das die österreichische Bauwirtschaft in den vergangenen Jahren beschäftigt hat und in naher Zukunft noch beschäftigen wird, ist der Fachkräftemangel.⁴⁴¹

Für den Begriff „Fachkraft“ bestehen teils unterschiedliche Definitionen. Gemäß Duden handelt es sich um Personen, die innerhalb ihres Berufs oder Fachgebiets über entsprechende Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügen.⁴⁴² Im Gabler Personal-Lexikon findet sich eine detailliertere Definition: Demnach sind Fachkräfte vornehmlich Mitarbeiter, die nach einer abgeschlossenen Berufsausbildung dazu befähigt sind, entsprechende berufliche Aufgaben wahrzunehmen. Beispielhaft angeführt werden Facharbeiter in Industrie und Handwerk. Ebenso schließt dieser Begriff solche Mitarbeiter ein, die zwar keine Führungskräfte oder Vorgesetzte sind, deren Qualifikation jedoch über die einer beruflichen Grundausbildung hinausgeht und durch Weiterbildung erlangt wurde. Beispiele hierfür sind Meister oder Techniker.⁴⁴³

Gemäß „Kollektivvertrag für Arbeiter der Baugewerbe und der Bauindustrie“ sind Facharbeiter⁴⁴⁴ *„Arbeitnehmer, die in ihrem erlernten Beruf beschäftigt werden bzw für die Beschäftigung in diesem Beruf als Facharbeiter vermittelt oder aufgenommen wurden“*.⁴⁴⁵ Dem „Kollektivvertrag für Angestellte der Baugewerbe und der Bauindustrie“ zufolge handelt es sich bei Fachkräften um Personen, die *„nach allgemeinen Richtlinien und Weisungen technische, kaufmännische und Büroarbeiten im Rahmen des ihnen erteilten Auftrages selbständig erledigen“*.⁴⁴⁶

Im „Kollektivvertrag für Arbeiter im eisen- und metallverarbeitenden Gewerbe“ finden sich neben dem Begriff „Facharbeiter“ (Lohngruppe 3) weiters sogenannte „qualifizierte Facharbeiter“ (Lohngruppe 2) und „Spitzenfacharbeiter“ (Lohngruppe 1), die sich in den Fachkenntnissen und der Arbeitsweise von den Facharbeitern der Lohngruppe 3 unterscheiden.⁴⁴⁷

Pauschal lässt sich unter dem Begriff „Fachkräftemangel“ ein Fehlen an Beschäftigten mit bestimmten, durch einen erfolgreichen Ausbildungsabschluss nachweisbaren Qualifikationen

⁴⁴¹ Vgl zB *Messner*, Fachkräfte? Mangelware!, Österreichische Bauzeitung, Nr 06/2019, S 10–11 (S 10) und *Ebner*, Heute Lehrling, Morgen Führungskraft, a3BAU, Mai 2019, S 30–33 (S 30).

⁴⁴² Vgl Duden: Fachkraft. Online abrufbar unter: www.duden.de/suchen/dudenonline/Fachkraft (abgerufen am 24.01.2020).

⁴⁴³ *Büdenbender/Strutz*, Gabler Kompaktlexikon Personal – Wichtige Begriffe zu Personalwirtschaft, Personalmanagement, Arbeits- und Sozialrecht³, S 103.

⁴⁴⁴ Eine allgemeine Definition für den Begriff „Facharbeiter“ findet sich im Berufsausbildungsgesetz (BAG, StF BGBl Nr 142/1969). Die Bezeichnung ist demgemäß an die erfolgreiche Ablegung einer Lehrabschlussprüfung geknüpft. Vgl § 21 Abs 3 lit b BAG.

⁴⁴⁵ Anhang I Kollektivvertrag für Arbeiter der Baugewerbe und der Bauindustrie, Fassung vom 01.05.2021.

⁴⁴⁶ § 9 Kollektivvertrag für Angestellte der Baugewerbe und der Bauindustrie, Fassung vom 01.05.2021.

⁴⁴⁷ Vgl Abschnitt IX Kollektivvertrag für Arbeiter im Eisen- und Metallverarbeitenden Gewerbe, Fassung vom 01.01.2022.

subsumieren.⁴⁴⁸ Ökonomisch betrachtet besteht ein Nachfrageüberhang am Arbeitsmarkt, dh die nachgefragte Menge an qualifizierten Arbeitskräften ist größer als die am Arbeitsmarkt verfügbare Menge.⁴⁴⁹

Der Fachkräftemangel macht sich unter anderem durch lange unbesetzte Stellen, sinkende Bewerberzahlen, eine Abnahme der Qualität der Bewerbungen, eine Steigerung der Arbeitsintensität und Zunahme der Überstunden bei bestehenden Mitarbeitern sowie höhere Arbeitsentgelte und Zusatzleistungen für neue Mitarbeiter bemerkbar.⁴⁵⁰

Im Rahmen einer vom Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft (ibw) im April 2019 durchgeführten Unternehmensbefragung zum Fachkräftebedarf/-mangel wurden 4.613 in Österreich ansässige Betriebe, davon 1.047 (22,7%) der Branche Bau- und Baunebengewerbe, danach gefragt, wie stark der Fachkräftemangel im Jahr vor der Befragung verspürt wurde. Von den Unternehmen im Bau- und Baunebengewerbe gaben 54,9% an, den Fachkräftemangel „sehr stark“ verspürt zu haben. 29,6% gaben „eher stark“ als Antwort an.⁴⁵¹ Schwierig gestaltete sich insbesondere die Suche nach geeigneten Mitarbeitern mit Lehrabschluss, wohingegen die Suche nach Personen mit HAK-, AHS- oder Hochschulabschluss weniger problematisch sei.⁴⁵² In der Baubranche tätige Unternehmen klagen darüber, dass es überhaupt zu wenige Interessenten für eine Lehrausbildung im gewerblichen Bereich gäbe (siehe auch Unterkapitel 5.3).⁴⁵³

Im September 2020, also bereits mitten in der Corona-Pandemie, wurde vom ibw neuerlich eine Unternehmensbefragung zum Fachkräftebedarf/-mangel durchgeführt. 4.431 in Österreich ansässige Unternehmen nahmen teil, darunter waren 1.108 Unternehmen des Bau- und Baunebengewerbes (25,0%).⁴⁵⁴ Auf die Frage, wie stark die Unternehmen zum Zeitpunkt der Befragung vom Fachkräftemangel betroffen waren, gaben 47,7% der Bauunternehmen „sehr stark“ und 29,3% „eher stark“ als Antwort an. Lediglich 9,3% gaben an, gar nicht vom Fachkräftemangel betroffen zu sein.⁴⁵⁵ Die Auswertung ist in Abbildung 7.1 grafisch dargestellt.

⁴⁴⁸ Vgl *Bosch*, Fachkräftemangel: Scheinproblem oder Wachstumshemmnis?, *Wirtschaftsdienst - Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, September 2011, S 583–586 (S 584).

⁴⁴⁹ Vgl *Elias-Linde*, Personalknappheit als betriebswirtschaftliches Problem, S 4.

⁴⁵⁰ Vgl *Dornmayr/Rechberger*, Unternehmensbefragung zum Fachkräftebedarf/-mangel 2019 – Fachkräftesradar 2019 – Teil II, *ibw-Forschungsbericht Nr 198*, S 1 und S 23.

⁴⁵¹ Vgl ebd, S 7 und S 40.

⁴⁵² Vgl ebd, S 86f.

⁴⁵³ Vgl zB *Ebner/Müller-Hofstetter*, Es fehlt an allen Ecken und Enden, *a3BAU*, September 2019, S 10–15 (S 11) und *Müller-Hofstetter*, Mehr als nur „Ziegel schupfen“, *a3BAU*, Jänner/Februar 2020, S 18–20 (S 19).

⁴⁵⁴ Vgl *Dornmayr/Rechberger*, Unternehmensbefragung zum Fachkräftebedarf/-mangel 2020 – Fachkräftesradar 2020, *ibw-Forschungsbericht Nr 204*, S 48.

⁴⁵⁵ Vgl ebd, S 7.

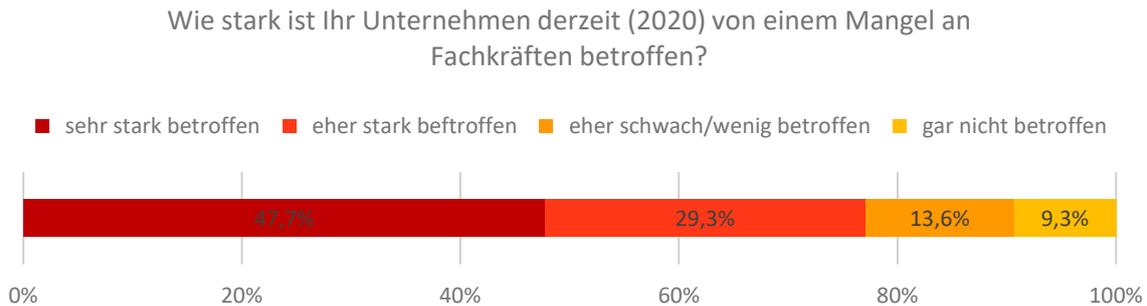


Abbildung 7.1: Auswertung der Frage nach der Stärke des Fachkräftemangels in befragten Bauunternehmen, 2020⁴⁵⁶

Hinsichtlich der Frage nach der Einschätzung der Entwicklung des Fachkräftemangels in den drei Jahren nach der Befragung rechnen 63,1% der Bauunternehmen damit, dass der Fachkräftemangel „stark zunehmen“ wird und 18,3% gehen davon aus, dass dieser zumindest „etwas zunehmen“ wird. 12,8% nehmen an, dass der Fachkräftemangel in ihrer Branche „konstant bleiben“ wird. Nur die wenigsten gehen davon aus, dass es zu einer Abnahme des Fachkräftemangels kommen wird. Lediglich 1,3% sehen keinen Mangel in ihrer Branche, weshalb sie keine Einschätzung zur Entwicklung des Fachkräftemangels treffen konnten/wollten. Abbildung 7.2 zeigt die detaillierte Auswertung zur Frage.⁴⁵⁷

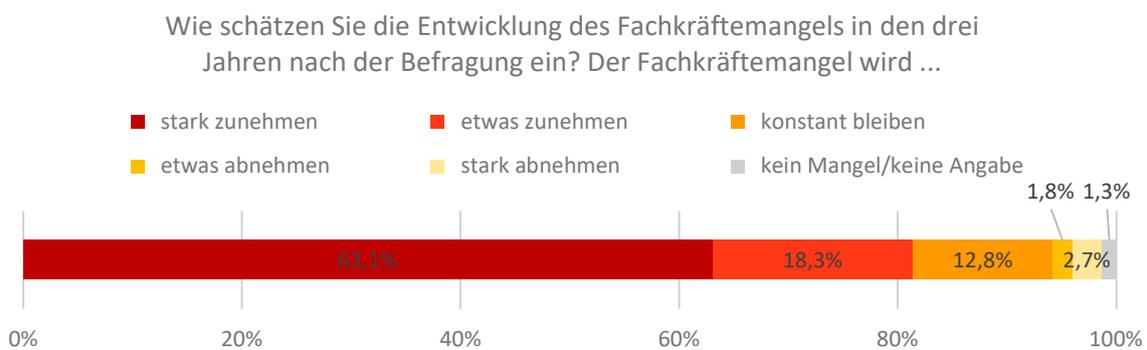


Abbildung 7.2: Auswertung der Frage nach der Entwicklung des Fachkräftemangels in den drei Jahren nach der Befragung⁴⁵⁸

Der Fachkräftemangel in Österreich liegt zum einen in der demografischen Entwicklung und zum anderen im Trend zu weiterführender Schulbildung und Hochschulbildung begründet.⁴⁵⁹ Die demografische Entwicklung ist durch einen steigenden Anteil der älteren und einen sinkenden

⁴⁵⁶ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl ebd, S 7. Hinweis: Die Summe von 99,9% in der Grafik ergibt sich aufgrund des Rundens auf eine Nachkommastelle.

⁴⁵⁷ Vgl ebd, S 110.

⁴⁵⁸ Eigene Darstellung; für statistische Daten vgl ebd, S 110.

⁴⁵⁹ Vgl zB *Affenzeller*, Auf der Suche nach den Spezialisten, Bau & Immobilien Report, Juli/August 2017, S 30–32 (30f) und *Faustmann*, Regionaler Fachkräftebedarf im Kontext von Migration und Digitalisierung, Wirtschaftspolitische Blätter, Nr 01/2019, S 91–107 (S 93).

Anteil der jüngeren Bevölkerung gekennzeichnet.⁴⁶⁰ Dies spiegelt sich in der Altersstruktur der Erwerbstätigen wider und führt allmählich dazu, dass die Anzahl der Pensionierungen die Anzahl der Berufseinstiege übersteigt. Mit einer im Vergleich zur Berufsausbildung (Lehre) längeren (Hoch)Schulbildung ist meist ein späterer Berufseinstieg verbunden.⁴⁶¹

Gab es im Jahr 1998 in der Altersgruppe der 15- bis 24-Jährigen noch etwa doppelt so viele Erwerbstätige⁴⁶² wie in der Altersgruppe der 55- bis 64-Jährigen (501.500 zu 250.300 Erwerbstätige, jeweils Jahresdurchschnittswerte), so änderte sich die Altersstruktur in den darauffolgenden Jahren soweit, dass erstmals im Jahr 2016 die Anzahl der Erwerbstätigen in der Altersgruppe der 15- bis 24-Jährigen unter jene der 55- bis 64-Jährigen fiel (501.200 zu 538.100 Erwerbstätige). Seither liegt die Anzahl der Erwerbstätigen in der Altersgruppe der 15- bis 24-Jährigen immer deutlich unter jener der 55- bis 64-Jährigen. Im Jahr 2020 gab es durchschnittlich 454.300 Erwerbstätige in der Gruppe der 15- bis 24-Jährigen und 687.800 Erwerbstätige in der Gruppe der 55- bis 64-Jährigen. Letztere Gruppe enthielt im Jahr 2020 also um etwa die Hälfte mehr Erwerbstätige als erstere.⁴⁶³

Im Bauwesen befeuert zusätzlich die positive Konjunktorentwicklung mit vollen Auftragsbüchern den Fachkräftemangel.⁴⁶⁴ Daten der Statistik Austria für die Jahre 2015–2019 (Werte für 2020 liegen erst mit Juli 2022 vor) zeigen eine kontinuierliche Steigung des Produktionswertes im ÖNACE Abschnitt F – Bau. Der Produktionswert lag im Jahr 2015 bei 44,96 Mrd €, 2016 bei 46,39 Mrd € (+3,2% gegenüber dem Jahr zuvor), 2017 bei 48,50 Mrd € (+4,5%), 2018 bei 51,58 Mrd € (+6,4%) und 2019 bei 54,38 Mrd € (+5,4%).⁴⁶⁵ *Birtel*, Vorstandsvorsitzender der STRABAG SE, erklärt in einem Interview Anfang 2020: „*Unsere Bauleistung ist auf Rekordniveau und auch unser Auftragsbestand ist auf einem sehr hohen Level – und das in beinahe all unseren Märkten. Gleichzeitig haben wir begrenzte Ressourcen, um das alles abzuarbeiten, wobei unsere wichtigste Ressource die Menschen sind.*“⁴⁶⁶

⁴⁶⁰ Vgl WKO, Demografische Entwicklung in Österreich: Mehr ältere und weniger jüngere Menschen, WKO-News vom 20.05.2020. Online abrufbar unter: news.wko.at/news/oesterreich/Demografische_Entwicklung_in_Oesterreich.html (abgerufen am 30.05.2020).

⁴⁶¹ Vgl zB *Affenzeller*, Auf der Suche nach den Spezialisten, Bau & Immobilien Report, Juli/August 2017, S 30–32 (S 30f) und *Faustmann*, Regionaler Fachkräftebedarf im Kontext von Migration und Digitalisierung, Wirtschaftspolitische Blätter, Nr 01/2019, S 91–107 (S 93).

⁴⁶² Zu Erwerbstätigen zählen gegenständlich Personen mit einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von mindestens einer Stunde (exklusive Personen, die Präsenz- oder Zivildienst leisten).

⁴⁶³ Vgl Statistik Austria, Erwerbstätige nach Alter und Geschlecht seit 1994, Statistik vom 16.03.2021. Online abrufbar unter: www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/erwerbstaetige/index.html (abgerufen am 02.04.2021).

⁴⁶⁴ Vgl zB *Messner*, Fachkräfte? Mangelware!, Österreichische Bauzeitung, Nr 06/2019, S 10–11 (S 10).

⁴⁶⁵ Vgl Statistik Austria, Statistische Datenbank STATcube, Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (abgerufen am 14.08.2021).

⁴⁶⁶ *Birtel* in *Gary*, Fachkräfte gesucht, a3BAU, Jänner/Februar 2020, S 12–15 (S 13).

Aufgrund des Fachkräftemangels bzw der für den Fachkräftemangel ursächlichen Gründe ist davon auszugehen, dass auch die Personalressourcen für die Erfüllung bzw Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien in den Unternehmen der Baubranche knapp sind.

7.2.2 Interne und externe Personalbeschaffung

Grundsätzlich wird zwischen zwei Arten oder Wegen der Personalbeschaffung differenziert: der internen und der externen Personalbeschaffung.

Bei der internen Personalbeschaffung wird das benötigte Personal innerhalb des Unternehmens rekrutiert, dh das Personaldefizit wird durch Mitarbeiter ausgeglichen, die bereits für das Unternehmen arbeiten. Eine weitere Unterteilung der internen Personalbeschaffung in eine Beschaffung ohne und mit Personalbewegung ist möglich. Findet keine Personalbewegung statt, so wird das Defizit durch zusätzliche Arbeitsleistungen bestehender Mitarbeiter gedeckt (zB in Form von Mehrarbeit/Überstunden oder Verschiebung von Urlaub auf Zeiten mit weniger Aufträgen). Die Personalbeschaffung ohne Personalbewegung ist allerdings nur zur Beseitigung eines vorübergehenden Personaldefizits gedacht. Möglichkeiten der internen Personalbeschaffung mit Personalbewegung bieten sich zB durch Versetzungen, innerbetriebliche Stellenausschreibungen oder Personalentwicklung (siehe Unterkapitel 7.3). Zu beachten ist, dass Personalbeschaffung mit Personalbewegung wiederum personelle Lücken an anderen Stellen im Unternehmen hervorruft, die geschlossen werden müssen.⁴⁶⁷

Stehen unternehmensintern keine geeigneten Arbeitskräfte zur Verfügung, so wird das benötigte Personal außerhalb des Unternehmens rekrutiert.⁴⁶⁸ Diese sogenannte „externe Personalbeschaffung“ lässt sich in die passive und in die aktive Personalbeschaffung unterteilen. Die passive Personalbeschaffung zeichnet sich dadurch aus, dass Unternehmen von sich aus keine oder kaum Anwerbungsmaßnahmen durchführen (müssen). Zur passiven Beschaffung zählt beispielsweise die Initiativbewerbung (blinde Bewerbung), bei der Bewerber von sich aus das Unternehmen kontaktieren, die Auswahl aus einer vom Unternehmen bestehenden Bewerberkartei oder das Personalleasing (Arbeitskräfteüberlassung, Leiharbeit). Der Einsatz von Leiharbeitern auf Baustellen ist üblich und eignet sich zur Überbrückung kurzzeitiger Leistungsspitzen.⁴⁶⁹

Bei der aktiven Personalbeschaffung werden Arbeitskräfte aktiv angeworben und zur Bewerbung bewegt.⁴⁷⁰ Dieser Weg der Beschaffung wird bei einer angespannten Arbeitsmarktlage (siehe auch Unterkapitel 7.2.1) oder bei dringlichem Bedarf an zusätzlichen Mitarbeitern im Unternehmen erforderlich. Eine aktive Beschaffung erfolgt beispielsweise über aufgegebene Stellenanzeigen (zB

⁴⁶⁷ Vgl Jung, Personalwirtschaft¹⁰, S 136ff.

⁴⁶⁸ Vgl Aigner/Bauer, Der Weg zum richtigen Mitarbeiter – Personalplanung, Suche, Auswahl und Integration, S 47f.

⁴⁶⁹ Vgl Jung, Personalwirtschaft¹⁰, S 143ff.

⁴⁷⁰ Vgl Scherm/Süß, Personalmanagement³, S 33.

auf Online-Jobbörsen oder Unternehmens-Homepages), Werbemaßnahmen an Hochschulen (zB durch Anbieten von Praktikantenstellen, Zusammenarbeit bei Diplomarbeiten oder Halten von Fachvorträgen), durch bereits bestehende Mitarbeiter im Betrieb („Mitarbeiter suchen Mitarbeiter“) oder direkte Kontaktaufnahme mittels Personalberatern/Headhuntern.⁴⁷¹ „Headhunter versuchen (...) eine von der Qualifikation her genau bestimmte, in einigen Fällen sogar namentlich benannte Person aus ihren vertraglichen Bindungen zu lösen.“⁴⁷² Über die Direktansprache werden insbesondere bei qualifizierten Führungskräften Abwerbeversuche durchgeführt.⁴⁷³

Bei der externen Personalbeschaffung steht im Gegensatz zur internen Personalbeschaffung ein größerer Pool für die Personalauswahl zur Verfügung. Allerdings hat das Unternehmen bei der externen Personalbeschaffung mit gänzlich neuen Bewerbern zu tun und daher keine Erfahrungswerte zu deren Fähigkeiten. Umgekehrt weiß der Bewerber nicht über unternehmensinterne Abläufe Bescheid. Hinzu kommt, dass der Prozess der Bewerbersuche und -auslese zeitaufwändig ist und externe Bewerber meist höhere Gehaltsforderungen haben als interne.⁴⁷⁴

Für die gegenständliche Arbeit sind Maßnahmen vordergründig, die der Beschaffung von Arbeitern und Angestellten dienen, die zur Erfüllung bzw Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien beitragen. Wie bereits zuvor erwähnt, muss sich die Personalbeschaffung am jeweiligen Anforderungsprofil orientieren.

Fragen zur Personalbeschaffung wurden in den Leitfaden für die Experteninterviews aufgenommen (siehe Anhang).

7.2.3 Formen der Personalbindung

In ihrem Artikel „A Three-Component Conceptualization of Organizational Commitment“ gehen Meyer/Allen davon aus, dass die psychologische Verbundenheit eines Mitarbeiters gegenüber dem Unternehmen (organizational commitment) aus zumindest drei Komponenten besteht:⁴⁷⁵

- affektive Verbundenheit (affective commitment): Diese wird von Mitarbeitern empfunden, die mit den Bedingungen in ihrem Job, zB ihren Aufgaben, ihrer Position und ihrem sozialen

⁴⁷¹ Vgl Jung, Personalwirtschaft¹⁰, S 146ff.

⁴⁷² Stopp, Betriebliche Personalwirtschaft – Zeitgemäße Personalwirtschaft – Notwendigkeit für jedes Unternehmen²⁷, S 67f.

⁴⁷³ Vgl ebd, S 68.

⁴⁷⁴ Vgl Schulz, Das Geheimnis erfolgreicher Personalbeschaffung – Von der Bedarfsidentifikation bis zum Arbeitsvertrag, S 38f.

⁴⁷⁵ Vgl Meyer/Allen, A Three-Component Conceptualization of Organizational Commitment, Human Resource Management Review, Human Resource Management Review, Volume 1, No 1, 1991, S 61–89 (S 67ff).

Arbeitsumfeld, zufrieden sind, sich mit dem Unternehmen und dessen Werten identifizieren und sich dem Unternehmen zugehörig fühlen. → „*Ich möchte bleiben.*“

- kalkulative Verbundenheit⁴⁷⁶ (continuance commitment): Diese wird von Mitarbeitern verspürt, die erkennen, welche Verluste oder (monetären) Einbußen ein Ausstieg aus dem Job mit sich bringen würde. So kann sich ein Mitarbeiter zB aufgrund des drohenden Verlustes bestimmter Benefits oder des positiven Betriebsklimas, fehlender alternativer Jobangebote oder der als „verloren“ empfundenen Aus- und Weiterbildungszeit im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses für einen Verbleib im Unternehmen entscheiden. → „*Ich muss bleiben.*“
- normative Verbundenheit (normative commitment): Mitarbeiter mit einer hohen normativen Verbundenheit sehen den Verbleib im Unternehmen als moralisch richtig an. Diese Verbundenheitskomponente kann entstehen, wenn das Unternehmen viel in den Mitarbeiter investiert und diesen unterstützt hat, wie zB durch ermöglichte Weiterbildungsmaßnahmen. → „*Ich sollte bleiben.*“

Üblicherweise verspüren Mitarbeiter nicht nur eine dieser drei Komponenten der Verbundenheit zu ihrem Unternehmen, sondern eine Kombination daraus mit unterschiedlich starker Ausprägung der einzelnen Komponenten.⁴⁷⁷

Klimecki/Gmür sehen neben diesen drei Komponenten weiters die Komponente der Verbundenheit oder Bindung durch Zwang. Hiervon ist zu sprechen, wenn ein Mitarbeiter nur im Unternehmen bleibt, weil er sich dazu gezwungen sieht (entspricht einer unfreiwilligen Bindung). In der Praxis ist davon auszugehen, dass Zwangsmittel vor allem dann zur Anwendung kommen, wenn Mitarbeiter Qualifikationen besitzen, deren Wegfall den Bestand des Unternehmens gefährden könnte. Zwangsbindung kann bei entsprechend gestalteten Arbeitsverträgen bestehen.⁴⁷⁸ Unternehmen haben also die Möglichkeit, die Mitarbeiterbindung mittels Regelungen in Arbeitsverträgen zu sichern und damit den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen zu erschweren.

Gemäß § 36 Angestelltengesetz (AngG) und § 2c AVRAG (gilt für Arbeitsverhältnisse, auf die das AngG nicht anzuwenden ist) ist beispielsweise eine sogenannte „Konkurrenzklausel“ im Arbeitsvertrag zulässig, wonach Angestellte und Arbeiter für den Zeitraum von maximal einem

⁴⁷⁶ In der deutschsprachigen Literatur sind anstelle der kalkulativen Verbundenheit vielfach andere Ausdrücke in Verwendung, wie zB die kalkulatorische oder die rationale Verbundenheit. Vgl zB *Brademann/Piorr*, Das affektive Commitment der Generation Z – Eine empirische Analyse des Bindungsbedürfnisses an Unternehmen und dessen Einflussfaktoren, S 7. Die exakte deutsche Übersetzung des Begriffs „continuance“ lautet allerdings „Fortsetzung“.

⁴⁷⁷ Vgl *Meyer/Allen*, A Three-Component Conceptualization of Organizational Commitment, Human Resource Management Review, Human Resource Management Review, Volume 1, No 1, 1991, S 61–89 (S 68).

⁴⁷⁸ Vgl *Klimecki/Gmür*, Personalmanagement – Strategien, Erfolgsbeiträge, Entwicklungsperspektiven³, S 337f.

Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht im Geschäftszweig des bisherigen Arbeitgebers tätig werden dürfen. Voraussetzung dafür ist, dass eine bestimmte Einkommensgrenze im letzten Arbeitsmonat überschritten wurde (3.700 € monatliches Bruttoentgelt für Arbeitsverhältnisse ab dem 29.12.2015, Stand 2021).⁴⁷⁹

Die Gültigkeit einer vertraglich vereinbarten Konkurrenzklausele ist von der Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abhängig. Die Klausel wird also nicht bei jeder Beendigungsart schlagend. Für jene für die Personalbindung relevanten Fälle der arbeitnehmerseitigen Kündigung oder des Austritts durch den Arbeitnehmer hat die Klausel Gültigkeit, sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch schuldhaftes Verhalten nicht zur Beendigung bewogen hat. Vereinbarte Konventionalstrafen für Verstöße gegen die Konkurrenzklausele dürfen maximal das Sechsfache des letzten Nettomonatsentgelts betragen.⁴⁸⁰

§ 2d AVRAG lässt eine schriftliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag zu, nach der Arbeitgeber aufgewendete Ausbildungskosten für erworbene theoretische und praktische Spezialkenntnisse der Arbeitnehmer sowie das fortgezahlte Entgelt während der Dienstfreistellung zurückverlangen können, wenn Mitarbeiter das Unternehmen verlassen. Ein Ausbildungskostenrückerersatz kann nur vereinbart werden, wenn die erworbenen Spezialkenntnisse auch bei anderen Arbeitgebern verwertet werden können. Der vom Mitarbeiter zu erstattende Betrag ist entsprechend höher, je näher das Ausbildungsende und der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusammenliegen, wobei die Rückzahlungsverpflichtung grundsätzlich bei Erreichung eines zeitlichen Abstandes von vier Jahren gänzlich aufgehoben wird. Kein Anspruch auf Ausbildungskostenrückerersatz besteht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit, unbegründeter Entlassung oder Entlassung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, begründetem vorzeitigem Austritt des Arbeitnehmers oder Kündigung durch den Arbeitgeber, außer der Arbeitnehmer hat die Kündigung durch schuldhaftes Verhalten veranlasst.

Regelungen zum Ausbildungskostenrückerersatz für Personen, die eine Bauhandwerkerschule besuchen, finden sich in § 9 des Zusatzkollektivvertrags über die Ausbildung von Bauhandwerkerschülern⁴⁸¹, dh hier kommt § 2d AVRAG nicht zur Anwendung.⁴⁸² Wird das Arbeitsverhältnis etwa durch Kündigung durch den Arbeitnehmer oder Austritt ohne wichtigen Grund beendet, so ist der Arbeitnehmer dazu verpflichtet, dem Arbeitgeber einen Teil der

⁴⁷⁹ Vgl § 36 AngG, § 2c AVRAG und Arbeiterkammer, Konkurrenzklausele. Online abrufbar unter: www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/Arbeitsvertraege/UnfaireKlauselninArbeitsvertraegen/Konkurrenzklausele.html# (abgerufen am 28.01.2021).

⁴⁸⁰ Vgl § 37 AngG, § 2c AVRAG und Arbeiterkammer, Konkurrenzklausele. Online abrufbar unter: www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/Arbeitsvertraege/UnfaireKlauselninArbeitsvertraegen/Konkurrenzklausele.html# (abgerufen am 28.01.2021).

⁴⁸¹ Diesen Zusatzkollektivvertrag gibt es sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte.

⁴⁸² Vgl *Wiesinger*, Arbeitsrecht in der Bauwirtschaft - Praxishandbuch für Bauindustrie und Baugewerbe³, S 186.

Ausbildungskosten zurückzuzahlen. Die Rückzahlungsverpflichtung besteht für drei Jahre nach dem erfolgreichen Ausbildungsabschluss.⁴⁸³

Die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen stellt eine weitere vertragliche Bindungsmaßnahme dar.⁴⁸⁴ Bei der Kündigungsfrist handelt es sich um die Zeitspanne zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ende des Arbeitsverhältnisses.⁴⁸⁵ Regelungen, welche die Kündigung bei Angestellten betreffen, sind im AngG enthalten: Die Kündigungsfrist bei Kündigung durch den Arbeitnehmer beträgt einen Monat, eine Ausdehnung auf maximal sechs Monate kann jedoch vertraglich vereinbart werden. Gleichzeitig darf allerdings die vereinbarte Kündigungsfrist bei arbeitgeberseitiger Kündigung nicht kürzer sein als die Kündigungsfrist bei arbeitnehmerseitiger Kündigung.⁴⁸⁶ Kündigt der Arbeitnehmer fristwidrig, so kann der Arbeitgeber unter Umständen einen Schadenersatzanspruch geltend machen.⁴⁸⁷

Mit vertraglichen Bindungsmaßnahmen alleine kann lediglich eine kurzzeitige Bindung eines Mitarbeiters an ein Unternehmen erreicht werden. Arbeitnehmer, die mit ihrer Tätigkeit, dem Arbeitsklima oder den im Unternehmen gelebten Werten unzufrieden sind, werden über kurz oder lang das Unternehmen verlassen. Eine langfristige Bindungswirkung wird durch all jene Maßnahmen und Aktivitäten erzielt, welche zur Arbeitszufriedenheit beitragen. Betriebliche Anreize können hierfür hilfreich sein.⁴⁸⁸

Fragen zur Personalbindung wurden in den Leitfaden für die Experteninterviews aufgenommen (siehe Anhang).

7.2.4 Anreizsysteme

Wenn Humanressourcen am Arbeitsmarkt knapp sind, bestehende Mitarbeiter aufgrund ihres Know-hows und ihrer Kompetenzen durch andere nur schwer zu substituieren sind und Maschinen die menschliche Arbeitskraft nicht ersetzen können, stellen qualifizierte und loyale Mitarbeiter einen der wichtigsten Wettbewerbs- und Erfolgsfaktoren für ein Unternehmen dar.⁴⁸⁹ Personalbeschaffung hat sich in den vergangenen Jahren dahingehend entwickelt, dass sich

⁴⁸³ Vgl § 9 Kollektivvertrag über die Ausbildung von Bauhandwerkerschülern, Arbeiter und § 9 Kollektivvertrag über die Ausbildung von Bauhandwerkerschülern, Angestellte.

⁴⁸⁴ Vgl *Flato/Reinbold-Scheible*, Zukunftsweisendes Personalmanagement – Herausforderung demografischer Wandel: Fachkräfte gewinnen, Talente halten, Erfahrung nutzen, S 87.

⁴⁸⁵ Vgl WKO, Arbeitnehmerkündigung: Inhalt und Form – Kündigungsausspruch – Kündigungsfrist und -termin – Entlassung während der Kündigungsfrist. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Arbeitnehmerkündigung.html (abgerufen am 28.01.2021).

⁴⁸⁶ Vgl § 20 Abs 4 AngG.

⁴⁸⁷ Vgl *Wiesinger*, Arbeitsrecht in der Bauwirtschaft - Praxishandbuch für Bauindustrie und Baugewerbe³, S 187.

⁴⁸⁸ Vgl *Flato/Reinbold-Scheible*, Zukunftsweisendes Personalmanagement – Herausforderung demografischer Wandel: Fachkräfte gewinnen, Talente halten, Erfahrung nutzen, S 87f.

⁴⁸⁹ Vgl *Kolb*, Personalmanagement – Grundlagen und Praxis des Human Resources Managements², S 63f.

Unternehmen um potenzielle höherqualifizierte Arbeitnehmer bemühen müssen. Mittlerweile können sich viele Bewerber ihr Wunschunternehmen aussuchen.⁴⁹⁰

Um Individuen – im gegenständlichen Fall (potenzielle) Mitarbeiter eines Unternehmens – zu zielgerichtetem Verhalten zu motivieren und dem Unternehmen damit zur Erreichung der betrieblichen Ziele zu verhelfen, müssen diesen Personen seitens des Unternehmens Anreize geboten werden. Die Wirksamkeit eines Anreizes ist davon abhängig, ob damit ein bestimmtes Bedürfnis eines Individuums befriedigt wird und dieser Anreiz zur Zielerreichung des Einzelnen beiträgt.⁴⁹¹

Berthel/Becker beschreiben Anreizsysteme als „die Summe aller im Wirkungsverbund bewusst gestalteten und aufeinander abgestimmten Stimuli (...), die bestimmte Verhaltensweisen (durch positive Anreize, Belohnungen) auslösen bzw verstärken, die Wahrscheinlichkeit des Auftretens unerwünschter Verhaltensweisen dagegen mindern“.⁴⁹² Nach *Scherm/Süß* werden mit Anreizsystemen nachfolgende Ziele verfolgt:⁴⁹³

- Mitarbeiterakquisition
- Mitarbeiterbindung
- Erhöhung bzw Erhalt der Motivation zur Leistungserbringung

Die Mitarbeiterakquisition erfolgt mithilfe von sogenannten „Eintrittsanreizen“, also Anreizen, die Mitarbeiter dazu motivieren, überhaupt in einem Unternehmen tätig zu werden. Davon zu differenzieren sind Bleibeanreize, die Mitarbeiter im Unternehmen halten (Mitarbeiterbindung), und Leistungsanreize, die als Motivator für die Erbringung bestimmter Leistungen dienen.⁴⁹⁴ In der gegenständlichen Arbeit sind Eintritts- und Bleibeanreize von Relevanz.

Eine weitere Unterscheidung wird zwischen materiellen und immateriellen Anreizen getroffen. Materielle Anreize können weiters in monetäre und nichtmonetäre Anreize untergliedert werden.⁴⁹⁵ Materielle Anreize verfügen über einen greifbaren, meist quantifizierbaren Wert.⁴⁹⁶ In Tabelle 7.1 finden sich einige Beispiele für materielle und immaterielle Anreize.

⁴⁹⁰ Vgl *Trost*, Employer Branding: Entwickeln einer Arbeitgebermarke, Arbeit und Arbeitsrecht - Die Zeitschrift für den Personal-Profi, März 2008, S 136–140 (S 136).

⁴⁹¹ Vgl *Scherm/Süß*, Personalmanagement³, S 141f.

⁴⁹² *Berthel/Becker*, Personal-Management – Grundzüge für Konzeptionen betrieblicher Personalarbeit¹¹, S 603.

⁴⁹³ Vgl *Scherm/Süß*, Personalmanagement³, S 142.

⁴⁹⁴ Vgl ebd.

⁴⁹⁵ Vgl *Holtbrügge*, Personalmanagement⁷, S 218f.

⁴⁹⁶ Vgl *Kolb*, Personalmanagement – Grundlagen und Praxis des Human Resources Managements², S 402.

Tabelle 7.1: Beispiele für materielle und immaterielle Anreize⁴⁹⁷

Materielle Anreize		Immaterielle Anreize
Monetäre Anreize	Nichtmonetäre Anreize	
• Lohn/Gehalt	• Kinderbetreuung	• Arbeitsplatzsicherheit
• Zuschläge, Zulagen	• Dienstwohnung, Dienstwagen	• Herausfordernde, interessante Tätigkeiten
• Provisionen, Prämien	• Nutzung von Sporteinrichtungen	• Zusammenarbeit im Team
• Kapitalbeteiligung (Unternehmensbeteiligung)	• Unternehmenseigene Küche, Verpflegung	• Führungsstil im Unternehmen
		• Entwicklungs- und Aufstiegsmöglichkeiten

7.2.5 Abwerbung von Mitarbeitern

Der Fachkräftemangel erhöht die Gefahr der Abwerbung qualifizierter Mitarbeiter durch andere Unternehmen.⁴⁹⁸ In der Rsp des Obersten Gerichtshofs (OGH) wird die Abwerbung von Beschäftigten eines Mitbewerbers grundsätzlich für zulässig erachtet, dh prinzipiell ergibt sich dadurch noch kein Verstoß gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁴⁹⁹ (UWG).⁵⁰⁰

Gemäß der OGH-Entscheidung 4 Ob 125/14g vom 17.09.2014 zu dieser Thematik umfasse die Wettbewerbsfreiheit auch die Nachfrage nach Mitarbeitern. Unternehmen hätten „*ebenso wenig einen Anspruch auf den Mitarbeiterbestand, wie sie einen Anspruch auf einen Kundenbestand haben*“. Das Ausspannen von Personal eines Mitbewerbers sei selbst unter Verleitung zum Vertragsbruch nicht wettbewerbswidrig. Ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten liege gemäß dieser OGH-Entscheidung erst bei Hinzutreten besonderer, den Wettbewerb verfälschender, Begleitumstände vor, wie etwa bei „*Abwerben unter Irreführung oder mittels aggressiver geschäftlicher Handlung*“.

Geschäftspraktiken, die unrichtige Angaben enthalten oder durch die ein Marktteilnehmer getäuscht werden kann, sind nach § 2 Abs 1 UWG irreführend, wenn der Marktteilnehmer „*dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte*“. Gemäß § 1a Abs 1 UWG ist eine Geschäftspraktik als aggressiv einzustufen, „*wenn sie geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers (...) durch Belästigung, Nötigung, oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte*.“

⁴⁹⁷ Eigene Darstellung; für Beispiele zu materiellen Anreizen vgl *Holtbrügge*, Personalmanagement⁷, S 218ff, für Beispiele zu immateriellen Anreizen vgl *Huf*, Personalmanagement, S 67 und *Wegerich*, Strategische Personalentwicklung in der Praxis – Instrumente, Erfolgsmodelle, Checklisten, Praxisbeispiele³, S 138.

⁴⁹⁸ Vgl *Goldammer*, Personalmanagement in Zeiten des Fachkräftemangels – Schnelleinstieg für Architekten und Bauingenieure, S 4.

⁴⁹⁹ StF BGBl Nr 448/1984.

⁵⁰⁰ Vgl RIS-Justiz RS0078441.

In der zuvor angeführten OGH-Entscheidung wurde weiters festgestellt, dass die aufgrund eines Verstoßes gegen die Konkurrenzklausel zu zahlende Konventionalstrafe, die ein abgeworbener Arbeitnehmer zu tragen hätte, vom neuen Arbeitgeber übernommen werden darf. Dies wurde vor der gegenständlichen Entscheidung als wettbewerbswidrig angesehen. Der OGH argumentierte die Zulässigkeit der Übernahme der Strafe schließlich dahingehend, dass es aus wirtschaftlicher Sicht keinen Unterschied mache, ob der Arbeitnehmer eine sogenannte „Wechselprämie“ vom neuen Unternehmen erhalte und die Konventionalstrafe damit selbst bezahle oder das Unternehmen von vornherein die Zahlung der Strafe übernehme.⁵⁰¹

Planmäßige, gezielte Abwerbungen, die mit der Absicht betrieben werden, den Mitbewerber ernsthaft zu beeinträchtigen und dadurch zu schädigen sieht die Judikatur nach wie vor als unzulässig an.⁵⁰² Indizien für derartige Abwerbungen sind etwa, dass *„ohne Rücksicht auf andere Möglichkeiten, die der Arbeitsmarkt bietet, gerade Beschäftigte eines bestimmten Unternehmens abgeworben werden [oder dass] zahlreiche Beschäftigte eines Mitbewerbers abgeworben werden.“*⁵⁰³

Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann eine sogenannte „Mitarbeiterschutzklausel“ (auch als „Abwerbeverbot“ bekannt) im Arbeitsvertrag vereinbart werden. Diese soll verhindern, dass ein Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ehemalige Arbeitskollegen für den neuen Arbeitgeber (Mitbewerber) abwirbt oder sonst mit diesen geschäftlich zusammenarbeitet.⁵⁰⁴ Einer vertraglich vereinbarten Konventionalstrafe im Falle eines Verstoßes gegen die Mitarbeiterschutzklausel kommt dabei abschreckende Wirkung zu.⁵⁰⁵

Abwerbungen im Zusammenhang mit personenbezogenen Vergabekriterien werden im Leitfaden für die Experteninterviews thematisch behandelt (siehe Anhang).

⁵⁰¹ Vgl. OGH 17.09.2014, 4 Ob 125/14g und *Nitzl*, Konkurrenzklausel: Wer zahlen muss, wenn man abgeworben wird, Online-Ausgabe derStandard vom 26.03.2015. Online abrufbar unter: www.derstandard.at/story/2000013420381/konkurrenzklausel-wenn-man-abgeworben-wird (abgerufen am 17.03.2020).

⁵⁰² Vgl. zB RIS-Justiz RS0078461 und RS0078421.

⁵⁰³ RIS-Justiz RS0078413.

⁵⁰⁴ Vgl. *Olt*, Der Kampf um die besten Mitarbeiter - Rechtliche Aspekte des Abwerbens von Arbeitnehmern, *Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis*, Nr 6501/2016, S 3–9 (S 8).

⁵⁰⁵ Vgl. OGH 27.09.2018, 9 ObA 87/18m.

7.2.6 Employer Branding

Um die besten Mitarbeiter für das eigene Unternehmen zu gewinnen und langfristig an das Unternehmen zu binden, müssen sich Arbeitgeber auf dem Arbeitsmarkt attraktiv darstellen und positionieren. Eine Möglichkeit hierfür stellt gezieltes Employer Branding dar.⁵⁰⁶

Backhaus/Tikoo definieren Employer Branding (zu Deutsch „Arbeitgebermarkenbildung“) und die Employer Brand (zu Deutsch „Arbeitgebermarke“) wie folgt: „[E]mployer branding [is] the process of building an identifiable and unique employer identity, and the employer brand [is] a concept of the firm that differentiates it from its competitors.“⁵⁰⁷ Beim Employer Branding geht es demnach um den Aufbau einer wiedererkennbaren und einzigartigen Identität als (attraktiver) Arbeitgeber. Die Employer Brand stellt das Unternehmenskonzept dar, das den Arbeitgeber von den anderen Wettbewerbern unterscheidet. Nach *Trost* vermittelt die Arbeitgebermarke „eine Antwort auf die Frage, warum sich ein talentierter und qualifizierter Arbeitnehmer für ein bestimmtes Unternehmen als Arbeitgeber interessieren soll“.⁵⁰⁸

Bevor sich ein Unternehmen auf eine Employer-Branding-Strategie festlegt, muss es sich zunächst mit einer Reihe von zentralen Fragen auseinandersetzen:⁵⁰⁹

- Welche Zielgruppen sollen mit der Arbeitgebermarke erreicht und überzeugt werden?
- Welche Merkmale und Eigenschaften zeichnen diese Zielgruppen aus?
- Was erwarten die Zielgruppen vom Unternehmen und worauf legen sie bei ihrer Beschäftigung besonders Wert (zB überdurchschnittliche Entlohnung, flexible Arbeitszeiten, Arbeiten im Ausland)?
- Wer sind die konkurrierenden Arbeitgeber am Arbeitsmarkt und was bieten diese ihren potenziellen Bewerbern?
- Wo liegen die eigenen Stärken und Schwächen als Arbeitgeber und welche Vorteile können, davon abgeleitet, potenziellen Bewerbern und bestehenden Mitarbeitern geboten werden?

⁵⁰⁶ Vgl. *Kollmann*, Praxisorientierte Unternehmensführung für Ingenieure und Architekten, Unternehmenscontrolling – Unternehmensorganisation – Personalmanagement – Strategisches Management kleiner und mittlerer Ingenieur- und Architekturbüros, S 101.

⁵⁰⁷ *Backhaus/Tikoo*, Conceptualizing and researching employer branding, Journal Career Development International, Volume 9, No 5, 2004, S 501–517 (S 502).

⁵⁰⁸ *Trost*, Employer Branding: Entwickeln einer Arbeitgebermarke, Arbeit und Arbeitsrecht - Die Zeitschrift für den Personal-Profi, März 2008, S 136–140 (S 136).

⁵⁰⁹ Vgl. *Trost*, Die Rolle von Employer Branding bei der Gewinnung von Führungsnachwuchskräften, in: *von Au (Hrsg)*, Anreizsysteme für Leadership-Organisationen: Employer Branding und Anreizsysteme der Next Practice, S 1–14 (S 4ff) und *von Walter/Kremmel*, Employer Brand Management – Grundlagen, Strategie, Umsetzung, in: *von Walter/Kremmel (Hrsg)*, Employer Brand Management – Arbeitgebermarken aufbauen und steuern, S 3–35 (S 15f).

- Inwiefern stimmen die Arbeitgebereigenschaften mit den übergeordneten Unternehmenswerten überein?

Neben der Maximierung der Arbeitgeberattraktivität zielen Employer-Branding-Strategien darauf ab, die Rekrutierungsgenauigkeit zu verbessern. So sollen sich verstärkt jene Personen bei einem Unternehmen bewerben, die fachlich und persönlich zum Betrieb passen. Das Risiko teurer Fehlbesetzungen soll dadurch reduziert werden. Innerhalb des Unternehmens sorgt eine gut entwickelte Arbeitgebermarke für ein hohes Maß an Identifikation der Mitarbeiter mit dem Unternehmen. Dies führt zu einer Abnahme der Abgänge bzw einer sinkenden Fluktuationsrate⁵¹⁰ und ermöglicht den Erhalt von wertvollem Know-how im Betrieb.⁵¹¹

Die operative Umsetzung der entwickelten Employer-Branding-Strategie erfolgt durch Maßnahmen in unterschiedlichen Handlungsbereichen. Die Handlungsbereiche werden auch als „Kontaktpunkte“ bezeichnet, an denen (potenzielle) Mitarbeiter mit der Arbeitgebermarke in Kontakt treten. Eine Unterscheidung zwischen unternehmensinternen Kontaktpunkten (betrifft die Mitarbeiterbindung) und unternehmensexternen Kontaktpunkten (betrifft die Mitarbeitergewinnung) kann getroffen werden. Zu Ersteren zählen beispielsweise Aus- und Weiterbildung, Work-Life-Balance und Mitarbeitergespräche, zu Letzteren gehören die unternehmenseigene Karrierewebseite, Social Media und Jobmessen.⁵¹²

7.3 Personalentwicklung

Wie bereits in Unterkapitel 7.2.2 erwähnt, stellt die Personalentwicklung eine Möglichkeit zur internen Personalbeschaffung dar. Die Personalentwicklung dient dazu, die Beschäftigungsfähigkeit der Mitarbeiter eines Unternehmens durch die Vermittlung von Qualifikationen und Kompetenzen zu erhalten und weiterzuentwickeln, damit gegenwärtige und zukünftige Arbeitsaufgaben erfüllt werden können.⁵¹³

⁵¹⁰ Die Fluktuationsrate einer Periode errechnet sich zB nach einer der folgenden Formeln: $\frac{\text{Abgänge}}{\text{durchschnittlicher Personalbestand}} \times 100 [\%]$ (sogenannte „BDA-Formel“) oder $\frac{\text{Abgänge}}{\text{Anfangsbestand} + \text{Eintritte}} \times 100 [\%]$ (sogenannte „Schlüter-Formel“). Beim Vergleich von Fluktuationsraten muss darauf geachtet werden, ob nur die freiwilligen Abgänge von Mitarbeitern oder sämtliche Abgänge in die Berechnung einfließen. Vgl *Häberle (Hrsg)*, Das neue Lexikon der Betriebswirtschaftslehre – Kompendium und Nachschlagewerk mit 200 Schwerpunktthemen, 6.000 Stichwörtern, 2.000 Literaturhinweisen sowie 1.300 Internetadressen, Band A–E, S 450.

⁵¹¹ Vgl Deutsche Employer Branding Akademie, Werttreiber Employer Branding: Geringere Kosten, bessere Leistung, zufriedener Kunden, mehr Umsatz. Online abrufbar unter: www.dgfp.de/hr-wiki/Werttreiber_Employer_Branding_Geringere_Kosten_bessere_Leistung_....pdf (abgerufen am 19.02.2020).

⁵¹² Vgl *Immerschitt/Stumpf*, Employer Branding für KMU – Der Mittelstand als attraktiver Arbeitgeber², S 105ff.

⁵¹³ Vgl *Stopp/Kirschten*, Betriebliche Personalwirtschaft – Aktuelle Herausforderungen, praxisorientierte Grundlagen und Beispiele²⁸, S 299.

Nach *Jung* umfasst die Personalentwicklung „Maßnahmen, die sich mit der Förderung sowie der Aus-, Fort- und Weiterbildung von Mitarbeitern im Unternehmen beschäftigen“.⁵¹⁴ Die betriebliche Ausbildung ist überwiegender Bestandteil eines dualen Ausbildungssystems (auch Lehrausbildung oder duale Berufsausbildung). Bei einer Ausbildung in einem dualen System wird also ein Großteil der Ausbildungszeit in einem Lehrbetrieb verbracht, zu einem geringen Anteil erfolgt die Ausbildung in einer Berufsschule.⁵¹⁵ Ausbildungen sind allgemein dadurch gekennzeichnet, dass sie zu staatlich anerkannten Ausbildungsabschlüssen führen (zB Lehrabschluss, Meisterprüfung, Hochschulabschluss).⁵¹⁶ Die Begriffe „Fortbildung“ und „Weiterbildung“ werden häufig synonym verwendet. Bei einer Differenzierung zwischen diesen Begriffen meint Fortbildung, dass berufsbezogenes Wissen und Können vertieft und aktualisiert wird. Weiterbildung hat hingegen berufsverändernden Charakter (wissensbezogene Neuorientierung).⁵¹⁷

Becker untergliedert die Personalentwicklung etwas anders und unterscheidet zwischen

- der Personalentwicklung im engen Sinn (= Bildung),
- der Personalentwicklung im erweiterten Sinn (= Bildung und Förderung) und
- der Personalentwicklung im weiten Sinn (= Bildung, Förderung und Organisationsentwicklung).

Zur Bildung zählt *Becker* beispielsweise die Berufsausbildung, die Hochschulbildung, die berufliche Weiterbildung, die Führungskräftebildung und die Umschulung. Zur Förderung von Mitarbeitern gehören etwa das Coaching/Mentoring, das Führen von Mitarbeitergesprächen sowie die Karriereplanung. Die Organisationsentwicklung beinhaltet unter anderem Gruppen- und Projektarbeit sowie Betriebsevents.⁵¹⁸ Mit der Organisationsentwicklung wird auf die langfristige Bewältigung von Veränderungsprozessen in Organisationen abgezielt.⁵¹⁹ Zu solchen Veränderungsprozessen zählen etwa Umstrukturierungen oder der Einsatz neuer Technologien.⁵²⁰ Die Organisationsentwicklung spielt in der gegenständlichen Arbeit eine untergeordnete Rolle.

⁵¹⁴ *Jung*, Personalwirtschaft¹⁰, S 5.

⁵¹⁵ Vgl AMS, Ausbildungskompass. Online abrufbar unter:

www.ausbildungskompass.at/bildungssystem/#lehre-details (abgerufen am 29.12.2020) und WKO, Lehrlingsausbildung. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/bildung-lehre/lehrlingsausbildung.html (abgerufen am 29.12.2020).

⁵¹⁶ Vgl WKO, Bildung – Statistische Daten und Hintergrundinformationen. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/zahlen-daten-fakten/Daten-Bildung.html (abgerufen am 29.12.2020).

⁵¹⁷ Vgl *Stopp/Kirschten*, Betriebliche Personalwirtschaft – Aktuelle Herausforderungen, praxisorientierte Grundlagen und Beispiele²⁸, S 313.

⁵¹⁸ Vgl *Becker*, Personalentwicklung – Bildung, Förderung und Organisationsentwicklung in Theorie und Praxis⁶, S 4.

⁵¹⁹ Vgl *Stopp/Kirschten*, Betriebliche Personalwirtschaft – Aktuelle Herausforderungen, praxisorientierte Grundlagen und Beispiele²⁸, S 339f.

⁵²⁰ Vgl ebd, S 301.

Bevor innerhalb eines Unternehmens Personalentwicklungsmaßnahmen ergriffen werden, muss zunächst der individuelle Schulungs- oder Entwicklungsbedarf, dh die Differenz zwischen den Anforderungen an eine zu besetzende Stelle und den Fähigkeiten des Stelleninhabers, ermittelt werden. Sodann kann mit gezielten Entwicklungsmaßnahmen eine Anpassung der Fähigkeiten an das Anforderungsprofil vorgenommen werden.⁵²¹ Bei der Ermittlung des Entwicklungsbedarfs sollten Entwicklungswünsche der betreffenden Person mitberücksichtigt werden.⁵²²

Durch Personalentwicklungsmaßnahmen können einem Mitarbeiter fachliche, methodische und soziale Kompetenzen vermittelt werden. Bei fachlichen Kompetenzen handelt es sich um berufsbezogenes Wissen sowie berufsübergreifende Kenntnisse und Fertigkeiten. Durch methodische Kompetenzen sind Mitarbeiter dazu imstande, sich selbst zu organisieren und ihr fachliches Potenzial systematisch zu nutzen. Davon umfasst sind ebenso Fähigkeiten zur Informationsverarbeitung, zur Entscheidungsfindung, zur Problemlösung und zum vernetzten Denken. Zu sozialen Kompetenzen zählen etwa die Kommunikations-, Konflikt-, Kritik- und Teamfähigkeit sowie die Kooperationsbereitschaft. Die Summe aus fachlichen, methodischen und sozialen Kompetenzen ergibt die beruflichen Handlungskompetenzen eines Mitarbeiters.⁵²³

Bildungsmaßnahmen für Mitarbeiter können betriebsintern oder betriebsextern durchgeführt werden. Interne Bildungsmaßnahmen erfolgen durch unternehmenseigenes Personal. Externe Bildungsmaßnahmen werden von außerhalb des Unternehmens liegenden Institutionen durchgeführt, wie zB von Kammern, Verbänden oder diversen Bildungseinrichtungen. Sie sind im Vergleich zu unternehmensinternen Bildungsangeboten meist teurer und beziehen sich inhaltlich nicht konkret auf das jeweilige Unternehmen. Allerdings ermöglichen externe Bildungsangebote einen Erfahrungsaustausch zwischen Mitarbeitern unterschiedlicher Unternehmen.⁵²⁴

Unternehmen der Baubranche setzen aufgrund des zuvor erwähnten Fachkräftemangels verstärkt auf Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen bei den eigenen Mitarbeitern.⁵²⁵

Die Personalentwicklung in bauausführenden Unternehmen und Ingenieurbüros stellt eines der Themen im Leitfaden für die Experteninterviews dar (siehe Anhang).

⁵²¹ Vgl *Jung*, Personalwirtschaft¹⁰, S 5.

⁵²² Vgl ebd, S 250.

⁵²³ Vgl ebd, S 254f.

⁵²⁴ Vgl *Stopp/Kirschten*, Betriebliche Personalwirtschaft – Aktuelle Herausforderungen, praxisorientierte Grundlagen und Beispiele²⁸, S 314.

⁵²⁵ Vgl zB *Müller-Hofstetter*, Es braucht Anreize, um die Leistung zu fördern, a3BAU, September 2019, S 16–19 (S 17) und *Ebner/Müller-Hofstetter*, Es fehlt an allen Ecken und Enden, a3BAU, September 2019, S 10–15 (S 11).

8 Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien aus Expertensicht

Dieses Kapitel verschafft einen Überblick über die von Fachexperten der Baubranche wahrgenommenen Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt. Zunächst wird die angewandte Methodik erklärt, anhand der die Inhalte dieses Kapitels erarbeitet wurden (Unterkapitel 8.1). Im Anschluss wird das Expertenwissen untergliedert nach den drei Stakeholdergruppen öffentliche Auftraggeber, bauausführende Unternehmen und Ingenieurkonsulenten angeführt (Unterkapitel 8.2). Abschließend werden die wesentlichsten Aussagen der drei Gruppen zusammengefasst wiedergegeben und einander gegenübergestellt (Unterkapitel 8.3).

8.1 Datenerhebung mittels leitfadengestützter Experteninterviews

Um zu praxisnahen Forschungsergebnissen zu gelangen, wird die qualitative Methode mittels leitfadengestützter Experteninterviews gewählt. Ausschlaggebend für diese Entscheidung ist, dass mehrere unterschiedliche Themengebiete in der gegenständlichen Arbeit behandelt werden, die jeweils einer Vertiefung durch Fachwissen von Spezialisten bedürfen. Angenommen werden kann, dass Personen, die fächerübergreifende Expertise zum Befragungsgegenstand einbringen können, nicht in großer Anzahl verfügbar sind.

Die gewählte Methode ermöglicht eine gezielte Auswahl von Experten, lässt bei angesprochenen relevanten Inhalten ein vertieftes Nachfragen zu und erlaubt es, die Interviewpartner nach konkreten Beispielen aus der Praxis zu fragen, die ihre Aussagen untermauern.

In Abbildung 8.1 ist die gewählte Vorgehensweise von der Erstellung des Fragebogens bis zur zusammenfassenden Darstellung der erhobenen Statements der Experten schrittweise dargelegt. Die einzelnen Punkte werden im Anschluss daran genauer erläutert.

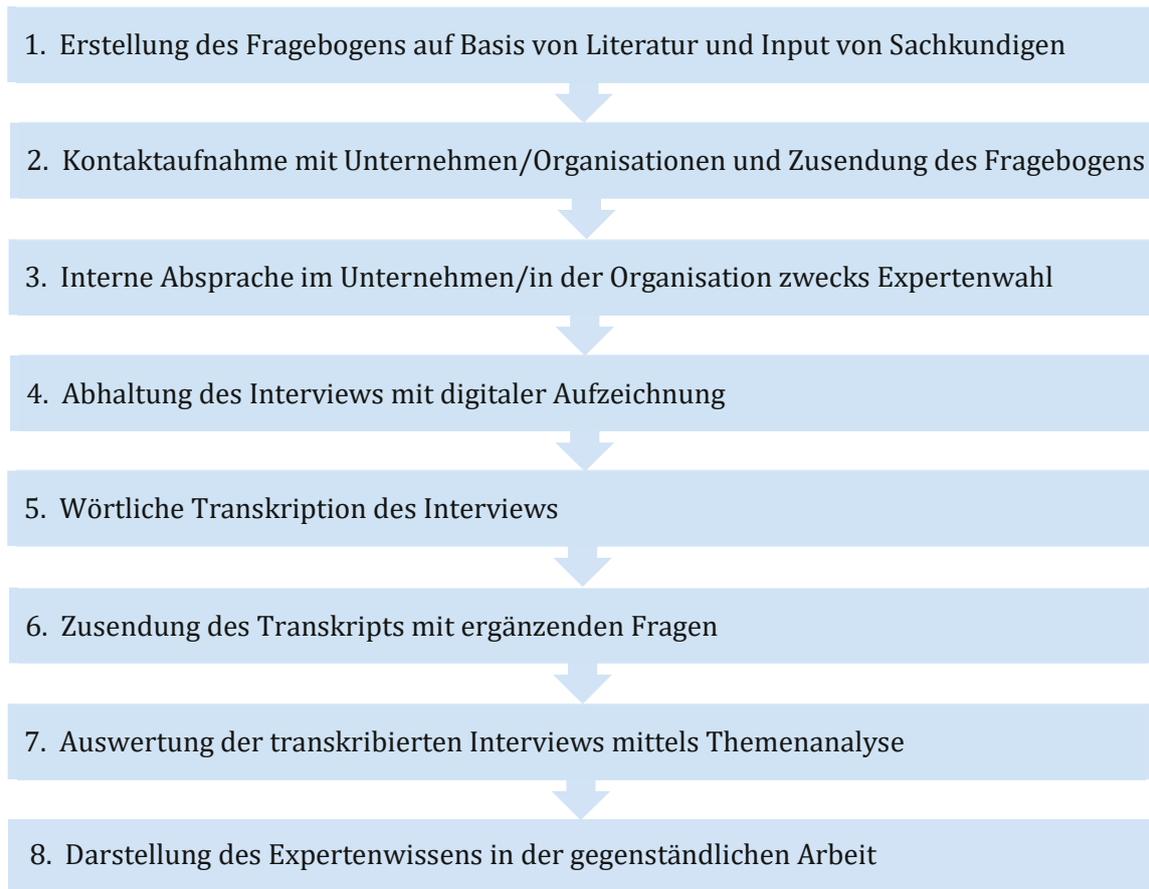


Abbildung 8.1: Methodisches Vorgehen bei der Planung, Durchführung und Auswertung der Interviews

Ad 1. Erstellung des Fragebogens auf Basis von Literatur und Input von Sachkundigen: Ausgehend von den in Kapitel 1.3 festgelegten Forschungsfragen wurden auf Basis der theoretischen Grundlagen in den Kapiteln 2 bis 7, insbesondere der herangezogenen Literatur, auf drei unterschiedliche Stakeholdergruppen – öffentliche Auftraggeber, bauausführende Unternehmen und Ingenieurkonsulenten – abgestimmte Leitfragen formuliert. Versierte Mitarbeiter des IBPM der TU Wien, dem Arbeitgeber der Verfasserin, wurden um Überprüfung auf Verständlichkeit sowie ergänzenden Input zu den Fragen gebeten. Die letzte Abstimmung und Präzisierung der Fragen erfolgte im Einvernehmen mit dem Betreuer dieser Arbeit, *Univ.Prof. Dipl.-Ing. Dr.techn. Andreas Kropik*.

Den Ingenieurkonsulenten kommt bei der Befragung eine Sonderstellung zu: Da sie hinsichtlich der Erstellung von öffentlichen Ausschreibungen beratende Tätigkeiten für die Auftraggeberseite durchführen sowie selbst Vergabekriterien erfüllen müssen, um öffentliche Aufträge zu akquirieren (also Bewerber/Bieter bzw Auftragnehmer sind), vertreten sie beide Sichtweisen. Zu einigen Fragestellungen haben sie deshalb wohl den neutralsten Standpunkt.

Die Interviewleitfragen lassen sich in sechs übergeordnete Themenbereiche unterteilen: Tätigkeitsbereich, Bestbietervergabe, personenbezogene Vergabekriterien (allgemein), Berücksichtigung sozialpolitischer Belange, Berücksichtigung der Qualifikation des

Schlüsselpersonals und Sonstiges. Unterschieden wird weiters zwischen Fragen, die an alle drei Stakeholdergruppen gerichtet werden, sowie „Komplementärfragen“, dh dass es zu Fragen auf Auftraggeberseite jeweils ein Pendant auf Auftragnehmerseite gibt.

Tabelle 8.1 verschafft eine stichwortartige Übersicht über die in den Interviewfragen behandelten Themenbereiche und deren Zuordnung. Der detaillierte Interviewleitfaden ist dem Anhang dieser Arbeit zu entnehmen.

Tabelle 8.1: Übersicht über die in den Interviewfragen behandelten Themenbereiche und deren Zuordnung

Nr	Öffentliche Auftraggeber (AG)	Bauausführende Unternehmen (BU)	Ingenieur-konsulenten
1 Tätigkeitsbereich			
1.1	Verantwortung bei Erstellung öffentlicher Ausschreibungen	Verantwortung bei Angebotsbearbeitung	wie AG + BU
1.2	Erfahrung mit Vergabekriterien	wie AG	wie AG
2 Bestbietervergabe			
2.1	Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping	wie AG	wie AG
2.2	Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien	Erfahrung mit Feigenblattkriterien	wie AG + BU
2.3	verpflichtende Mindestgewichtung	wie AG	wie AG
3 Personenbezogene Vergabekriterien (allgemein)			
3.1	Stellenwert personenbezogener Vergabekriterien in Ausschreibungen	Personalbedarf zur Erfüllung personenbezogener Vergabekriterien	wie AG + BU
3.2	Herausforderungen durch personenbezogene Vergabekriterien	Strategien/Maßnahmen zur Personalbeschaffung	wie AG + BU
3.3	Rückgang bietender Unternehmen	Strategien/Maßnahmen zur Personalbindung	wie BU
3.4	Relevanz personenbezogener Vergabekriterien in der Baubranche allgemein	wie AG	wie AG
4 Berücksichtigung sozialpolitischer Belange			
4.1	Sinnhaftigkeit sozialer Belange als Vergabekriterium	wie AG + Beurteilung der Kriterien nach Kosten-Nutzen-Aspekt	wie AG + BU
4.2	Nichterfüllung sozialer Zuschlagskriterien	Kontrolle der Einhaltung sozialer Zuschlagskriterien	wie BU
5 Berücksichtigung der Qualifikation des Schlüsselpersonals			
5.1	Definition „Schlüsselpersonal“	Verhandlungsposition für Schlüsselpersonen	wie BU
5.2	Umgehungsversuche bei Nachweisen zu Qualifikationen	Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit	wie BU

5.3	Chancen bei ausgelaufenen/nicht vorhandenen Referenzen	Umgang mit ausgelaufenen/nicht vorhandenen Referenzen	wie BU
5.4	Skalierung von Qualifikationen	Beurteilung der Kriterien nach Kosten-Nutzen-Aspekt	wie AG + BU
6 Sonstiges			
6.1	offene/nicht angesprochene relevante Themen	wie AG	wie AG

Ad 2. Kontaktaufnahme mit Unternehmen/Organisationen und Zusendung des Fragebogens: Die Kontaktaufnahme mit den Unternehmen/Organisationen bzw den jeweiligen Interviewpartnern der Stakeholdergruppen erfolgte schriftlich via E-Mail. Zu einigen wenigen Unternehmen/Organisationen bestand bereits vor Verfassung der vorliegenden Forschungsarbeit persönlicher Kontakt, bei anderen erfolgte eine Vermittlung über Arbeitskollegen der Verfasserin. Auf jene Unternehmen/Organisationen, zu denen zuvor weder persönlicher noch vermittelter Kontakt bestand (etwa die Hälfte der insgesamt angefragten Unternehmen/Organisationen), wurde die Verfasserin in Bauzeitschriften oder über eine gezielte Websuche aufmerksam. Da heutzutage viele Unternehmen/Organisationen über ihre Webseiten einen guten Überblick über die Tätigkeitsfelder ermöglichen, konnte rasch eine Auswahl relevanter Unternehmen/Organisationen getroffen werden.

Insgesamt wurde mit 41 Unternehmen/Organisationen Kontakt zwecks der Abhaltung eines Interviews aufgenommen (siehe Tabelle 8.2). Die Anfrage enthielt einen kurzen Überblick über die Thematik und die verfolgte Zielsetzung der Forschungsarbeit sowie das Angebot, den Fragebogen vorab zu übermitteln. So wurde den Unternehmen/den Organisationen die Möglichkeit gegeben, die am besten geeignete Person für die Beantwortung zu ermitteln und den Befragten Vorbereitungszeit einzuräumen. Es war nämlich damit zu rechnen, dass einige Fragen nicht aus dem Stegreif zu beantworten waren. 34 Unternehmen/Organisationen meldeten sich zurück und bekundeten Interesse am Thema oder boten vorweg Unterstützung an (siehe Tabelle 8.2). Auf Wunsch wurde der Fragebogen an alle übermittelt.

Ad 3. Interne Absprache im Unternehmen/in der Organisation zwecks Expertenwahl: Nach der Übermittlung des Fragebogens kam es in den meisten Fällen zu einer internen Absprache im Unternehmen/in der Organisation, um zu ermitteln, ob ein geeigneter Experte zur Verfügung steht. Neuerliche Rückmeldungen mit Zusagen kamen schließlich von 25 der 34 Unternehmen/Organisationen oder von den ermittelten Experten selbst (siehe Tabelle 8.2). Eine konkrete Terminvereinbarung für die jeweiligen Interviews erfolgte per E-Mail oder telefonisch.

Tabelle 8.2: Übersicht über die Anzahl an angefragten Unternehmen/Organisationen, Rückmeldungen und zustande gekommenen Interviews

	Öffentliche Auftraggeber	Bauausführende Unternehmen	Ingenieur-konsulenten	Summe
Angefragte Unternehmen/Organisationen	13	15	13	41
Rückmeldungen	13	12	9	34
Zusagen bzw zustande gekommene Interviews	10	9	6	25

Ad 4. Abhaltung des Interviews mit digitaler Aufzeichnung: Der Zeitraum, in dem die Interviews abgehalten wurden, erstreckte sich von Anfang Mai bis Ende Oktober 2020. Aufgrund der COVID19-Situation (Homeoffice, Zugangsbeschränkungen in Büroräumlichkeiten etc) wurde etwa die Hälfte der Interviews online via Videokonferenz durchgeführt; herangezogen wurden dafür die Anwendungen GoToMeeting, Microsoft Teams oder Skype. Bei einigen wenigen dieser Interviews kam es während des Gesprächs zu technischen Schwierigkeiten, weshalb in diesen Fällen auf Telefonkonferenz gewechselt wurde. Alle anderen Interviews wurden bei einem persönlichen Treffen, im gewohnten Arbeitsumfeld der Befragten oder im Büro der Verfasserin dieser Arbeit, durchgeführt.

Die Interviewpartner wurden vor Gesprächsbeginn um ihre Zustimmung zur digitalen Aufzeichnung gebeten, wobei dabei ausdrücklich auf die Anonymisierung der erhobenen Daten hingewiesen wurde. Die Zustimmung wurde von allen Interviewpartnern erteilt. Während des Gesprächs wurden zusätzlich handschriftliche Notizen angefertigt, um einen Überblick über das Gesagte zu behalten und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt im Gespräch relevante Aussagen nochmals aufgreifen und dazu vertieft nachfragen zu können. Die Gespräche erfolgten ohne Zeitdruck und – bis auf die zuvor angeführten technischen Schwierigkeiten in den Videokonferenzen – ungestört.

In den meisten Interviews war die Gesprächsatmosphäre von Anfang an gelockert, bei einigen wenigen dauerte es ein paar Minuten, bis sich ein entspannter Gesprächsfluss ergab. Dies war vermutlich dem Umstand geschuldet, dass Video- und Telefonkonferenzen mit bis dahin fremden Personen unpersönlicher sind, als Gespräche bei physischen Zusammentreffen. Hilfreich war allerdings ein allgemeiner Austausch über tagesaktuelle Themen vor Interviewbeginn und die einleitende Frage des Interviews zum eigenen Tätigkeitsbereich. Die Dauer der Interviews variierte stark: Das kürzeste dauerte ca 45 Minuten, das längste etwa 100 Minuten.

Ad 5. Wörtliche Transkription des Interviews: Die für die Transkription herangezogenen Regeln orientieren sich teils am inhaltlich-semantischen Transkriptionssystem nach *Dresing/Pehl*, teils kommt eine abgeänderte Systematik zum Einsatz, die für den Befragungsgegenstand als

zielführend und somit als sinnvoll erachtet wird. Neben dem Inhalt des Transkripts liegt der Fokus auf einer leichten Lesbarkeit und Nachvollziehbarkeit des Gesagten.

Folgende Transkriptionsregeln werden von *Dresing/Pehl* übernommen:⁵²⁶

- wörtliche Transkription (dh weder lautsprachlich noch zusammenfassend)
- Annäherung von Wortverschleifungen an das Schriftdeutsch (zB „hamma“ → „haben wir“)
- Beibehaltung der Satzform (dh Vernachlässigung von Satzbaufehlern) sofern der Satz verständlich ist
- möglichst wortgenaue Übersetzung von Wörtern im Dialekt ins Hochdeutsche
- Glätten bzw Weglassen von Stottern und abgebrochenen Wörtern
- Kennzeichnung abgebrochener Halbsätze durch „/“
- keine Übernahme von Ausdrücken der Zustimmung (zB „mhm“, „ja“) ins Transkript, außer es handelt sich um eine direkte Antwort auf eine Frage
- Verwendung von Großbuchstaben (zB „TEXT“) für stark betonte oder vergleichsweise laut gesprochene Wörter
- Darstellung jeder Frage und Antwort als eigenen Absatz
- Kennzeichnung emotionaler, nonverbaler Äußerungen, die eine bestimmte Aussage unterstreichen, durch die jeweilige Äußerung in Klammer (zB „(lacht)“)
- Abkürzung der interviewenden Person mit „I“ und der befragten Personen mit „B1“, „B2“ etc

Obige Transkriptionsregeln werden durch die nachfolgenden Regeln ergänzt:

- Kennzeichnung längerer Sprechpausen (> 3 sek) durch „(---)“
- Kennzeichnung ausgelassener Textstellen, die für den Befragungsgegenstand keine Relevanz haben bzw vom Thema abweichen oder bereits (mehrfach) erwähnt wurden durch „(...)“
- Kennzeichnung abgeänderter oder ergänzter Textstellen zum besseren Verständnis oder zur Anonymisierung durch „[Text]“; ist eine Anonymisierung durch eine abgeänderte Wortwahl nicht möglich, so wird die Textstelle ausgelassen und mit „(...)“ gekennzeichnet.
- Nummerierung von Absätzen zur leichteren Auffindung eingearbeiteter bzw zitierter Textstellen

⁵²⁶ Vgl *Dresing/Pehl*, Praxisbuch Interview, Transkription & Analyse – Anleitungen und Regelsysteme für qualitativ Forschende, S 21f.

Unter Anwendung der zuvor dargestellten Transkriptionsregeln entstand ein Konvolut mit insgesamt rund 330 DIN-A4-Seiten.

Eine zeitnahe Transkription der Interviews nach deren Abhaltung erlaubte es, gewonnene Informationen und von den Experten angesprochene Problemstellungen in die nachfolgenden Interviews einfließen zu lassen. Im Zuge der Abhaltung bzw nach Transkription der letzten Interviews im September und Oktober 2020 zeigte sich eine häufige Wiederholung bestimmter Inhalte. Neues wurde kaum mehr angesprochen.

Ad 6. Zusendung des Transkripts mit ergänzenden Fragen: Nach Fertigstellung eines Transkripts wurde dieses mit der Bitte um Durchsicht und Überprüfung an den jeweiligen Experten übermittelt, um grobe Missverständnisse auszuschließen. Weiters wurden ergänzende Fragen zu akustisch schlecht verstandenen Passagen oder unklaren Aussagen im Transkript schriftlich an den Experten gestellt. Eine Rückmeldung kam entweder per E-Mail oder telefonisch.

Ad 7. Auswertung der transkribierten Interviews mittels Themenanalyse: Die Auswertung der Transkripte erfolgte in Anlehnung an die Themenanalyse nach *Froschauer/Lueger*. Die Themenanalyse eignet sich zur Auswertung größerer Textmengen aus mehreren Interviews. Sie dient dazu, einen Überblick über zentrale Themen zu verschaffen und angesprochene Inhalte in ihren Kernaussagen zusammenzufassen. Der Fokus liegt auf dem manifesten Gehalt der Aussagen der Interviewpartner. Von Bedeutung ist weiters, in welchem Argumentationszusammenhang ein bestimmtes Thema auftritt und welche Sichtweisen unterschiedliche Gruppen zu einem Thema vertreten.⁵²⁷

Die Auswertung erfolgte getrennt nach Stakeholdergruppen: Zuerst wurde die Themenanalyse für die Auftraggeber, anschließend für die bauausführenden Unternehmen und zuletzt für die Ingenieurkonsulenten durchgeführt. Inhaltlich zusammengehörige Textstellen je Stakeholdergruppe wurden identifiziert und einem übergeordneten Begriff, also einem Hauptthema, zugeordnet (zB „Soziale Belange“, „Schlüsselpersonal“). Um einen Überblick zu erhalten, in welchem Kontext eine Aussage getätigt wurde, erfolgte eine Untergliederung der Hauptthemen in Subthemen (zB Hauptthema „Schlüsselpersonal“, Subthemen bzw Kontext „Bestimmung Wertigkeit“, „ausgelaufene/nicht vorhandene Referenzen“ etc).

Die Textpassagen wurden auf ihren wesentlichen Inhalt reduziert und gemeinsam mit den zugeordneten Hauptthemen und Subthemen in einer Excel-Tabelle erfasst. In der Tabelle wurde neben jeder reduzierten Textpassage vermerkt, welchem Absatz in welchem Transkript der Inhalt entnommen wurde. Hierfür wurde das Kürzel des interviewten Experten und die Absatznummer angeführt (zB „JR 18“ → J = Anfangsbuchstabe des Vornamens des Experten, R = Anfangsbuchstabe des Nachnamens des Experten, 18 = Absatznummer im jeweiligen Transkript).

⁵²⁷ Vgl *Froschauer/Lueger*, Das qualitative Interview – Zur Praxis interpretativer Analyse sozialer Systeme², S 182ff.

Mithilfe von Filtern in der Tabelle konnten übereinstimmende und gegensätzliche Ansichten der Interviewpartner zu den jeweiligen Themen rasch erfasst und Aussagen über die Häufigkeit des Auftretens bestimmter Befragungsergebnisse getroffen werden.

Es zeigte sich, dass die im Zuge der Auswertung ermittelten Themen und Subthemen überwiegend mit jenen übereinstimmten, die sich bereits in den Interviewfragen abgezeichnet hatten (siehe Tabelle 8.1).

Ad 8. Darstellung des Expertenwissens in der gegenständlichen Arbeit: Als letzter Schritt des Auswertungsprozesses erfolgte eine systematische Einarbeitung der reduzierten Befragungsergebnisse nach den zuvor definierten Themen in die gegenständliche Arbeit. Nähere Details dazu sind dem nachfolgenden Unterkapitel 8.2 zu entnehmen.

8.2 Darstellung des Expertenwissens

Nachfolgend sind die für die Forschungsarbeit relevanten Ergebnisse der Interviews geordnet nach den drei Stakeholdergruppen öffentliche Auftraggeber, bauausführende Unternehmen und Ingenieurkonsulenten angeführt. Um die Interviewergebnisse zu bekräftigen und das Stimmungsbild der Befragten besser zu übermitteln, finden sich einige direkte Zitate der Experten in Form von längeren Passagen oder einzelnen Sätzen und Wörtern in der Zusammenfassung wieder.

Hingewiesen wird darauf, dass die in den nachfolgenden Unterkapiteln angeführten Beispiele zu Vergabekriterien, vertraglichen Regelungen (zB Pönalregelungen) etc nicht im Detail ausformuliert sind, um die Anonymität der Befragten, deren Unternehmen und jener Organisationen zu wahren, die in einigen Fällen direkt oder indirekt kritisiert werden.

8.2.1 Auftraggeber

Die Befragten auf Auftraggeberseite, darunter Beschäftigte in leitenden Positionen oder mit juristischem Hintergrundwissen, geben an, mitverantwortlich für die öffentliche Beschaffung von Bau- und/oder baunahen Dienstleistungen zu sein. Aufgrund der Erstellung und Überprüfung von Ausschreibungen hätten sie immer wieder mit Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien zu tun.

8.2.1.1 Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping

Vorweggenommen sei, dass die befragten Experten auf Auftraggeberseite fast durchgängig der Überzeugung sind, dass das seit März 2016 geltende verpflichtende Bestbieterprinzip keine adäquate bzw wirksame Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen darstelle.

Die Experten merken an, dass sie keinen Zusammenhang zwischen dem Bestbieterprinzip bzw Bestbieterkriterien und der Möglichkeit zur Eindämmung von Lohn- und Sozialdumping

erkennen könnten. Während manche dies nicht näher erläutern, geben andere konkrete Gründe dafür an:

An Bauaufträgen mit der Verpflichtung zum Bestbieterprinzip (ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio € bei öffentlichen Bauaufträgen und 10 Mio € bei Bauaufträgen im Sektorenbereich) würden sich in der Regel größere Unternehmen beteiligen, die die Vergabekriterien problemlos (voll) erfüllen könnten. Im Falle, dass dies nicht möglich sei, würden sich Unternehmen des Öfteren zu Bewerber-/Bietergemeinschaften zusammenschließen, um die Kriterien schließlich doch (voll) zu erfüllen. Bei Zuschlagskriterien sei folglich wieder das Preiskriterium entscheidend, wodurch Preisdruck entstehe.

Ein Befragter auf Auftraggeberseite äußert sich kritisch zur Bestbieterregelung und bringt zum Preisdruck ein weiteres Argument ein:

Die Intention des Gesetzgebers der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping wird (...) durch das zwingende Bestangebotsprinzip über eine Million Euro leider nicht, wie beabsichtigt, ausreichend [erfüllt]. Wenn ein Bieter die weiteren Kriterien neben dem Preis nicht erfüllen kann, steigt der Preisdruck. [Der Bieter] wird verstärkt versuchen, dies über den Angebotspreis zu kompensieren.⁵²⁸

Weiters sei den öffentlichen Auftraggebern bewusst, dass die Erfüllung von Qualitätskriterien zusätzliche Kosten verursache, wodurch der Preisdruck bei der Angebotslegung nicht minimiert werde, wie ein Interviewpartner verdeutlicht:

Vergaberecht soll Wettbewerb fördern (...) und Wettbewerb heißt natürlich auch, (...) dass man um den Preis (...) kämpft, [also] einen niedrigen Preis ab[gibt], dass man (...) den Wettbewerb gewinnt. Wenn ich weitere Kriterien festlege, wie es das Vergaberecht ja [beim verpflichtenden Bestbieterprinzip] vorgibt (...), dann haben diese auch ihren Preis. (...) Qualitätskriteri[en] (...) kriegt man ja nicht umsonst, die kosten auch etwas. Dadurch wird der Preisdruck nicht reduziert.⁵²⁹

Der erhoffte Effekt, dass der Preisdruck durch den Einsatz von Qualitätskriterien reduziert werde und Unternehmen infolgedessen weniger zu Lohn- und Sozialdumping neigen würden (siehe auch Unterkapitel 4.4), kann aus Auftraggebersicht nicht bestätigt werden.

Ein anderes Argument besteht darin, dass selbst ein auskömmlicher Angebotspreis bei einer Bauleistung nicht garantiere, dass Unternehmen intern angemessen entlohnen würden und das zustehende Entgelt beim jeweiligen Arbeitnehmer ankomme. Lohn- und Sozialdumping könne trotz auskömmlicher Preise stattfinden.

⁵²⁸ Interviewpartner Nr 14, Rz 4.

⁵²⁹ Interviewpartner Nr 15, Rz 6.

Darüber hinaus gibt die Expertengruppe zu bedenken, dass die gängig angewandten Qualitätskriterien nicht derart ausgestaltet seien, dass sie nur von einem redlichen, seriösen Unternehmen erfüllt werden könnten. Unternehmen, die Lohn- und Sozialdumping betreiben, seien genauso dazu imstande (siehe auch Beispiele der bauausführenden Unternehmen und Ingenieurkonsulenten in den Unterkapiteln 8.2.2.1 und 8.2.3.1). Überdies beklagen sich einige Interviewpartner, dass es generell an sinnvollen Qualitätskriterien für Bauleistungen mangle (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.2).

Dazu passend üben einige Befragte Kritik an jenen Auftraggeberkollegen, die sich von Beginn an gegen das Bestbieterprinzip gestellt hätten und dieses nach wie vor nicht so anwenden würden, wie es für einen maßgeblichen Effekt auf Lohn- und Sozialdumping vielleicht erforderlich wäre. Feigenblattkriterien (siehe auch Unterkapitel 3.4.3) seien immer noch Usus, personenbezogene Qualitätskriterien, wie jene, die sich im Bestbieterkriterien-Katalog „Faire Vergaben“ finden, die auch entsprechend gewichtet sind, kämen hingegen selten zur Anwendung (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.2).

Der Grund für einen etwaigen Rückgang von Lohn- und Sozialdumping auf Österreichs Baustellen wird nicht im Bestbieterprinzip gesehen, sondern vielmehr in anderen Maßnahmen, die mitunter eine abschreckende Wirkung hätten. Genannt werden folgende Maßnahmen (siehe auch Unterkapitel 4.2 und 4.5):

- Einholung von Auskünften im Rahmen der Eignungsprüfung (zB betreffend Verstöße gegen das LSD-BG) zur Einschätzung, ob die berufliche Zuverlässigkeit des bewerbenden bzw bietenden Unternehmers und seiner Subunternehmer gegeben ist; eine Möglichkeit bietet sich durch eine Abfrage aus dem ANKÖ
- Bekanntgabe der Subunternehmer durch den Bieter/Auftragnehmer sowie Freigabe durch den Auftraggeber
- Intensive vertiefte Angebotsprüfung (zB Kontrolle der K3-Blätter auf richtige KV-Löhne und Zulagen, Vergleich des Preisspiegels mit der Kotenschätzung, Aufklärung im kontradiktorischen Verfahren) und Ausschluss des Bieters bei unplausibler Preisgestaltung
- Baustellenkontrollen durch Prüfinstanzen (zB Finanzpolizei, BUAK); lt Experten gäbe es kaum noch Baustellen, auf denen nicht geprüft werde
- Baustellenkontrollen durch die ÖBA

Erwähnenswert scheint abschließend die Vermutung eines Befragten, dass Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Aufträgen generell kaum vorkomme. Die Problematik bestehe eher im privaten Bereich.

8.2.1.2 Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien

Hinsichtlich der Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien sind deutliche Unterschiede zwischen reinen Bauleistungen und baunahen Dienstleistungen zu erkennen:

Die Gestaltung von Qualitätskriterien für reine Bauleistungen stelle einige öffentliche Auftraggeber vor Herausforderungen.⁵³⁰ Dies dürfte mitunter daran liegen, dass diese Auftraggeber die Anwendung des Bestbieterprinzips bei Bauleistungen kritisch sehen. Die von den Experten genannten wesentlichen Punkte zu dieser Thematik sind nachfolgend angeführt:

- Qualitätskriterien seien in der Anwendung aufwändiger. Derjenige, der beschaffen möchte, benötige für das Bestbieterprinzip im Vergleich zum Billigstbieterprinzip mehr Zeit für die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens.
- Qualitätskriterien seien aus rechtlicher Sicht komplexer umzusetzen und das BVergG sei ohnehin schon kompliziert genug. Bei falscher Umsetzung der Qualitätskriterien könne es zu einer Destabilisierung des Vergabeverfahrens kommen und der Fall könne vor der Vergabekontrollbehörde landen (Verfahrensverlängerung). Auf rechtliche Verfahrensbetreuung müsse verstärkt zurückgegriffen werden, welche zu einer Verteuerung führe.
- Die Gefahr sei – insbesondere bei einer hohen Gewichtung, wenn das Kriterium den Bieter wesentlich weniger kostet, als es für den Zuschlag bringt – gegeben, dass sich ein Qualitätskriterium herauskürze, wenn alle Bieter dieses erfüllen; dann bleibe erst recht wieder der Preis als Kriterium übrig.
- Einige Zuschlagskriterien abseits des Preises seien noch nicht genügend ausgereift, um sie anwenden zu können (zB Betrachtung der Lebenszykluskosten).
- Qualitätskriterien, die bei baunahen Dienstleistungen problemlos herangezogen werden könnten, würden für Bauleistungen häufig keinen Sinn machen. Als Beispiele genannt werden die Ausarbeitung von Konzepten über die Leistungserbringung (da Leistungen oft klar definiert seien) und Hearings für Schlüsselpersonen (da die Fragen begrenzt seien und Unternehmen sich rasch auf die Fragen einstellen würden).
- Meist sei ein hoher Qualitätsstandard in den eigenen Leistungsbildern für Bauleistungen bereits definiert und Erfahrung aus vergangenen Projekten würde in die Leistungsbeschreibungen einfließen. Ein „noch mehr an Qualität“ sei kaum möglich, das

⁵³⁰ Jene Interviewpartner, die angeben, bei der Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien für Bauleistungen keine Schwierigkeiten zu haben, richten sich entweder nach unternehmens-/ organisationsinternen Vorgaben oder sind bereits jahrelang in der Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien für Bauleistungen erprobt.

Optimierungspotenzial begrenzt. Dies gelte gleichermaßen für Bauleistungen, die mittels Standardisierter Leistungsbeschreibungen eindeutig und vollständig beschrieben werden.

- Der Mehrwert eines Qualitätskriteriums (zB durch den Einsatz einer bestimmten Schlüsselperson) sei generell schwierig zu ermitteln, da die Bauleistung im Endeffekt dem Vertrag entsprechen müsse und dies von der ÖBA überprüft werde. Zudem müsse der Mehrwert „auch in Richtung der Öffentlichkeit verkauf[bar]“⁵³¹ sein.
- Nicht abzustreiten sei schließlich, dass ein günstiger Angebotspreis oftmals im Fokus stehe (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.3).

Einige Experten geben an, dass die Thematik um Qualitätskriterien bei Bauleistungen innerhalb ihres Unternehmens/ihrer Organisation zwar laufend besprochen werde, die zuvor angeführten Punkte seien allerdings oftmals der Grund dafür, dass ein Rückgriff auf altbewährte, „hie- und stichfeste, (...) einfach zu bewertende“⁵³² und „maximal transparente“⁵³³ Kriterien erfolge, die zudem gering gewichtet seien. Zu solchen Kriterien zähle etwa die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, die Verkürzung der Bauzeit oder technische Anforderungen an die eingebaute Betonqualität.

Bei Bauleistungen ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio bzw 10 Mio € bewege sich die Gewichtung preisfremder Zuschlagskriterien üblicherweise zwischen 3% und 10%. Starke Befürworter des Bestbieterprinzips würden die Gewichtung für die Qualität allerdings durchaus höher ansetzen. Ein Experte auf Auftraggeberseite, der das Bestbietersystem gutheißt, beschreibt die gegenwärtige Situation wie folgt:

Bei Bauleistungen (...) spielt der Preis nach wie vor die dominierende Rolle. [Ich] glaube (...), dass die Gewichtung von Qualitätskriterien mit [unter] zehn (...) Prozent eher eine Alibiaktion ist, die nicht viel bringt. Wir haben bei Bauaufträgen gelegentlich auch (...) Qualitätskriterien mit dreißig, vierzig Prozent gewichtet, weil wir meinen, dass man nur mit so einem hohen Gewichtsprozentsatz für die Qualität eines Angebotes auch eine wesentlich bessere Leistung erreichen kann, als bloß mit einem Prozentsatz (...) von fünf bis zehn Prozent, wie es von [einigen] Auftraggebern (...) in Österreich angewendet wird.⁵³⁴

Das Bestbieterprinzip bei Bauleistungen werde häufig „nur mit einem Mascherl erfüllt“⁵³⁵. Qualitätskriterien, die unter Zwang – also nur aufgrund gesetzlicher Bestimmungen – festgelegt würden, seien daran erkennbar, dass jeder Bieter diese voll erfülle. Dadurch sei wieder der Preis das entscheidende Zuschlagskriterium. Gering gewichtete Qualitätskriterien seien für den

⁵³¹ Interviewpartner Nr 16, Rz 10.

⁵³² Interviewpartner Nr 4, Rz 8.

⁵³³ Interviewpartner Nr 16, Rz 18.

⁵³⁴ Interviewpartner Nr 22, Rz 6.

⁵³⁵ Interviewpartner Nr 1, Rz 14.

Zuschlag nur dann ausschlaggebend, wenn die Angebotspreise der Bieter knapp beisammen lägen. Solche Fälle kämen sehr selten vor.

Die getätigten Aussagen der Befragten sind unmissverständlich. Je nachdem, ob der Auftraggeber ein Verfechter des Bestbieterprinzips oder des Billigstbieterprinzips ist, werden Qualitätskriterien für Bauleistungen unterschiedlich gehandhabt. Die Interviewpartner weisen allerdings darauf hin, dass das verpflichtende Bestbieterprinzip sowie die Initiative „Faire Vergaben“ einige Auftraggeber zum Umdenken in Richtung Bestbieterprinzip bewogen hätten. Bei einigen bestehe das Bewusstsein dafür, dass die Einhaltung von Qualitäts-, Termin- und Kostenzielen umso schwieriger zu erreichen sei, je höher das Gewicht des Preises angesetzt werde („*wer billig kauft, kauft teuer*“⁵³⁶).

Für baunahe Dienstleistungen zeigt sich ein gänzlich anderes Bild: Hier falle die Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien, insbesondere hinsichtlich personenbezogener Kriterien, durchwegs leicht und das Preiskriterium habe ein untergeordnetes Gewicht. Üblicherweise seien in Summe 40 bis 70% für Qualitätskriterien angesetzt, doch sogar höhere Gewichtungen seien denkbar. Bei baunahen Dienstleistungen werde das Bestbieterprinzip tatsächlich gelebt.

Die Befragten orten die Gründe dafür darin, dass

- Auftraggeber bereits seit Jahrzehnten in der Anwendung des Bestbietersystems für baunahe Dienstleistungen erprobt seien.
- keine Baugeräte oder -materialien, sondern lediglich die „Manpower“ zu vergüten sei. Der Fokus liege verstärkt auf den Personen, die am Projekt arbeiten.
- zahlreiche sinnvolle Qualitätskriterien herangezogen werden könnten. Dazu zählen unter anderem die Ausarbeitung von Entwürfen, die Erarbeitung von Konzepten zur Leistungserbringung (hinsichtlich Terminen, Personaleinsatz, Schnittstellen, technischer Problemstellungen, Implementierung bei der Übernahme etc), die Abhaltung von Hearings für Schlüsselpersonal mit technischen, rechtlichen und sozialen Fragen und der Nachweis von Referenzprojekten.
- die Qualität baunaher Dienstleistungen meist nicht ausreichend beschrieben werden könne und in Qualitätskriterien ein Steuerungsinstrument für eine qualitätsvolle Leistung gesehen werde. Der Nutzen von Qualitätskriterien sei offensichtlich, wie ein Interviewpartner am Beispiel einer Planungsleistung erklärt:

Der Planer [hat] einen sehr hohen Effekt auf die Baukosten. (...) Wenn ich (...) nur nach dem Honorar einen Planer suche und dann kriege ich einen, der ist zehntausend Euro billiger und der [kennt sich nicht aus mit dem], was er tut (...), dann steigen die Baukosten [ins Unermessliche]. Zehntausend [Euro mehr] sind

⁵³⁶ Interviewpartner Nr 23, Rz 12.

gut investiertes Geld, wenn ich dafür einen guten Planer habe, der genau weiß, was er macht und (...) wie er meine Baukosten und mein Projekt bestmöglich optimieren kann. Deswegen ist hier die Gewichtung (...) so anzusetzen, dass man diesen Effekt auch in der Auswahl des Planers abbildet und (...) vielleicht (...) vierzig [Prozent] Preis, sechzig Prozent Qualität [ansetzt].⁵³⁷

Im Zuge des Interviews wurden die Experten gefragt, ob sie grundsätzlich eine verpflichtende Mindestgewichtung preisfremder Zuschlagskriterien gutheißen würden. Da das Bestbieterprinzip bei baunahen Dienstleistungen offensichtlich befürwortet wird und hohe Gewichtungen bei Qualitätskriterien üblich zu sein scheinen, stellte sich die Frage der verpflichtenden Mindestgewichtung für diese Art von Leistung als nicht relevant heraus.

Bei reinen Bauleistungen ergibt sich wiederum ein anderes Bild: Auftraggeber, die das verpflichtende Bestbieterprinzip ab gewissen Schwellenwerten nicht befürworten, argumentieren, dass Gewichtungen auf das jeweilige Bauprojekt abgestimmt werden müssten, da jedes Bauwerk ein Unikat sei. Genau wie die Anwendung des Bestbieterprinzips nicht für alle Projekte geeignet sei, würden Mindestprozentsätze nicht für jedes Projekt Sinn machen. Hierbei ist auf die bereits vorgebrachten Argumente zu Qualitätskriterien für Bauleistungen sowie die Ausführungen in Unterkapitel 8.2.1.3 zu verweisen.

Im Falle, dass es zur gesetzlichen Durchsetzung einer Mindestgewichtung preisfremder Zuschlagskriterien bei Bauleistungen käme, wird seitens der Auftraggeber angenommen, dass sich die Mindestgewichtung an der bisherigen Rsp zu Feigenblattkriterien orientieren müsse (siehe auch Unterkapitel 3.4.3). Die gesetzliche Grenze würde vermutlich mit rund 5 bis 10% festgelegt werden.

Der Vorteil einer gesetzlich festgelegten Mindestgewichtung liege darin, dass dies Auftraggebern in ihrer Argumentation zur Heranziehung von Qualitätskriterien helfen könne, wenn die Diskussion um die Einhaltung des internen Budgets bzw politischer Vorgaben aufkomme (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.3).

Zu bedenken sei jedoch, dass eine verpflichtende Mindestgewichtung nichts nutze, wenn die Auftraggeberseite Kriterien heranziehe, die alle Bieter erfüllen, da in diesem Fall der Angebotspreis wieder zuschlagsentscheidend sei.

Nachteilig sei, dass von weiteren Reglementierungen wiederum Rechtsanwälte profitieren würden. Das Vergaberecht sei ohnehin schon überbordend und mehr Vorschriften würden vermehrt zu Streitigkeiten und rechtlichen Fragen führen.

⁵³⁷ Interviewpartner Nr 19, Rz 14.

8.2.1.3 Preis im Fokus

Wie die bisherigen Ausführungen bereits erkennen lassen, legen viele öffentliche Auftraggeber den Fokus bei reinen Bauleistungen nach wie vor auf den Baupreis. Die Auftraggeberseite beruft sich neben den in Unterkapitel 8.2.1.2 angeführten Gründen, die gegen die Heranziehung von Qualitätskriterien sprechen, in ihrer Argumentation auf

- die objektive Messbarkeit des Angebotspreises.
- den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Vergabegesetz. Da Steuergeld verwaltet werde, sei ein zweckmäßiger und sparsamer Umgang erforderlich.
- Kontrollen durch den Rechnungshof; dieser überprüfe den sparsamen und zweckmäßigen Umgang mit Steuergeld.
- die Kosten von Qualitätskriterien. Jeder Prozentpunkt, der in Qualitätskriterien gesteckt werde, fehle (in etwa) vom Jahresbudget für weitere Bauleistungen. Zudem stecke hinter geringen Gewichtungen bei großen Bauprojekten trotzdem sehr viel Geld („Drei Prozent von [einem] zehn Millionen [Euro Auftrag] sind auch dreihunderttausend Euro.“⁵³⁸).
- das Erfordernis der Einhaltung des internen Budgets bzw politischer Vorgaben. Der Budgetdruck äußere sich bereits dadurch, dass interne Kostenschätzungen der Auftraggeberseite häufig für zu hoch erklärt und Kürzungen am Projekt verlangt würden, um diese in politischer Hinsicht durchbringen zu können.

Einige wenige Auftraggeber können den vorgebrachten Argumenten allerdings nichts abgewinnen und üben Kritik an ihren Auftraggeberkollegen:

Das ist eine Ausrede, wo man die Verantwortung auf die Politik überträgt. Die Projektvorbereitung von Bauprojekten macht nicht die Politik, sondern das machen [im Regelfall] Fachleute, Ingenieure, (...) Juristen (...) oder auch Betriebswirte. Die Politik lässt sich in Österreich [sehr wohl] erklären, dass es besser ist, ein Bauvorhaben nach Qualität auszuschreiben, als nur nach dem Preis. Die schlechten Erfahrungen (...) mit reinen Preisausschreibungen sind ja hinlänglich bekannt. (...) Natürlich muss man die Politik ein bisschen davon überzeugen, dass man für ein Bauprojekt, [wenn] Qualitätskriterien eine Rolle spielen, ein bisschen ein größeres Budget vorsehen [und] vielleicht (...) die Projektreserve etwas größer halten muss, aber das ist eine Frage der Kommunikation.⁵³⁹

⁵³⁸ Interviewpartner Nr 15, Rz 72.

⁵³⁹ Interviewpartner Nr 22, Rz 20.

8.2.1.4 Relevanz personenbezogener Vergabekriterien

Personenbezogene Vergabekriterien, im Speziellen Vergabekriterien, die Schlüsselpersonen betreffen, hätten in den baunahen Dienstleistungsausschreibungen der befragten Auftraggeber einen hohen Stellenwert. Schließlich würden (Schlüssel)Personen bei Dienstleistungen die Gesamtleistung ausmachen. Je kompetenter und erfahrener das Personal (zB bei Planungsleistungen) sei, desto weniger Schwierigkeiten gäbe es in der Ausführung und desto eher könne das Projekt erfolgreich abgeschlossen werden (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.2). Wichtig sei den Auftraggebern, einen greifbaren Ansprechpartner zu haben, der die technische Sprache beherrsche, da sie selbst nicht immer bauaffin seien.

Schlüsselpersonalkriterien kämen in manchen Vergabeverfahren für baunahe Dienstleistungen sowohl in der ersten Stufe (als Eignungs- und Auswahlkriterien) als auch in der zweiten Stufe (als Zuschlagskriterien) vor, wie ein Experte anhand eines Beispiels demonstriert:

- **Eignung:** Nachweis über einen bestimmten Mindest-Ausbildungsabschluss, drei Jahre Berufserfahrung und ein Referenzprojekt, bei dem die Schlüsselperson in der gleichen Funktion wie in der gegenständlichen Ausschreibung tätig war.
- **Auswahl:** Nachweis von mehr Jahren Berufserfahrung und Zusatzqualifikationen (zB durch Schulungen).
- **Zuschlag:** Beantwortung eines standardisierten Fragenkatalogs durch die Schlüsselperson im Rahmen eines Hearings.

Andere wiederum würden Abfragen zum Schlüsselpersonal in Dienstleistungsausschreibungen erst auf Zuschlagsebene durchführen, um den Bieterkreis zu Beginn nicht zu sehr einzuschränken oder der Bindungsproblematik bei länger andauernden Vergabeverfahren (siehe Unterkapitel 8.2.1.5) entgegenzuwirken.

Bei Bauleistungen hätten personenbezogene Vergabekriterien, die Schlüsselpersonen betreffen, tendenziell weniger Relevanz in den Ausschreibungen als dies bei baunahen Dienstleistungen der Fall sei. Die Abfrage von Schlüsselpersonal sei hierbei vor allem vom jeweiligen Projekt abhängig: Für anspruchsvolle, sensible Bauvorhaben (zB in innerstädtischer Lage, mit hohen Sicherheitsanforderungen) seien Schlüsselpersonen mit entsprechender (Projekt)Erfahrung zwingend erforderlich. Für solche Bauvorhaben spiele häufig auch die Qualifikation der Baustellenmannschaft eine Rolle. Die Abfrage eines bestimmten Anteils an Facharbeitern oder Nachweise für unterschiedliche Kurse (zB Spritzbeton-Düsenführer-Kurs, Erste-Hilfe-Kurs) hätten hier ihre Berechtigung.

Einige wenige befragte Experten erwähnen den hohen Stellenwert personenbezogener sozialer Vergabekriterien in den eigenen Bau- und baunahen Dienstleistungsausschreibungen (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.6). Sie weisen auf die gesellschaftliche Verpflichtung hin, die öffentliche

Auftraggeber hätten, um Personen, die am regulären Arbeitsmarkt weniger Chancen hätten, über den Weg der Vergabekriterien zu fördern. Öffentliche Gelder würden dadurch sinnvoll eingesetzt.

Die Auftraggeberseite wurde im Interview darum gebeten, die Relevanz personenbezogener Vergabekriterien in der Baubranche allgemein und somit über das eigene Unternehmen/die eigene Organisation hinaus zu beurteilen. Auch hier zeigt sich, dass personenbezogene Vergabekriterien, im Speziellen Kriterien, die das eingesetzte Schlüsselpersonal betreffen, von hoher Bedeutung sein dürften.

Solche Kriterien hätten immer schon in öffentlichen Dienstleistungsausschreibungen eine Rolle gespielt und deren Heranziehung sei in der Baubranche langjährig erprobt. Mittels versiertem Schlüsselpersonal, wie zB einem erfahrenen Projektleiter für die Planung oder ÖBA, könne auf die Qualität des Projektes direkt Einfluss genommen werden. Da Schlüsselpersonal bei nicht eindeutig beschreibbaren Leistungen einen Beitrag zur Qualitätssicherung liefere, zahle es sich aus, in dieses mehr Geld zu investieren.

Wird die Baubranche als Gesamtes betrachtet, geben die Experten an, dass personenbezogene Vergabekriterien für reine Bauleistungen eine eher untergeordnete Bedeutung hätten, wengleich die Bestbieter-Novelle 2015/16 sowie die Initiative „Faire Vergaben“ in den vergangenen Jahren dazu beigetragen hätten, verstärkt Nachweise für Schlüsselpersonen zu verlangen. Häufig seien Schlüsselpersonalkriterien hingegen in Ausschreibungen für komplexe, großvolumige Bauprojekte verankert.

Personenbezogene soziale Vergabekriterien betreffend, befinde sich die Baubranche in einem Umbruch. Einige Auftraggeber würden sich gegenwärtig intensiv mit dieser Thematik auseinandersetzen, weshalb zu erwarten sei, dass sich solche Kriterien künftig verstärkt in Ausschreibungen wiederfinden. Dies gelte gleichermaßen für Bauausschreibungen wie für Dienstleistungsausschreibungen (zB Einsatz einer Schlüsselperson über 55 Jahre).

8.2.1.5 Herausforderungen für Bewerber/Bieter

Auf etwaige Herausforderungen angesprochen, die personenbezogene Kriterien für Bewerber/Bieter in Vergabeverfahren für Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen mit sich brächten, erwähnt die Auftraggeberseite die Bindungsproblematik bei Schlüsselpersonen, die in Teilnahmeanträgen/Angeboten zu nennen seien.

Bewerber/Bieter seien bis zum Ende der Zuschlagsfrist an die gemachten Zusagen zum Einsatz von Schlüsselpersonen gebunden⁵⁴⁰, da die Bewertung des Unternehmens und der Zuschlag auf Basis dieser erfolge. Bis dahin müssten die genannten Schlüsselpersonen theoretisch für das jeweilige Projekt reserviert werden. Die Unternehmen wüssten jedoch erst einige Tage vor der Zuschlagserteilung (bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung) Bescheid, ob das Verfahren

⁵⁴⁰ Vgl dazu § 131 Abs 2 BVerfG 2018.

gewonnen wurde. Unternehmen würden sich allerdings zeitgleich an mehreren Vergabeverfahren beteiligen und müssten bestimmte Schlüsselpersonen aufgrund dessen mehrfach nennen. Dies sei insbesondere bei länger andauernden Vergabeverfahren (zB bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder bei Verfahrensverzögerungen durch Einsprüche) problematisch, da die Gefahr bestehe, dass eine genannte Schlüsselperson bei Auftragserteilung nicht mehr zur Verfügung stehe (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.9), etwa, weil ein anderes Verfahren, bei dem diese Schlüsselperson auch genannt war, vorher gewonnen wurde oder weil die Schlüsselperson in der Zwischenzeit aus dem Unternehmen ausgeschieden sei.

Die Gefahr sei in Zeiten der Hochkonjunktur oder bei Abfrage mehrerer Schlüsselpersonen für ein Projekt nochmals um ein Vielfaches höher und bestehe in weiterer Folge auch für den Zeitraum nach Beauftragung, wenn die Projektabwicklung mehrere Jahre dauere. Fragen zum Austausch von Schlüsselpersonen (Zulässigkeit des Austauschs, Anforderungen an die Ersatzperson, Pönalen etc) würden die Auftragnehmerseite beschäftigen.

Bewerber-/Bieteranfragen wegen zu hoher Anforderungen kämen selten vor, allerdings nehmen die befragten Experten an, dass sich Unternehmen bei einer Nichterfüllung der Anforderungen schlichtweg nicht am Vergabeverfahren beteiligen würden, anstatt Anfragen zu stellen. Manche Auftraggeber würden sich diesbezüglich mehr Bewerber-/Bieteranfragen wünschen, da natürlich die Möglichkeit bestehe, dass der Markt zum Zeitpunkt der Festlegung der Vergabekriterien von Auftraggeberseite falsch eingeschätzt worden sei. Dies mache eine Nachjustierung bei den Kriterien erforderlich. Eine Anpassung sei insbesondere bei kleineren Auftragssummen und wenig komplexen Projekten denkbar. Andere Auftraggeber würden allerdings keinesfalls ihre Vergabekriterien herunterschrauben und von den eigenen Qualitätsstandards abweichen, nur weil ein Engpass an Angeboten am Markt bestehe.

Hinsichtlich zu hoher Anforderungen sei zu bedenken, dass kleinere Unternehmen mit weniger Personal im Vergleich zu größeren mit mehr Personal mit Sicherheit häufiger Schwierigkeiten hätten, personenbezogene Vergabekriterien zu erfüllen sowie bei einem Ausfall einer Person eine (gleichwertige) Ersatzperson zur Verfügung zu stellen.

Bei baunahen Dienstleistungen komme es gelegentlich zu Bewerber-/Bieteranfragen aufgrund unklar formulierter Vergabekriterien in der Ausschreibung. In diesen Fällen erfolge eine Aufklärung bzw Berichtigung der Ausschreibung, die an alle Bieter ergehe.

Die Auftraggeberseite ortet ein gravierendes Problem für Ingenieurkonsulenten darin, dass deren jüngeres, weniger erfahrenes Personal nur schwer zu Projektreferenzen komme, wodurch diese in Vergabeverfahren nicht offiziell als Schlüsselpersonen genannt werden könnten (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.9).

In Vergabeverfahren für Bauleistungen komme es gelegentlich zu Verständigungsschwierigkeiten bei Hearings, in denen die Schlüsselperson „Polier“ befragt werde. Die fachliche Kompetenz sei

zwar nach Angabe des bietenden Unternehmens gegeben, allerdings sei es des Öfteren aufgrund sprachlicher Barrieren für Personen aus dem Ausland nicht möglich, sich gut zu präsentieren und die gestellten Fragen ausreichend zu beantworten.

Die befragten Auftraggeber geben an, dass die Anzahl der einlangenden Angebote für Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen in den vergangenen zwei bis drei Jahren tendenziell etwas abgenommen habe. Dies hänge allerdings nicht mit zu hohen oder zu komplexen Anforderungen in personenbezogenen Vergabekriterien zusammen, sondern liege an der konjunkturellen Situation.

In den letzten Jahren sei in Österreich viel gebaut worden, wodurch die Auftragsbücher voll und die Kapazitäten der Unternehmen erschöpft gewesen seien. Unternehmen würden nicht mehr wie noch vor einigen Jahren um die Projekte kämpfen und böten höhere Preise an. In Zeiten der Hochkonjunktur, wenn Unternehmen sich Projekte „aussuchen“ könnten, werde eher für weniger komplexe Projekte und private Auftraggeber angeboten, da für die Teilnahme an öffentlichen Aufträgen zahlreiche Unterlagen gesichtet werden müssten sowie das BVergG die Vergabe von Aufträgen verkompliziere.

Ein Befragter zieht jedoch auch die Möglichkeit in Betracht, dass die seit Inkrafttreten des BVergG 2018 geltende Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien zu Beginn zweistufiger Vergabeverfahren (Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen bei Bekanntmachung)⁵⁴¹ zu einer Reduktion der Bewerber/Bieter beigetragen haben könne, wie er erklärt:

Seit dem neuen BVergG 2018 ist es so, dass man die Zuschlagskriterien (...) bereits in der ersten Stufe offenlegen muss. (...) Früher (...) haben [die Bewerber zu Beginn] nicht genau gewusst, was sie [in der zweiten Stufe] noch machen müssen und wenn sie dann in der zweiten Stufe waren, waren sie eh motiviert, weil sie gewusst haben, sie sind [zum Beispiel nur mehr] zu dritt. Aber jetzt[, wenn sie sehen, dass sie] die ganzen Referenzen zusammensuchen [müssen] und dann [sollen sie] noch (...) Ausarbeitungen machen, (...) könnte [es] sein, dass das manche [Unternehmen] ein bisschen mehr abschreckt [und sich weniger beteiligen].⁵⁴²

8.2.1.6 Haltung zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien

Die Auftraggeberseite wurde im Rahmen des Interviews um Stellungnahme gebeten, ob eine Heranziehung sozialer Vergabekriterien, im Speziellen Kriterien über die Beschäftigung von Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlingen), Langzeitarbeitslosen, Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern, sinnvoll sei.

⁵⁴¹ Vgl dazu § 89 Abs 1 BVergG 2018.

⁵⁴² Interviewpartner Nr 19, Rz 40.

Die Auswertung ergibt, dass die Befragten bzw deren Unternehmen/Organisation hinsichtlich der Anwendung solcher Vergabekriterien gespalten sind. Unterschieden werden kann zwischen Auftraggebern, die personenbezogene soziale Vergabekriterien

- sowohl in Bau- als auch in baunahen Dienstleistungsausschreibungen heranziehen.
- nur in Bauausschreibungen heranziehen.
- weder in Bau- noch in baunahen Dienstleistungsausschreibungen heranziehen.

Bei den Befürwortern personenbezogener sozialer Vergabekriterien seien „*übergeordnete, politische, volkswirtschaftliche Überlegungen*“⁵⁴³ mit ein Aspekt bei der Vergabe. Die Heranziehung solcher Kriterien in Ausschreibungen stelle eine Möglichkeit dar, um Bieter, die sozialpolitisch erwünschte Maßnahmen im eigenen Betrieb umsetzen, für ihr Engagement zu belohnen. Immerhin sei deren Chance auf einen öffentlichen Auftrag dadurch erhöht. Dies motiviere mit Sicherheit einige dazu, verstärkt soziale Aspekte im eigenen Unternehmen zu berücksichtigen. Durch den positiven Effekt auf den Arbeitsmarkt, wie zB die Senkung der Arbeitslosenquote, seien die höheren Projektkosten durch solche Kriterien gerechtfertigt.

Befürworter sozialer Belange im Vergabeverfahren würden in Bauausschreibungen zumeist die Zuschlagskriterien „Einsatz von Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlingen) auf der Baustelle“ und „Einsatz älterer Arbeitnehmer auf der Baustelle“ heranziehen, da hier der größte Hebel zur Förderung gesehen werde. Bei älteren Arbeitnehmern sei trotz ihrer möglicherweise geringeren Leistungsfähigkeit und dem höheren Lohn (etwaige Überzahlungen aufgrund der Dienstjahre und/oder der Qualifikation) die Erfahrung und die dadurch gegebene Möglichkeit des Wissenstransfers zu jüngeren Mitarbeitern positiv hervorzuheben.

In baunahen Dienstleistungsausschreibungen werde die Quote von Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlingen), älteren Arbeitnehmern, Frauen oder begünstigten Behinderten im Unternehmen in Form von Auswahlkriterien abgefragt.⁵⁴⁴

Jene Auftraggeber, die weder in Bau- noch in baunahen Dienstleistungsausschreibungen soziale Vergabekriterien heranziehen, geben an, dass sie nicht per se gegen die Förderung der fünf erwähnten Personengruppen seien. Ganz im Gegenteil: Die Befragten würden die genannten Gruppen jedenfalls als förderungswürdig erachten. Allerdings sei diese Thematik im Vergaberecht schlecht aufgehoben, wie nachfolgend ausgeführt wird:

⁵⁴³ Interviewpartner Nr 19, Rz 54.

⁵⁴⁴ Im Zuge der Interviews wurden noch weitere soziale Vergabekriterien erwähnt, die in baunahen Dienstleistungsausschreibungen herangezogen werden, wie zB Fortbildungsmaßnahmen, die im Unternehmen angeboten werden, die Umsetzung frauenfördernder Maßnahmen oder das Vorhandensein eines Betriebskindergartens. In dieser Arbeit liegt der Fokus allerdings auf sozialen Vergabekriterien, bei denen bestimmte Merkmale einer Person bzw die Person selbst zu einer Erfüllung bzw Bessererfüllung der Vergabekriterien beiträgt, weshalb andere soziale Vergabekriterien hier keine Berücksichtigung finden.

- **Keine Förderung:** Eine Förderung komme durch diese Vergabekriterien nicht zustande, denn Unternehmen würden Personen aus den genannten Gruppen nicht aufgrund eines Kriteriums anstellen. Ausschlaggebend für eine Beschäftigung solle ohnehin die Leistung und nicht ein anderes Merkmal wie Geschlecht, Alter oder Behinderung sein.
- **Mangel an bestimmten Personengruppen:** Bauausführende Unternehmen würden sich seit Jahren darum bemühen, Lehrlinge zu akquirieren (starke Nachfrage), allerdings seien diese auf dem Arbeitsmarkt kaum vorhanden. Auch Frauen seien in der Baubranche nach wie vor selten und bei Bauleistungen noch stärker als bei baunahen Dienstleistungen unterrepräsentiert. Personen mit Behinderung kämen in der Ausführung nie vor. Die Festlegung von Vergabekriterien, in denen die Beschäftigung von „nicht existenten“ Personengruppen abgefragt ist, sei nutzlos.
- **Wirtschaftliche Vergabe:** Primäre Aufgabe des Vergaberechts sei es nicht, den Sozialstaat zu unterstützen und Personengruppen mit weniger Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu fördern; dies sei vielmehr Aufgabe der Arbeitsmarktpolitik. Vorgegebene Budgets müssten eingehalten werden, aber statistisch gesehen würden soziale Vergabekriterien zur Verteuerung eines Projekts beitragen (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.3).
- **Kein Einfluss auf Qualität:** Solche Vergabekriterien hätten nichts mit dem Auftrag zu tun und die Qualität der Leistung verbessere sich durch die meisten dieser Kriterien nicht. *„Es wird [beispielsweise] keiner ein Projekt besser oder schlechter bauen, wenn er Langzeitarbeitslose anstellt oder Lehrlinge.“⁵⁴⁵*
- **Einschränkung des Bieterkreises:** Die Heranziehung dieser Vergabekriterien führe zu einer massiven Einschränkung des Bieterkreises. Dies hätten Ausschreibungen in der Vergangenheit, in denen das Lehrlingskriterium und die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer herangezogen wurden, gezeigt. Nur wenige oder gar keine Angebote seien eingelangt. Unternehmen, die grundsätzlich dazu imstande wären, eine qualitativ hochwertige Leistung zu einem guten Preis zu erbringen, bleibe die Chance auf einen Auftrag verwehrt.
- **Begrenzte Einsatzmöglichkeiten:** Die Einsatzmöglichkeiten für Lehrlinge auf Baustellen seien aufgrund besonderer Schutzbestimmungen (zB Arbeitszeitregelung für Jugendliche, Durchführung bestimmter Tätigkeiten in Abhängigkeit vom Lehrjahr) und der Zeit, die sie in der Berufsschule verbringen, beschränkt. Frauen würden sich tendenziell weniger als Männer für körperlich schwere Arbeiten eignen. Der Einsatz beeinträchtigter Personen auf Baustellen sei mit zu viel Risiko verbunden.
- **Umgang mit Ausfällen:** Fraglich sei, wie mit unverschuldeten Ausfällen von Arbeitnehmern (zB aufgrund von Kündigung oder Krankheit), deren Einsatz bei der

⁵⁴⁵ Interviewpartner Nr 19, Rz 54.

Ausführung aufgrund eines personenbezogenen sozialen Zuschlagskriteriums zugesagt wurde, umzugehen sei (Verlangen von Ersatzpersonen, Ziehen von Pönalen etc) (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.7).

- **Aufwändige, herausfordernde Kontrollen:** Kontrollen auf Einhaltung bestimmter Quoten (zB Lehrlingsquote, Quote älterer Arbeitnehmer) beim Baustelleneinsatz seien aufwändig und insbesondere auf Großbaustellen schwierig (Auffindung der Personen, Kontrolle der Beschäftigungsgruppe/des Alters, Vergleich mit Angaben des ausführenden Unternehmens, Dokumentation etc). Die Kontrollen würden zusätzliche Kosten verursachen, denen jedoch kein Mehrwert gegenüberstehe. Im Falle von unregelmäßigen Überprüfungen sei es für ausführende Unternehmen ein Leichtes, die kontrollierende Stelle (zB ÖBA) zu täuschen.
- **Überprüfung durch Rechnungshof:** Personenbezogene soziale Zuschlagskriterien würden öffentliche Auftraggeber vor dem Rechnungshof angreifbar machen, da im Zuge von Überprüfungen beantwortet werden müsse, ob und wie Kontrollen zur Einhaltung der Kriterien durchgeführt worden seien, ob es Auffälligkeiten gegeben habe und wie mit Verstößen umgegangen worden sei.

8.2.1.7 Umgang mit Verstößen

Bisher seien nur wenigen Befragten Verstöße gegen die Pflicht zum Einsatz von Baustellenpersonal, das als soziales Zuschlagskriterium in der Ausschreibung abgefragt und dessen Erfüllung vom Bieter zugesagt worden sei, untergekommen. Dies liegt vermutlich daran, dass personenbezogene soziale Zuschlagskriterien nur von einer geringen Anzahl an befragten Auftraggebern angewandt werden.

Die zu beachtenden rechtlichen Aspekte bei der Verwendung solcher Zuschlagskriterien dürften der Mehrheit in der Theorie allerdings bekannt sein: Die Zusage eines Bieters in seinem Angebot, ein personenbezogenes Zuschlagskriterium während der Ausführung zu erfüllen, sei ein Versprechen in die Zukunft. Der Bieter werde für dieses Versprechen im Vergabeverfahren durch entsprechende Punkte belohnt. Der Bieter sei vertraglich zur Einhaltung seiner Erfüllungszusage zu verpflichten. Der Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer müsse eine Klausel zu Kontrollmechanismen (Ablauf und Häufigkeit von Kontrollen auf Einhaltung) sowie eine Pönalebestimmung enthalten. Für den Fall, dass der Unternehmer die zugesagten Personen nicht einsetze, müsse der Wettbewerbsvorteil durch eine empfindliche Vertragsstrafe wieder ausgeglichen werden. Die Pönale solle in einer solchen Höhe angesetzt werden, dass Bieter sich die Zusage zur Erfüllung in ihren Angeboten eindringlich überlegen würden und der Auftragnehmer diese Strafe bei einem Verstoß spüre.

Ein Befragter weist darauf hin, dass bei Nichteinhaltung der im Vergabeverfahren gemachten Erfüllungszusagen des Unternehmers und Duldung durch den Auftraggeber möglicherweise eine unzulässige wesentliche Vertragsänderung vorliege. Habe etwa ein Unternehmer in seinem

Angebot den Einsatz einer bestimmten Anzahl an Lehrlingen zugesichert und setze dann tatsächlich auf der Baustelle nicht die geforderten Lehrlinge ein, so weiche er von seinem ursprünglichen Leistungsversprechen ab, aufgrund dessen der Zuschlag erteilt worden sei. Um eine wesentliche Änderung des Vertrages handle es sich im gegenständlichen Beispiel dann, wenn – unter Berücksichtigung der geänderten Bedingungen im ursprünglichen Vergabeverfahren – ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten hätte. Mit anderen Worten: Hätte der Auftraggeber von Anfang an ohne das Lehrlingskriterium ausgeschrieben, so wäre vielleicht ein anderer Bieter zum Zug gekommen. Eine wesentliche Änderung des Vertrages verpflichte den Auftraggeber allerdings zur Neuausschreibung. Der interviewte Experte verweist auf § 365 Abs 2 Z 1 BVergG 2018.

Wie mit vom Unternehmen unverschuldeten Ausfällen von Personen, die auf der Baustelle hätten eingesetzt werden sollen, umzugehen sei, komme auf den Vertrag an, wie ein Befragter näher erklärt:

Wenn man den Fall [im Vertrag berücksichtigt, dass der] Auftragnehmer (...) mit fünf Lehrlingen hinein[geht] und wenn einer aus unverschuldeten Gründen kein Lehrling mehr ist, (...) weil er kündigt, verstirbt, [die] Lehr[e] beendet [et cetera], dann ist das in Ordnung, weil es unverschuldet ist. Das kann man ja [vertraglich] festsetzen. (...) Wenn man das nicht festsetzt, dann wäre der Auftragnehmer verpflichtet, einen neuen Lehrling einzustellen und die Quote zu erfüllen und wenn er es nicht [schafft], gibt es eine Pönale. (...) Man sollte den Fall [vertraglich] lösen, [weil] wenn man es nicht löst, (...) ist der Auftragnehmer verpflichtet, [es so umzusetzen,] wie es im Vertrag drinnensteht.⁵⁴⁶

Damit die Heranziehung eines solchen Zuschlagskriteriums sachlich gerechtfertigt sei, müssten die Fälle, in denen es ausnahmsweise zulässig sei, weniger Lehrlinge auf der Baustelle einzusetzen, sehr eng ausgelegt werden. „Eng auslegen“ bedeute in diesem Fall, dass diese wenigen Ausnahmen im Vorfeld im Vertrag abschließend, klar und bestimmt aufgezählt werden müssten. Alle so festgelegten Sonderfälle seien „enge Ausnahmen“ ohne nachträglichen Erweiterungsspielraum.

Vereinzelte Aussagen von Experten auf Auftraggeberseite zur Handhabung rechtlicher Aspekte in der Praxis geben Grund zur Annahme, dass in Verträgen nicht immer Regelungen zu Ausnahmen und (der Höhe nach angemessene) Pönalen zur Durchsetzung der vom Bieter gemachten Zusagen verankert sind.

8.2.1.8 Schlüsselpersonal - Definition und Nachweis

Wie bereits in Unterkapitel 8.2.1.4 festgehalten, seien Vergabekriterien, die das Schlüsselpersonal betreffen, in baunahen Dienstleistungsausschreibungen und zT in Bauausschreibungen von hoher

⁵⁴⁶ Interviewpartner Nr 23, Rz 44.

Relevanz. Um zu ermitteln, welche Eigenschaften und Merkmale Schlüsselpersonen grundsätzlich aufweisen sollten und in weiterer Folge überprüfen zu können, ob sich die genannten Anforderungen in den Vergabekriterien der Ausschreibenden widerspiegeln, wurden die Experten in den Interviews um eine Definition des Begriffs „Schlüsselpersonal“ gebeten. Eine Schlüsselperson sei den gemachten Aussagen zufolge

- ein bevollmächtigter Vertreter des Auftragnehmers, der rasch vertragsrelevante Entscheidungen treffe und für die Vertragsabwicklung (mit)verantwortlich sei.
- ein Ansprechpartner/Vermittler für den öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf vertragliche, technische und ausführungsrelevante Themen. Sprachliches Ausdrucksvermögen sei demnach essenziell.
- eine Person vor Ort auf der Baustelle, die direkten Einfluss auf den Herstellungsablauf des Bauwerks habe und maßgeblich für die Qualität der Ausführung verantwortlich sei.
- eine Person mit Erfahrung, die bereits mit zum gegenständlichen Projekt ähnlichen Projekten betraut gewesen sei.
- in einer Funktion tätig, die bei früheren Aufträgen Schwierigkeiten bereitet habe.
- in leitender Funktion tätig, wobei dies auch untere Hierarchieebenen betreffen könne (die Schlüsselperson müsse demnach kein Akademiker sein).
- dazu in der Lage, zwischen wichtigen und unwichtigen Themen zu unterscheiden.

Die Festlegung mehrerer Schlüsselpositionen bzw. -personen sei möglich und vom jeweiligen Projekt abhängig. Bei Bauleistungen, auf Seite der bauausführenden Unternehmen, kämen beispielsweise die Schlüsselpersonen Projektleiter und stellvertretender Projektleiter (bei größeren Projekten), Bauleiter, Baulos-Leiter, Polier, Schichtführer, Gerätefahrer und Abrechnungsleiter vor. An Schlüsselpersonen für baunahe Dienstleistungen zählen die Befragten beispielhaft auf: Leiter für die ÖBA, die PS, die Begleitende Kontrolle (BK), die Generalplanung, die Architekturplanung, diverse Fachplanungen (Statik, Haustechnik, Elektro, Bauphysik, Geotechnik etc) und planende Techniker für diverse Fachplanungen.

Schlüsselpersonalkriterien könnten sowohl in der ersten Stufe (als Eignungs- und/oder Auswahlkriterien) als auch in der zweiten Stufe (als Zuschlagskriterien) vorkommen (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.4). Die Anforderungen an das Schlüsselpersonal seien vom jeweiligen Auftraggeber und der Art des Projektes abhängig.

Tabelle 8.3 zeigt eine stichwortartige Sammlung der von den befragten Auftraggebern herangezogenen Vergabekriterien zum Schlüsselpersonal sowie eine Kennzeichnung, ob diese Kriterien in deren Ausschreibungen für die Eignung, die Auswahl und/oder den Zuschlag herangezogen würden.

Tabelle 8.3: Herangezogene Vergabekriterien zum Schlüsselpersonal

Vergabekriterien zum Schlüsselpersonal	Eignung	Auswahl	Zuschlag
Personenbezogene Referenzprojekte (zB bestimmter Projekttyp mit einer gewissen Mindestlänge)	✓	✓	✓
Jahre an Berufserfahrung, Beschäftigungsverhältnis	✓	✓	✓
Ausbildungsabschlüsse (zB Baumeister, HTL, Fachhochschule, Universität)	✓	✓	✓
Absolvierte Schulungen (zB ÖNORMEN, Deponieverordnung, BVergG), Zertifikate (zB Projekt Management Austria (PMA), International Project Management Association (IPMA))		✓	✓
Hearings (Präsentation vor einer Kommission mit technischen, rechtlichen und sozialen Fragen/Problemstellungen)			✓

Die interviewten Experten betonen, dass Ausbildungsabschlüsse sowie Schulungsnachweise der Schlüsselpersonen im Vergleich zu deren (projektspezifischer) Erfahrung weniger wichtig seien.

Bei Abfrage einer Kombination aus Ausbildungsabschluss und Berufserfahrung sei es grundsätzlich möglich, niedrigere Abschlüsse durch mehr Jahre an Berufserfahrung zu kompensieren. Einige Auftraggeber räumen jedoch ein, dass eine Person, die den Bildungsweg der Lehre⁵⁴⁷ gewählt habe, trotz jahrelanger Berufserfahrung nicht Schlüsselperson für eine baunahe Dienstleistung sein könne. Ein HTL-Abschluss sei als Mindestanforderung (Eignungskriterium) festgelegt.

Die Internationale Standardklassifikation für das Bildungswesen (International Standard Classification of Education - ISCED), die dem internationalen Vergleich von Bildungsabschlüssen dient und jemanden mit Abschluss an einer Werkmeisterschule oder abgelegter Meister-/Befähigungsprüfung auf eine Ausbildungsstufe mit einem Absolventen einer HTL (fällt unter Höhere Berufsbildende Schule) stellt,⁵⁴⁸ sei keinem der befragten Auftraggeber bekannt.

Im Unternehmen/In der Organisation eines Befragten sei die Anerkennung des Bildungsweges der Lehre zur Durchführung von ÖBA-Leistungen bereits diskutiert worden. Eine Person, die diesen Bildungsweg absolviert und einige Jahre Berufserfahrung gesammelt habe, verfüge mit Sicherheit über das technische Know-how für diese Leistungen. Allerdings sei jemand mit einem höheren Bildungsabschluss besser geeignet, wenn es sich um ein Bauvorhaben mit intensivem Behörden- und Anrainerkontakt handle oder Managementkompetenzen, fehlerfreie

⁵⁴⁷ ZB Lehre zum Technischen Zeichner; nach der Lehrabschlussprüfung können noch weitere Prüfungen (Werkmeister und CAD-Experte) abgelegt werden. Vgl WKO, Bildungspfad Technischer Zeichner/Technische Zeichnerin. Online abrufbar unter: <https://www.bildungderwirtschaft.at/wko-bildungspfade/produktion-technik/technischer-zeichner-technische-zeichnerin/> (abgerufen am 27.11.2020).

⁵⁴⁸ Vgl Euroguidance Österreich, Das österreichische Bildungssystem: Internationale Standardklassifikation im Bildungswesen (ISCED). Online abrufbar unter: <https://www.bildungssystem.at/isced-klassifikation/internationale-standardklassifikation-im-bildungswesen> (abgerufen am 27.11.2020).

Prüfberichte/Protokolle und ein sicheres Auftreten erforderlich seien. Bei Großbauvorhaben bestehe die Entscheidungsproblematik hinsichtlich der Anerkennung niedrigerer Bildungsabschlüsse nicht, da ohnehin ein entsprechend großer Mitarbeiterpool für bestimmte Funktionen benötigt werde. Das Team könne sodann aus Personen mit unterschiedlichen Bildungsabschlüssen bestehen.

8.2.1.9 Austausch von Schlüsselpersonal

Die Problematik der Schlüsselpersonalbindung, die laut Auftraggeberseite bei Unternehmen bestehe (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.5), sei dadurch erkennbar, dass es in laufenden Projekten gelegentlich zu einem Austausch von Schlüsselpersonal komme. Ob dies häufiger bei Bauleistungen oder baunahen Dienstleistungen der Fall sei, könne nicht mit Bestimmtheit gesagt werden.

Die Gründe für einen Austausch von Schlüsselpersonal seien unterschiedlich. Sowohl nicht vorhersehbare Fälle, in denen der Auftragnehmer keine Schuld trage (zB Kündigung oder Krankheit der Schlüsselperson) als auch beabsichtigte Personalwechsel (zB Abzug der Schlüsselperson in der Endphase des Projekts, um sie in einem neuen Projekt einsetzen zu können und/oder einem jüngeren Mitarbeiter Projekterfahrung zu ermöglichen) kämen vor.

Berichtet wird allerdings auch von Fällen, in denen Schlüsselpersonen im Vergabeverfahren gepunktet hätten, aber bereits kurz nach Zuschlagserteilung ein Austausch erfolgt sei:

Was bei uns natürlich nicht gerne gesehen wird, [wenn das] Vergabeverfahren gewonnen [wurde] und in der Woche darauf kommt dann der Austausch. Da sind wir beim „Schummeln“ oder beim „Referenzshopping“. [Nach dem Motto:] Ich habe meinen Referenzmitarbeiter, das ist (...) der für die Auslage und [einsetzen] tue ich dann [jemanden anderen]. Das geht natürlich nicht. (...) Der [Unternehmer] hat das Vergabeverfahren gewonnen mit [einem bestimmten Mitarbeiter] und dann soll er [das Projekt] auch abwickeln mit der Person. (...) Manche [Unternehmer] sind da kooperativer und sehen das dann auch ein und tauschen dann auch [erst] nach einer gewissen Zeit aus.⁵⁴⁹

Dies sei in der Vergangenheit beispielsweise nach Hearings der Fall gewesen, weshalb solche Personen von Auftraggeberseite als „Hearing Profis“, „Schauspieler“ oder „Verkäufer“ bezeichnet würden. Zudem seien Vergabeverfahren bekannt, in denen eine Schlüsselperson nur aufgrund ihres höheren Ausbildungsabschlusses im Angebot genannt worden sei, da es für einen akademischen Titel mehr Punkte gegeben habe. Tatsächlich sei dann eine andere Person, ohne akademischen Titel, mit dem Projekt betraut worden.

⁵⁴⁹ Interviewpartner Nr 15, Rz 84 und 86.

Ein schleichender Austausch sei dadurch gekennzeichnet, dass ein erfahrener Mitarbeiter (eine im Teilhabeantrag/Angebot namhaft gemachte Schlüsselperson) zu Beginn noch mit dem weniger erfahrenen, jüngeren Mitarbeiter (keine Schlüsselperson) zu Besprechungen käme und nach einer Weile nur mehr der Jüngere bei Besprechungen anwesend sei.

Auf die Frage nach der rechtlichen Handhabung eines Schlüsselpersonalwechsels während der Vertragsabwicklung geben die Experten an, dass der Vertrag Regelungen für diesen Fall enthalten müsse.⁵⁵⁰ In den Verträgen, die bei den Projekten der befragten Auftraggeber zur Anwendung kämen, fänden sich verschiedenste Bestimmungen und Inhalte:

- Schriftliches Ansuchen des Schlüsselpersonalwechsels beim Auftraggeber, Zustimmungserfordernis des Auftraggebers
- Gründe, die jedenfalls zu einem Austausch legitimieren, zB länger andauernde Erkrankung, Tod, Kündigung oder Entlassung der Schlüsselperson oder Beschränkung der Legitimation zum Austausch auf „wichtige Gründe“
- Gleichwertigkeit der Ersatzperson⁵⁵¹, Nachweis der Gleichwertigkeit durch den Auftragnehmer (dh Nachweise, die im Vergabeverfahren für die ursprüngliche Schlüsselperson vorgelegt worden seien, müssten auch für die Ersatzperson vorgelegt werden, zB persönliche Referenzprojekte, Ausbildungsabschlüsse), Prüfung der Nachweise durch den Auftraggeber
- Vorgesehene Pönalen, zB für den Nichteinsatz der im Vergabeverfahren genannten Person, den Austausch ohne Zustimmung des Auftraggebers oder die Nichtzurverfügungstellung einer gleichwertigen Ersatzperson
- Rücktrittsrecht des Auftraggebers (für Gründe siehe Beispiele zuvor)

Den Fall, dass eine Schlüsselperson bei einem Hearing bewertet worden sei und dann während der Vertragsabwicklung ausscheide, beschreiben die Experten als problematisch. Immerhin sei exakt diese Person mit ihrem Wissen im Hearing mitentscheidend für den Zuschlag gewesen. Auch für diese Situation müssten entsprechende Vorkehrungen im Vertrag getroffen werden. Bsp:

⁵⁵⁰ Die rechtliche Handhabung im Falle, dass sich bereits während der Zuschlagsfrist herausstelle, dass eine im Vergabeverfahren genannte Schlüsselperson für die Vertragsabwicklung nicht zur Verfügung stehen werde, bedürfe einer Regelung in den Ausschreibungsunterlagen. Liege keine solche Regelung vor, so sei nach den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen vorzugehen. Der nachträgliche Wegfall der Eignung habe sohin das Ausscheiden des Bieters zur Folge. Beim nachträglichen Wegfall eines Auswahl- oder Zuschlagskriteriums müsse die Bewertung korrigiert werden. Im Falle einer neuen Reihung der Bieter sei eine erneute Auswahl- oder Zuschlagsentscheidung zu treffen.

⁵⁵¹ Wobei sich die zwingende Gleichwertigkeit der neuen Schlüsselperson bereits aus vergaberechtlichen Erwägungen ergebe und somit auch ohne ausdrückliche Regelung im Vertrag gelte. Das nachträgliche Hinzuziehen von nicht gleichwertigem Schlüsselpersonal ändere nämlich nachträglich das abgegebene Angebot bzw das angebotene Leistungsversprechen des Bieters im Vergabeverfahren, wodurch unter Umständen eine wesentliche Vertragsänderung vorliege und Neuausschreibungspflicht bestehe. Zur Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit siehe auch § 365 BVergG.

Nachholen eines Hearings, bei dem die neue Schlüsselperson bewertet wird und die Kommission zu dem Ergebnis kommen müsste, dass sie genauso qualifiziert ist, wie die ursprüngliche Schlüsselperson.

Einige wenige Experten geben zu, dass die vertraglichen Regelungen in der Praxis nicht immer strikt gelebt würden. Schließlich solle der Auftragnehmer nicht dafür bestraft werden, wenn seine Schlüsselperson kündige oder langzeitkrank werde und dann kein gleichwertiger Ersatz zur Verfügung stehe. Sofern die Stimmung im Projekt eine gute sei, werde in Bezug auf die Gleichwertigkeit der eingewechselten Person häufig ein Auge zugeedrückt.

Auf die Frage, welche Chance auf einen Einsatz als Schlüsselperson in einem Projekt jemand habe, der die dafür erforderlichen Referenzen nicht nachweisen könne (jüngere, unerfahrene Mitarbeiter oder Personen mit ausgelaufenen Referenzen), geben die Experten an, dass zwischen Eignungskriterien auf der einen und Auswahl- und Zuschlagskriterien auf der anderen Seite differenziert werden müsse. Im Falle, dass die Referenz als Eignungsnachweis erforderlich sei, habe die betreffende Person grundsätzlich keine Chance. Einzig eine Bewerber-/Bieteranfrage könne an den Auftraggeber mit der Bitte gestellt werden, die Ausschreibungsunterlagen derart abzuändern, dass zumindest für eine Schlüsselperson, die keine Leitungstätigkeit innehatte oder nur als Stellvertreter fungiere, weniger restriktive Kriterien zum Einsatz kämen. So müsse lediglich das leitende Schlüsselpersonal hohe Anforderungen erfüllen.

Sofern die Abfrage der persönlichen Referenzen im Rahmen von Auswahl- oder Zuschlagskriterien erfolge, bedeute dies nur, dass die Wahrscheinlichkeit geringer sei, im Vergabeverfahren in die zweite Stufe zu kommen bzw den Zuschlag zu erhalten. Der Bieter müsse deshalb danach trachten, bei den Kriterien abseits der Referenzen möglichst voll zu punkten. Allerdings geben einige Befragte zu, im Projekt keine Schlüsselperson haben zu wollen, die die abgefragten persönlichen Referenzen nicht erfülle („[So jemanden] brauchen wir nicht.“⁵⁵²).

Zu ausgelaufenen Referenzen merken die Experten an, dass sie – in Abhängigkeit vom Projekt – ohnehin häufig längere Referenzzeiträume von bis zu zehn Jahren in ihren Ausschreibungen zuließen. Auch persönliche Referenzen zu Projekten, die zum Auftragsgegenstand ähnlich seien, würden meist gewertet, aber im Vergabeverfahren mit weniger Punkten honoriert (zB werde für den Bau eines Kulturzentrums die Referenz für ein Bürogebäude anerkannt).

Für eine Person gänzlich ohne Projektreferenzen nennt die Auftraggeberseite drei Möglichkeiten, um diese zu erhalten:

1. Einsatz in Projekten oder Positionen mit von Grund auf geringeren oder gar keinen Anforderungen; die Person könne in einem derartigen Projekt einen Referenznachweis erhalten, damit in nachfolgenden Vergabeverfahren punkten und sich so sukzessive

⁵⁵² Interviewpartner Nr 13, Rz 82.

hocharbeiten. Bsp⁵⁵³: ÖBA Techniker im gegenständlichen Projekt mit geringen oder ohne Anforderungen → Erwerb Technikerreferenz im gegenständlichen Projekt → Bewerbung als ÖBA-Leiter-Stellvertreter im darauffolgenden Projekt → (bei Zuschlag) Erwerb Stellvertreter-Referenz → Bewerbung als ÖBA-Leiter im darauffolgenden Projekt etc.

2. Wie die 1. Möglichkeit mit dem Unterschied des sukzessiven Hocharbeitens im gegenständlichen Projekt durch Schlüsselpersonalwechsel. Bsp: ÖBA Techniker im gegenständlichen Projekt mit geringen oder ohne Anforderungen → Aufbau von Technikermonaten im laufenden (noch nicht abgeschlossenen) Projekt → Schlüsselpersonalwechsel (Techniker ersetzt bisherigen ÖBA-Leiter-Stellvertreter im laufenden Projekt) → Erwerb Stellvertreter-Referenz im laufenden Projekt. Selbiges Prinzip könne bei ÖBA-Leiter-Stellvertretern angewandt werden, die nach einer gewissen Zeit im Projekt zum ÖBA-Leiter aufsteigen.
3. Schaffung einer zusätzlichen, im Projekt ursprünglich nicht vorgesehenen Position⁵⁵⁴ für die Person ohne Referenzen, in der Erfahrung gesammelt werden könne, um später im laufenden Projekt einen Schlüsselpersonalwechsel vollziehen zu können.

Zur 3. Möglichkeit erklärt ein Befragter:

Das kommt vor, das ist auch sehr sinnvoll. (...) Das merkt man ja dann oft, die [treten] zu zweit [auf], da ist dann [neben der Schlüsselperson] ein Jüngerer dabei und nach einem Jahr wird dann die Frage gestellt: „Können wir jetzt den Konsulenten austauschen? Ihr kennt den Junior eh schon. Der [hat jetzt] einschlägige Erfahrung, war immer dabei. Ihr wart offensichtlich zufrieden.“ [Wenn] der [Jüngere im Projekt] positiv aufgefallen [ist], (...) werden wir uns nicht querstellen.⁵⁵⁵

Bei den unter 2. und 3. beschriebenen Vorgehensweisen befinde sich der öffentliche Auftraggeber allerdings in einem Spannungsfeld, weil die Bestimmungen der Ausschreibung, im gegenständlichen Fall die in den Vergabekriterien enthaltenen Anforderungen an die Schlüsselpersonen, auch während der Vertragsabwicklung aufrecht bleiben müssten (Stichwort Gleichwertigkeit; siehe Erläuterungen zur rechtlichen Handhabung zuvor).

8.2.1.10 Grenzen des Interpretationsspielraumes

Die Experten wurden im Zuge der Interviews gefragt, ob es in den von Bewerbern/Bietern abgegebenen Nachweisen für Schlüsselpersonal jemals Auffälligkeiten in Form von

⁵⁵³ Dieses Beispiel stellt lediglich den grundsätzlichen Ablauf dar. Selbstverständlich sind auch die jeweiligen Projektumstände zu beachten (Hochbau, Tiefbau, Sanierung, Denkmalschutz, Baukosten, öffentlicher Auftrag etc), um erworbene Referenzen im nächsten Vergabeverfahren verwenden zu können. In der Praxis wird auch mehr als eine Projektreferenz erforderlich sein, um in der Hierarchie der Schlüsselpositionen aufzusteigen.

⁵⁵⁴ Siehe Anmerkung zur Anonymität in Unterkapitel 8.2.

⁵⁵⁵ Interviewpartner Nr 22, Rz 100 und 102.

Widersprüchen zu verlangten Nachweisen, falschen oder ungenauen Angaben, fehlenden Unterlagen etc gegeben habe. Dies wird von Auftraggeberseite bejaht, wobei auf den in Ausschreibungen bestehenden Interpretationsspielraum (zB betreffend Gleichwertigkeit, Leistungsbild, Zeiträume) hingewiesen wird. Je unpräziser die Ausschreibung, desto eher könnten der Interpretationsspielraum durch Bewerber/Bieter ausgereizt werden und Unstimmigkeiten auftreten. Bewerber/Bieter seien schließlich bestrebt, auf dem Markt zu bestehen.

Die Verantwortung einer klaren und präzisen Formulierung der verlangten Nachweise liege beim Auftraggeber. An ihm liege es auch, die eingereichten Angebote und die angeschlossenen Unterlagen (Referenzbestätigungen durch ehemalige Auftraggeber, Zertifikate etc) genau zu prüfen und Bewerber/Bieter bei Auffälligkeiten um Aufklärung zu bitten. Gegebenenfalls könne bei Unstimmigkeiten in abgegebenen Referenznachweisen schriftlich oder telefonisch bei Auftraggeberkollegen (Referenzgebern) nachgefragt werden.

Unabhängig vom Ausreizen des Interpretationsspielraumes geben einige Experten an, nicht ausschließen zu können, dass es Fälle gäbe, in denen Bewerber/Bieter bewusst Falschangaben machen würden, in der Hoffnung, dass dies im Zuge der Angebotsprüfung nicht auffalle.

Nachfolgende Auflistung gibt einen Überblick über die in den Interviews erwähnten, laut Expertenaussagen jedoch eher selten vorkommenden Ungereimtheiten bei den von Unternehmen vorgelegten Nachweisen zum Schlüsselpersonal.

Zu Referenzprojekten:

- Angabe eines größeren Leistungsumfanges, als tatsächlich erbracht worden sei; zB sei die Person beim Referenzprojekt nicht für das gesamte Projekt zuständig gewesen, sondern nur für einen Teilbereich oder tatsächlich habe das Referenzprojekt die geforderte Mindestlänge oder die geforderten Baukosten unterschritten.
- Angabe eines höheren Komplexitätsgrades, als das Referenzprojekt tatsächlich aufgewiesen habe; zB sei das Bauwerk nicht in innerstädtischer Lage, sondern auf einer freien Wiese errichtet worden oder tatsächlich habe es sich beim Referenzprojekt nicht um ein denkmalgeschütztes Gebäude gehandelt, wie gefordert.
- Angabe einer längeren Einsatzzeit in einer bestimmten Position im Referenzprojekt, als dies tatsächlich der Fall gewesen sei.
- Fehlende, unvollständige oder ausgelaufene Referenznachweise.

Zur Berufserfahrung und zum Beschäftigungsverhältnis:

- Hinzurechnung von Berufserfahrung, die in (branchenfremden) Praktika gesammelt worden sei.

- Nennung einer Schlüsselperson, die nicht beim Bewerber/Bieter selbst, sondern beim Mutterkonzern angestellt sei.

Zum Ausbildungsabschluss:

- Angabe, dass die Schlüsselperson Ingenieur sei, obwohl die HTL nicht abgeschlossen worden sei.

Zu Schulungen:

- Vorlage einer Schulungsbestätigung zu einer In-House-Schulung, bestätigt durch das bietende Unternehmen selbst, dh ohne offiziellen Charakter.
- Vorlage einer Schulungsbestätigung zu einer Schulung, die nicht stattgefunden habe.

Weitere Ungereimtheiten kämen nach Zuschlagserteilung vor, wenn im Zuge des Vergabeverfahrens hoch bewertete Schlüsselpersonen nicht mehr zur Verfügung ständen (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.9).

8.2.1.11 Ermittlung des (Mehr)Wertes von Schlüsselpersonalkriterien

Laut den Befragten werde die Gesamtheit der preisfremden Zuschlagskriterien in Bauausschreibungen meist mit maximal 10% gewichtet, wobei davon je nach Projektgröße und Komplexität höchstens ein Drittel die Qualifikation des Schlüsselpersonals betreffe (sofern Zuschlagskriterien zum Schlüsselpersonal überhaupt in der Ausschreibung enthalten seien). In Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen seien preisfremde Zuschlagskriterien mit einer Gewichtung von insgesamt 40 bis 70% üblich (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.2). Eine allgemeine Tendenz, wie viel Gewicht dabei den Kriterien zur Qualifikation des Schlüsselpersonals zukommt, kann aufgrund stark unterschiedlicher Aussagen der Interviewpartner nicht festgestellt werden.

Für die gegenständliche Arbeit ist relevant, wie die Gewichtung von Zuschlagskriterien, die das Schlüsselpersonal betreffen sowie Bewertungssysteme zur Ermittlung des Grades der Zielerfüllung eines jeden Kriteriums (siehe auch Unterkapitel 3.4.2 und 3.5) für ein bestimmtes Projekt festgelegt werden.

Anhand der erhobenen Informationen aus den Auftraggeberinterviews können diesbezüglich unterschiedliche Herangehensweisen festgestellt werden. Die am häufigsten genannten sind:

- Orientierung an unternehmens-/organisationsintern festgelegten Gewichtsvorgaben und Bewertungssystemen (wie diese Vorgaben ursprünglich zustande gekommen seien, könne nicht genau gesagt werden; andere Fachexperten innerhalb des Unternehmens/der Organisation hätten sich sicherlich mit dieser Thematik auseinandergesetzt).
- Übernahme von Gewichtungen und Bewertungssystemen von ähnlichen, in der Vergangenheit ausgeführten Projekten des Unternehmens/der Organisation.

- Festlegung nach „Bauchgefühl“, da der monetäre Wert solcher Kriterien nicht errechnet werden könne.

Die Auftraggeberseite vermutet, dass es durchaus Ausschreibungsersteller gäbe, die Gewichtungen und Bewertungssysteme zu Schlüsselpersonalkriterien festlegen würden, denen keinerlei Überlegungen zugrunde lägen.

Ein Interviewpartner, der sich laut eigenen Aussagen bereits intensiv mit der Thematik der Gewichtung von Zuschlagskriterien auseinandergesetzt habe, gibt an, dass nachfolgende drei Faktoren bei der Bestimmung von Gewichtungen eine Balance finden müssten:

- Geschätzter Wert für den Auftraggeber; je komplexer das Projekt oder je mehr Schwierigkeiten in der Vergangenheit in der Ausübung einer bestimmten Funktion aufgetreten seien, desto mehr Wert hätten diverse Schlüsselpersonalkriterien für den Auftraggeber. Solche Kriterien hätten bei baunahen Dienstleistungen einen größeren Wert für den Auftraggeber und brächten mehr für ein Projekt, als dies bei Bauleistungen der Fall sei.⁵⁵⁶
- Kosten für den Bieter; sinnlos sei es etwa, einen Schulungsnachweis als Zuschlagskriterium vorzugeben, wenn der Besuch der Schulung den Bieter wesentlich weniger koste, als durch die volle Erfüllung des Kriteriums lukriert werden könne. Bieter würden die jeweilige Schlüsselperson in diesem Fall selbstverständlich zur Schulung schicken und bei diesem Kriterium voll punkten.
- Vertretbarkeit gegenüber der Öffentlichkeit (siehe auch Unterkapitel 8.2.1.3, wirtschaftliche Vergabe)

Ein anderer Interviewpartner würde sich – hätte er in seinem Unternehmen/in seiner Organisation Handhabe in der Gewichtung von Schlüsselpersonalkriterien – bei der Festlegung der Gewichtung grundsätzlich immer an den Kosten für den Bieter orientieren. Kostet etwa ein durchschnittlicher ÖBA-Mitarbeiter (inkl Lohnnebenkosten, Dienstfahrzeug, Computer etc) monatlich 10.000 € und der erfahrene, besser qualifizierte ÖBA-Mitarbeiter 11.000 €, so könnten 10% an Gewicht für die Qualifikation dieser Schlüsselperson angesetzt werden.

8.2.2 Bauausführende Unternehmen

Unter die interviewten Vertreter der bauausführenden Unternehmen fallen Geschäftsführer, Filialleiter, Gruppenleiter, stellvertretende Gruppenleiter und Juristen. Sie geben an, über

⁵⁵⁶ Zudem vermutet der Befragte, dass bauausführende Unternehmen ohnehin den Anspruch hätten, Leitungspersonal mit dem Projekt zu betrauen, das die Baustelle einwandfrei abwickle, wodurch Schlüsselpersonalkriterien überflüssig werden könnten bzw ein Mehrwert für den Auftraggeber durch solche Kriterien nicht gegeben sei.

mehrfährige Erfahrung mit Angebotsbearbeitungen zu verfügen und laufend mit Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien in öffentlichen Ausschreibungen zu tun zu haben.

8.2.2.1 Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping

Die Interviewpartner der bauausführenden Unternehmen sind fast ausnahmslos der Ansicht, dass das verpflichtende Bestbieterprinzip für öffentliche Bauaufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio € keine Auswirkung auf Lohn- und Sozialdumping habe.

Die von der Auftraggeberseite herangezogenen Qualitätskriterien seien in der Regel wenig herausfordernd und jeder Bieter könne diese erfüllen (sogenannte „Feigenblattkriterien“, siehe auch Unterkapitel 3.4.3 und 8.2.2.2). Es stelle beispielsweise keine Schwierigkeit dar, Kriterien wie die Verlängerung der Gewährleistungsfrist oder die Verlängerung der Beweislastumkehr anzukreuzen oder einen Schulungsnachweis für eine Schlüsselperson vorzulegen, insbesondere dann nicht, wenn die Schulungsbestätigung vom bietenden Unternehmen selbst und nicht von einer anerkannten Institution ausgestellt werde. Unternehmen sähen sich aus Wettbewerbsgründen sogar häufig gezwungen, diese Kriterien anzukreuzen, da anzunehmen sei, dass andere Bieter ebenfalls so vorgehen würden.

Eine volle Erfüllung der zuvor beispielhaft angeführten preisfremden Zuschlagskriterien habe zur Folge, dass schließlich wieder nur der Preis als ausschlaggebendes Kriterium verbleibe. Bieter ständen dadurch nach wie vor unter Preisdruck. Abgesehen davon seien preisfremde Zuschlagskriterien in der Regel gering gewichtet (häufig mit insgesamt 5%). Dh selbst bei anderslautenden, herausfordernden Qualitätskriterien, die nicht jeder voll erfüllen könne, sei die Chance auf eine Änderung der Reihung der Bieter (Bietersturz) aufgrund dieser Kriterien gering. „Überspitzt gesagt [wäre] nach wie vor trotz Bestbieterkriterien (...) der Billigstbieter der Bestbieter.“⁵⁵⁷

Zum Preisdruck bei Bauvergaben bzw zur Preisgestaltung bei den gelegten Angeboten führt ein Experte ergänzend an:

Nachdem [wir] jetzt doch schon einige Jahre Erfahrung [mit dem verpflichtenden Bestbieterprinzip] haben, muss man (...) ganz nüchtern sagen, dass es uns nicht dazu verholfen hat, unser Preisniveau [bei den Angeboten] zu heben. (...) Wir kalkulieren genauso scharf, wie wir es vor [Inkrafttreten der Gesetzesnovelle] getan haben. Es ist jetzt nicht so, dass [wir] aufgrund dieser Bestbieterkriterien [und dem] Vorteil, [den wir dadurch möglicherweise] dem Mitbewerb gegenüber [haben, unsere Preise erhöhen]. Wir nutzen die Vorteile aus und geben trotzdem den billigsten Preis ab, den wir (...) gerade noch kalkulieren können.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Interviewpartner Nr 10, Rz 6.

⁵⁵⁸ Interviewpartner Nr 25, Rz 106.

Einige Befragte sind der Ansicht, dass das Angebot eines Unternehmens unabhängig von den Handlungen in der Ausführung gesehen werden müsse: Eine (Zusage zur) Erfüllung der Bestbieterkriterien stelle noch lange nicht sicher, dass dieses Unternehmen oder dessen Subunternehmer in der Ausführung nicht Lohn- und Sozialdumping betreiben würden.

Wesentlich wirkungsvoller in der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping sei die Preisangemessenheitsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber. Redliche ausführende Unternehmen seien gut darin beraten, nur Subunternehmer heranzuziehen, die in der Vergangenheit seriös aufgetreten seien. Hilfreich sei weiters die regelmäßige Kontrolle der eigenen Subunternehmer auf Verstöße.

Einer der Vorschläge der Befragten für sinnvolle Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping betrifft die Festlegung von Unternehmenszertifizierungen durch unabhängige Dritte als Eignungskriterium. Audits⁵⁵⁹, wie beispielsweise jene von „Achilles“ und „EcoVadis“, würden die Möglichkeit eröffnen, Unternehmen in den Bereichen Soziales, Ethik, Personal, Ökologie etc zu durchleuchten.⁵⁶⁰ Seriöse Unternehmen würden sich solchen Untersuchungsprozessen stellen und das aufgezeigte Verbesserungspotenzial zum Anlass nehmen, sich weiterzuentwickeln.

Einige Experten merken an, dass die Problematik des Lohn- und Sozialdumpings bei den öffentlichen Projekten, in denen sie bisher mitgearbeitet hätten, kaum ein Thema gewesen sei. An öffentlichen Vergabeverfahren würden sich grundsätzlich eher seriöse, namhafte Unternehmen beteiligen.

8.2.2.2 Umsetzung des Bestbieterprinzips

Da ein Großteil der Befragten der bauausführenden Unternehmen das Bestbieterprinzip als wirkungslose Maßnahme zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping beschreibt und dies unter anderem auf die falsche Umsetzung des Bestbietersystems zurückführt, erfolgt an dieser Stelle eine genauere Auseinandersetzung mit der Handhabung von Qualitätskriterien in der Praxis. Ein Befragter schildert seine Gedanken dazu wie folgt:

[Ich] glaube von der Mentalität her hat sich das noch nicht durchgesetzt, dass man wirklich [hinter dem Bestbieterprinzip bei Bauleistungen] steht [und] diese Qualitätskriterien auch ernst nimmt auftraggeberseitig (...). Sondern die sagen: „Jetzt [müssen wir] das einhalten, das steht (...) im Gesetz, dann machen wir halt ein paar [Qualitätskriterien] und dann passt das schon, dann haben wir das abgehakt und erfüllt.“⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Bei einem Audit handelt es sich um „die Prüfung bzw Revision bestimmter Prozesse, Bereiche etc eines Unternehmens“. Becker/Lutz/Back, Gabler Kompaktlexikon Modernes Rechnungswesen – 2.000 Begriffe nachschlagen, verstehen, anwenden³, S 17.

⁵⁶⁰ Im Gegensatz dazu lehnen die Befragten ISO-Zertifikate, wie zB die ISO 9001 Zertifizierung zum Qualitätsmanagement, aus den unterschiedlichsten Gründen ab.

⁵⁶¹ Interviewpartner Nr 8, Rz 8.

Nach Meinung der Experten komme das Billigstbieterprinzip häufig unter dem Deckmantel des Bestbieterprinzips zur Anwendung. Die Berücksichtigung von Qualitätskriterien in der Praxis sei zumeist ein reines Lippenbekenntnis der Auftraggeberseite. Dies äußere sich unter anderem in der Heranziehung gering gewichteter preisfremder Kriterien, die von jedem Bieter leicht erfüllt werden könnten (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.1). Fälle, in denen Qualitätskriterien bei Bauleistungen eine Änderung der Reihenfolge der Bieter bewirkt hätten, kämen kaum vor.

Weiters würden Auftraggeber Zuschlagskriterien berücksichtigen, die nichts mit Qualität zu tun hätten oder sich sogar nachteilig auf diese auswirken würden.⁵⁶² Hierzu führen die Befragten das Zuschlagskriterium „Verkürzung der Bauzeit“ an. Ohnehin knapp bemessene Projektzeiten weiter zu verkürzen sei kontraproduktiv, allerdings *„lassen sich (...) oft Firmen [dazu] verleiten, irgendetwas anzubieten, was eigentlich unter regulären Bedingungen gar nicht mehr machbar ist. Und dann hat man (...) hintennach die Probleme.“*⁵⁶³

Das Desinteresse am Bestbieterprinzip zeige sich auch darin, dass im Vertrag enthaltene Pönalen für den Fall der Nichteinhaltung der im Angebot gemachten Zusagen zur Erfüllung der Zuschlagskriterien nicht in Relation zum wirtschaftlichen Vorteil ständen, der durch die Erfüllungszusagen erlangt werden könne. Ein Bieter könne also ein Kriterium im Vergabeverfahren ankreuzen und dafür die vollen Punkte lukrieren, ohne nach einem Vertragsbruch in der Ausführung eine hohe Strafe befürchten zu müssen.

Nach Einschätzung der Vertreter der bauausführenden Unternehmen würden Auftraggeber der Pflicht zum Bestbieterprinzip mittels Feigenblattkriterien nachkommen, um nicht Gefahr zu laufen, an ein Unternehmen vergeben zu müssen, das nicht in das vorgesehene Budget passe. Hierbei spiele die öffentliche Budgetpolitik eine Rolle. Die Befragten weisen weiters auf die objektive Messbarkeit des Preises hin. Die Auftraggeberseite wolle sich nicht für einen eklatant höheren Preis rechtfertigen müssen, der aufgrund anderer, objektiv nicht messbarer Zuschlagskriterien entstehe.

Genauso wolle die Auftraggeberseite komplexe und schwierig zu erfüllende Qualitätskriterien bei Bauleistungen vermeiden, um bestimmte Bieter nicht auszugrenzen. Dies sei bereits in der Stufe der Eignung erkennbar, denn Auftraggeber würden die Mindestanforderungen auf Anfrage der Bewerber/Bieter herunterschrauben, um die Bewerber-/Bieteranzahl und somit die Chance auf ein günstiges Angebot zu erhöhen. Dadurch würden Bewerber/Bieter zugelassen, die gar nicht die Ressourcen dazu hätten, das Projekt zu stemmen.

⁵⁶² Andere echauffieren sich über die Begriffe „Qualitätskriterien“ und „preisfremde Kriterien“. Bei einem Kriterium wie der Verlängerung der Gewährleistungsfrist werde überlegt, was dieses Kriterium das Unternehmen koste. Im Falle, dass es weniger koste, als es für das Vergabeverfahren bringe, würden die Kosten in den Angebotspreis eingerechnet und das Kriterium angekreuzt. Demnach sei ein solches Kriterium auch als Preiskriterium zu betrachten.

⁵⁶³ Interviewpartner Nr 25, Rz 106.

Die Experten appellieren an die Auftraggeberseite, das Bestbieterprinzip bei Bauleistungen tatsächlich als solches zu handhaben. Die Frage, ob eine verpflichtende Mindestgewichtung preisfremder Zuschlagskriterien eingeführt werden sollte, wird von den Befragten dennoch verneint: Eine allgemeine gesetzliche Mindestgrenze sei nicht für alle Arten von Bauprojekten sinnvoll, weil sich diese durch ihr Auftragsvolumen, ihre technische Komplexität und ihr Optimierungspotenzial unterscheiden würden. Darauf solle die Gewichtung abgestimmt werden (Bsp: Ein Wohnbau sei anders zu beurteilen als ein Kraftwerks- oder Flughafenbau).

Von noch größerer Bedeutung als die Gewichtung eines Qualitätskriteriums sei die Gestaltung des Kriteriums selbst. Lediglich die Gewichtung der Kriterien zu erhöhen, genüge für die richtige Umsetzung des Bestbieterprinzips nicht, da es bei einem Kriterium, das alle Bieter erfüllen, keinen Unterschied mache, ob dieses hoch oder niedrig gewichtet sei.

Einige wenige Befragte geben zu bedenken, dass sehr hoch gewichtete, subjektiv zu bewertende Qualitätskriterien zu viel Spielraum für den Auftraggeber offenließen. Dieser könne die Kriterien auf bestimmte Bieter zuschneiden oder die Bewertung so durchführen, dass sich der präferierte Marktteilnehmer durchsetze.

Den Experten sei bewusst, dass die Gestaltung sinnvoller Qualitätskriterien für Bauleistungen die Auftraggeberseite manchmal vor Herausforderungen stelle. Dies hätten gemeinsame Gespräche mit öffentlichen Auftraggebern gezeigt. Als Vorschläge für sinnvolle Qualitätskriterien nennen die Befragten beispielweise Kriterien zu Gesundheits-, Sicherheits- und Umweltaspekten. Um vom Billigstbieterprinzip abzurücken, könne auch die Einführung eines sogenannten „Unterpreiskriteriums⁵⁶⁴“ hilfreich sein (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.2).

8.2.2.3 Relevanz personenbezogener Vergabekriterien

Laut den Befragten gäbe es Bauausschreibungen, in denen großer Wert auf personenbezogene Vergabekriterien gelegt werde und andere, bei denen diese kaum eine Rolle spielen würden. Die Relevanz sei vom Auftraggeber und vom jeweiligen Projekt abhängig. Tendenziell habe der Stellenwert solcher Kriterien in den vergangenen Jahren jedoch zugenommen. Aufgrund dessen und weil anzunehmen sei, dass personenbezogene Kriterien in Zukunft noch häufiger in Ausschreibungen enthalten sein werden, handle es sich hierbei um ein Thema, mit dem sich Bewerber/Bieter beschäftigen müssten.

Personenbezogene Vergabekriterien beträfen einerseits das Schlüsselpersonal (zB Projektleiter, Bauleiter, Polier und deren Stellvertreter) und andererseits die Baustellenmannschaft, wobei hierbei weiters zwischen sozialen Kriterien und Kriterien zur Qualifikation der Mannschaft unterschieden werden könne. Die befragten Experten nennen nachfolgende Beispiele:

⁵⁶⁴ Hierbei handelt es sich nicht um ein Zuschlagskriterium, sondern eine allgemeine Bestimmung in der Ausschreibung.

- **Schlüsselpersonal:** Personenbezogene Referenzprojekte (bestimmte Arten von Projekten mit gewissen Mindestlängen, -volumen, -querschnitten oder -auftragssummen, Fertigstellung zB innerhalb der letzten fünf Jahre), Jahre an Berufserfahrung, Ausbildungsabschlüsse (zB HTL, Universität, Baumeister), absolvierte fachspezifische Schulungen (zB zur ÖNORM B 2110, zur ÖNORM B 2111, zum Korrosionsschutz, zur Unfallverhütung), Zertifikate (zB PMA, IPMA) und Hearings; die jeweiligen Anforderungen kämen auch in Kombination vor, zB ein bestimmter Ausbildungsabschluss in Kombination mit Mindestberufserfahrung
- **Baustellenmannschaft - Soziales:** Quote älterer Arbeiter (zB > 50 Jahre), Lehrlingsquote
- **Baustellenmannschaft - Qualifikation:** Quote an Facharbeitern, Ersthelfer-Quote, Ausbildung zur Sicherheitsvertrauensperson, absolvierte Schulungen (zB zur Betonsanierung)

Nach Einschätzung der Befragten hätten Referenzprojekte und mehrjährige Berufserfahrung von Schlüsselpersonen in den Ausschreibungen den höchsten Stellenwert aller personenbezogenen Vergabekriterien. Häufig werde dies bereits in der Stufe der Eignung abgefragt.

Personenbezogene Zuschlagskriterien kämen zwar immer wieder einmal bei Bauaufträgen ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio bzw 10 Mio € vor, allerdings würden diese in der Bewertung – und damit für eine Umreihung der Bieter – nicht viel bringen (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.2).

8.2.2.4 Herausforderungen für Bewerber/Bieter

Nachfolgend sind die im Zuge der Interviews erwähnten Schwierigkeiten angeführt, die personenbezogene Vergabekriterien Bewerber/Bietern bereiten würden:

- **Disposition und Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals:** Aufgrund der vielen verschiedenen Anforderungen an Schlüsselpersonal in Ausschreibungen, lange dauernder Vergabeverfahren, begrenzter Personalressourcen und der Ungewissheit über den Ausgang der Verfahren gestalte sich die strategische Verteilung des Schlüsselpersonals schwierig. Ein Unternehmen habe keine andere Möglichkeit, als eine Schlüsselperson mehrfach, in parallel laufenden Vergabeverfahren, namhaft zu machen. Aufgrund dessen könne es vorkommen, dass die Person im Auftragsfall nicht mehr zur Verfügung stehe. Dies habe Diskussionen mit dem Auftraggeber und schlimmstenfalls Pönalen zur Folge.
- **Sammlung von Daten:** Unternehmen hätten einen hohen administrativen Aufwand, da Datenbanken mit der persönlichen Qualifikation eines jeden Mitarbeiters geführt werden müssten, um einen Überblick über potenzielle Schlüsselpersonen zu behalten. Die Anforderungen an Schlüsselpersonal seien von Ausschreibung zu Ausschreibung unterschiedlich, wodurch ein riesiges Konvolut an Unterlagen entstehe: „*Jeder Ausschreiber*

ist (...) da immer sehr kreativ und fordert einmal dieses und einmal jenes und wenn man das alles zusammenträgt (...) über Projektleiter, über Bauleiter, (...) dann wird das kein Lebenslauf mehr, sondern ein Telefonbuch.“⁵⁶⁵

- **Wertung der Qualifikation:** Die Interviewpartner hinterfragen die Festlegung und Bewertung der Anforderungen an Schlüsselpersonen in Ausschreibungen und berichten von einem negativen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit.

So bleibe zB Personen mit Lehrabschluss, die sich über viele Jahre im Unternehmen hochgearbeitet hätten und über wertvolle Erfahrung und Know-how verfügen würden, die Chance auf einen Einsatz als Schlüsselperson häufig verwehrt: *„Heutzutage hat keiner mehr die Chance, in eine hohe Position zu kommen, ohne eine Ausbildung, die (...) bis zum Plafond voll ist. (...) Dann habe ich mit dem, [der eine Lehre gemacht hat,] ein Pech, [selbst wenn] der eigentlich der absolut beste Mann ist, den es am Markt gibt.“⁵⁶⁶*

Weiters seien verlangte Referenznachweise für Schlüsselpersonen problematisch, die bestimmte Mindestdimensionen eines Bauwerks aufweisen müssten. Die Vertreter der bauausführenden Unternehmen könnten beispielweise nur schwer nachvollziehen, warum ein Bauleiter, der ein bestimmtes Referenzprojekt mit 100m Länge vorweisen könne, schlechter bewertet werde, als ein Bauleiter mit einem Referenzprojekt von 150m Länge, wenn die Tätigkeit und die Verantwortung in beiden Fällen die gleiche sei.⁵⁶⁷ Der eine Bauleiter sei aufgrund des Längenunterschieds im Referenzprojekt nicht automatisch weniger qualifiziert als der andere Bauleiter.

- **Überschießende Kriterien in Ausschreibungen minderer Qualität:** Die Qualität mancher Ausschreibungen lasse zu wünschen übrig. So käme es etwa vor, dass Vergabekriterien mittels Copy and Paste erstellt würden, wie das folgende Beispiel zeigt:

Im Rahmen der Eignung seien drei mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Unternehmensreferenzen (Hochbauprojekte) um jeweils mindestens X Mio € mit Fertigstellung innerhalb der letzten fünf Jahre verlangt worden.⁵⁶⁸ Die nachzuweisenden persönlichen Referenzprojekte der Schlüsselpersonen Projektleiter und Bauleiter seien exakt gleich wie die geforderten Unternehmensreferenzen formuliert gewesen. Schlüsselpersonen könnten solche Anforderungen allerdings kaum erfüllen. Ein Befragter drückt seinen Unmut dazu aus:

[Diese Schlüsselpersonen] findet man in der gesamten Baubranche nicht, weil das geht sich alleine von der Bauzeit her nicht aus. (...) Da kriege ich wirklich einen hohen Puls, (...) weil ich mir denke, da ist ein Ahnungsloser gesessen, [der] das (...)

⁵⁶⁵ Interviewpartner Nr 6, Rz 22.

⁵⁶⁶ Interviewpartner Nr 12, Rz 22 und 28.

⁵⁶⁷ Siehe Anmerkung zur Anonymität in Unterkapitel 8.2.

⁵⁶⁸ Siehe Anmerkung zur Anonymität in Unterkapitel 8.2.

schnell copy and paste ohne nachzudenken [eingefügt hat. Selbst, wenn wir] VIELLEICHT schon diese Leute [haben,] sind [die] nicht mehr in der Funktion eines Projektleiters, sondern hierarchisch darüber gestellt. [Dann] nenne ich einen Geschäftsführer für die Funktion eines Projektleiters, [weiß] aber[, dass dieser] NIE in seinem Leben für das konkrete Projekt als Projektleiter hinausgeht auf die Baustelle. (...) So versucht man sich da eben durchzuwurschteln. [Das] geht (...) an der eigentlichen Idee [solcher Kriterien] vorbei.⁵⁶⁹

Manchmal überschreite die verlangte Mindestdimensionierung bei persönlichen Referenzprojekten bei Weitem die Dimensionen des ausgeschriebenen Projekts. Dazu gestellte Bewerber-/Bieteranfragen an den Auftraggeber würden außerdem nicht immer zu einer entsprechenden Anpassung der Anforderungen führen.

- **Praxisferne Kriterien:** Bestimmte Quoten beim Baustellenpersonal seien manchmal als Zuschlagskriterium in öffentlichen Ausschreibungen enthalten. Ein Experte gibt zu bedenken, dass es in der Angebotsphase nicht möglich sei, zu wissen, wie sich die Mannschaft vor Ort tatsächlich zusammensetzen werde:

Ich weiß in der Angebotsphase nicht, welche Subunternehmer auf die Baustelle (...) kommen werden und ich weiß schon gar nicht, was für Personal die Subunternehmer dann haben werden. (...) Wir kalkulieren jede Woche zig Angebote (...) und dann soll ich mir bei jedem überlegen, was für ein Anteil an Facharbeitern auf dieser Baustelle agieren wird? Das ist VÖLLIG unmöglich, das zu beurteilen. Ich könnte es vielleicht (...) noch für mein Eigenpersonal [beurteilen], aber [nicht für das gesamte. Manche Auftraggeber haben da] so Vorstellungen, wenn wir ein Angebot abgeben, ist schon alles fixiert, [aber] das ist nicht so.⁵⁷⁰

- **Aufwand bei der Erfüllung von Kriterien:** Einige Interviewpartner beklagen sich darüber, dass die Erfüllung personenbezogener Zuschlagskriterien häufig sehr aufwändig sei und hohe Kosten verursache, die Kriterien jedoch in der Bewertung – und damit für eine Umreihung der Bieter (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.2) – nicht viel brächten. Als Beispiel wird die Quote älterer Arbeiter in der Bauausführung genannt. Hierbei sei eine tägliche Kontrolle und Dokumentation der Anwesenheit erforderlich (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.6).
- **Einsatz von jungem Personal und Erwerb von Referenzen:** Die Förderung von jungen, engagierten Mitarbeitern werde durch personenbezogene Vergabekriterien erschwert, wie ein Interviewpartner erklärt:

⁵⁶⁹ Interviewpartner Nr 6, Rz 24.

⁵⁷⁰ Interviewpartner Nr 25, Rz 66.

Diese personenbezogenen Kriterien haben (...) den Nachteil, dass ich ein bisschen gehemmt bin, junge Leute zu fördern, weil ich eigentlich immer gezwungen bin, (...) den Besten oder den Ältesten mit der größten Erfahrung einzusetzen. Und das kann natürlich dann dazu führen, dass junge Techniker [nicht zum Einsatz kommen], weil (...) auch wenn sie (...) aus unserer Sicht schon die Fähigkeit hätten, eine Baustelle abzuwickeln, kann ich [sie im Verfahren] nicht nennen, weil das wäre ein großer Wettbewerbsnachteil.⁵⁷¹

Der Erwerb persönlicher Referenzen für jemanden ohne/nicht ausreichende Referenzen gestalte sich mitunter schwierig (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.8).

- **Anerkennung von Schulungen:** In Bauausschreibungen verlangte Schulungs- und Ausbildungsnachweise würden Probleme bereiten. Ob Bestätigungen für unternehmensintern durchgeführte Schulungen und Ausbildungen oder nur Nachweise von externen, offiziellen Akademien/Instituten akzeptiert würden, sei von Auftraggeber zu Auftraggeber verschieden und führe immer wieder zu Diskussionen. Ärgerlich sei dies für jene bauausführenden Unternehmen, die hausintern über erstklassige Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten sowie angesehene (auch extern vortragende) Experten verfügen würden.

8.2.2.5 Personalbedarf, Personalbeschaffung und Personalbindung

Die Mehrheit der Vertreter der bauausführenden Unternehmen gibt an, im Angestelltenbereich überwiegend keine Schwierigkeiten zu haben, personenbezogene Vergabekriterien mit dem vorhandenen Personal (voll) zu erfüllen. Dies sei den jeweiligen Unternehmensgrößen der Befragten und dem hohen Qualifikationsniveau der Mitarbeiter geschuldet. In den Fällen, in denen keine (volle) Erfüllung der personenbezogenen Vergabekriterien möglich sei, werde nach Partnern zur Bildung einer Bewerber-/Bietergemeinschaft (zB im Untertagebau üblich) oder Subunternehmern gesucht, um dieses Defizit auszugleichen.

Auf dem Arbeitsmarkt nach jemandem für eine Festanstellung zu suchen, dessen Anforderungsprofil dem einer Schlüsselperson in einer bestimmten Ausschreibung entspreche, nur um an diesem Vergabeverfahren teilnehmen/mitbieten zu können oder bessere Aussichten auf den Zuschlag zu haben, sei kaum möglich und nicht sinnvoll. Die Chance, während der Teilnahmeantrags-/Angebotsfrist exakt die gewünschte Person zu finden und für das eigene Unternehmen zu gewinnen, sei gering. Zudem sei dem Unternehmen der Zuschlag und somit eine Beschäftigungsmöglichkeit für die akquirierte Person nicht sicher, wodurch ungedeckte Kosten entstehen könnten.

In einigen Unternehmen bestehe aufgrund der derzeitigen positiven Auftragslage grundsätzlich Bedarf an Angestellten. Nachgefragt seien beispielsweise Projektleiter, Bauleiter und Poliere. Die

⁵⁷¹ Interviewpartner Nr 10, Rz 70.

Suche nach qualifiziertem Personal erfolge jedoch überwiegend nicht (Ausnahmen siehe weiter unten) mit dem Fokus auf bestimmte personenbezogene Vergabekriterien. Es gehe darum, in quantitativer und qualitativer Hinsicht ausreichend Mitarbeiter zur Verfügung zu haben, um Projekte überhaupt erfolgreich abwickeln zu können. Verstärkung werde üblicherweise für bereits gewonnene Ausschreibungen bzw laufende Projekte gesucht.

Zwei Beispiele werden genannt, in denen Vergabekriterien bei der Suche nach Mitarbeitern direkten Einfluss hätten:

- Im Falle der Erschließung neuer Geschäftsfelder, für die Personal mit bestimmten Fähigkeiten und Merkmalen benötigt werde und sich dies in Vergabekriterien widerspiegeln, müsse sich die Suche an den Kriterien orientieren.
- Personen mit einem technischen Hochschulabschluss würden gesucht, da in bestimmten Ausschreibungen als Mindestanforderung (Eignungskriterium) für Schlüsselpersonen ein Hochschulabschluss mit einigen Jahren Berufserfahrung angeführt sei. Alternativ gelte ein HTL-Abschluss mit Nachweis von mehr Jahren Berufserfahrung.

Personenbezogene Vergabekriterien, die das gewerbliche Personal betreffen, kämen immer wieder einmal in Form von Zuschlagskriterien vor. Als Beispiel nennen die Befragten die Quote an Facharbeitern, älteren Arbeitern oder Lehrlingen in der Bauausführung. An Lehrlingen bestehe großer Bedarf, der jedoch unabhängig von personenbezogenen Vergabekriterien zu sehen sei, wie ein Experte erklärt:

[Unser Unternehmen beziehungsweise] die ganze Bau[branche] ist auf der Suche nach Lehrlingen. (...) Da gibt es ein sehr großes Bemühen, dass man Lehrlinge [bekommt] und die auch behält, (...) weil das ein sehr brennendes Problem ist und vor allem ein Problem der Zukunft ist. (...) Wenn man anschaut, wie viele Lehrlinge wir haben, dann ist das eigentlich viel zu wenig, um den Mitarbeiterschwund abzufangen, der (...) durch die Überalterung der Mitarbeiter passiert. Das hat aber eigentlich nichts mit den [Vergabe]kriterien zu tun. [Die Bemühungen] würde [unser Unternehmen] auch so [anstellen beziehungsweise anstellen] müssen.⁵⁷²

Ein anderer Interviewpartner erklärt, dass Facharbeiter in bauausführenden Unternehmen ähnlich gefragt seien wie Lehrlinge, Vergabekriterien allerdings auch hier keinen Einfluss auf die Nachfrage hätten. Gäbe es die Chance, Facharbeiter zu akquirieren, würde diese sowieso genutzt, aber unabhängig davon, ob die Beschäftigung von Facharbeitern als Kriterium in Ausschreibungen vorkäme oder nicht.

⁵⁷² Interviewpartner Nr 10, Rz 24.

Laut den Befragten gestalte sich die Suche nach qualifiziertem Personal⁵⁷³ (Angestellte und Arbeiter) auf dem österreichischen Bauarbeitsmarkt bereits seit einigen Jahren schwierig. Vermutet wird, dass dies an der im Bauwesen andauernden Hochkonjunktur, der demografischen Entwicklung, der heutzutage bevorzugten längeren (Hoch)Schulbildung und dem damit verbundenen späteren Berufseinstieg sowie den unzähligen Entwicklungs- und Jobmöglichkeiten für junge Erwachsene liege. Zudem seien gut ausgebildete und erfahrene Mitarbeiter bereits an andere Unternehmen gebunden und würden dort besonders gepflegt.

Um im Angestelltenbereich qualifiziertes Personal zu generieren oder für den eigenen Betrieb zu gewinnen, stehen unterschiedliche Beschaffungswege zur Verfügung (siehe auch Unterkapitel 7.2.2). Die im Zuge der Interviews am häufigsten genannten Möglichkeiten sind nachfolgend aufgelistet:

- **Personalentwicklung:** Diese habe in den Unternehmen der Befragten einen hohen Stellenwert, da die Akquisition am Arbeitsmarkt schwierig und hochqualifiziertes Personal nur um viel Geld zu haben sei. Die Personalentwicklung erfolge sowohl auf Baustellen (zB langjährig tätigen Bauleitern würden unerfahrene, junge Bautechniker beigelegt, die sukzessive anspruchsvollere und verantwortungsvollere Aufgaben übernehmen würden) als auch durch unternehmensinterne und -externe Aus-, Fort- und Weiterbildungsprogramme. Außerhalb des Unternehmens würden Mitarbeiter beispielsweise Schulungen zur Abwicklung von Bauverträgen, zu Nachtragsmanagement, zu Konfliktmanagement, zur Deponieverordnung oder zu Rhetorik besuchen sowie PMA- und IPMA-Kurse absolvieren.
- **Persönliche Kontakte:** Mitarbeiter anderer Unternehmen, die von der Studienzeit, ehemaligen Arbeitgebern, gemeinsamen Projekten (Zusammenarbeit in Arbeitsgemeinschaften) oder Veranstaltungen der Baubranche bekannt seien, würden kontaktiert und auf ihre Zufriedenheit im aktuellen Job und einen möglichen Jobwechsel angesprochen.
- **Inserate:** Die Veröffentlichung von Stellenanzeigen erfolge über unterschiedlichste Wege, wie Unternehmens-Homepages, Online-Jobbörsen und Social-Media-Plattformen.
- **Präsenz an technischen (Hoch)Schulen und auf Jobmessen:** Durch Präsenz an technischen (Hoch)Schulen und auf Jobmessen werde nicht nur versucht, an Mitarbeiter für eine Festanstellung zu kommen, sondern auch nach Praktikanten Ausschau gehalten, in der Hoffnung, dass sich diese nach ihrem Ausbildungsabschluss für das Unternehmen entscheiden würden.

⁵⁷³ Unter das qualifizierte Personal fallen auch Mitarbeiter zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien. Da die Befragten angeben, dass die Personalbeschaffungs- und Bindungsmaßnahmen für das Personal zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien keine anderen seien, als jene Maßnahmen für andere qualifizierte Mitarbeiter, findet der allgemeine Ausdruck „qualifiziertes Personal“ Anwendung.

Laut den Befragten komme es gelegentlich vor, dass eine im Teilnahmeantrag/Angebot genannte Schlüsselperson bei Leistungsbeginn nicht zur Verfügung stehe oder während eines laufenden Projekts unerwartet ausfalle. Zuerst werde im eigenen Betrieb nach Ersatz gesucht, wobei größere Unternehmen selbstverständlich weniger Probleme damit hätten, gleichwertiges und örtlich flexibles Ersatzpersonal zur Verfügung zu stellen. Mitunter bestehe die Möglichkeit, sich mit dem Auftraggeber zu arrangieren und jemanden mit geringerer Qualifikation einzusetzen. Beispielsweise müsse die Pönale dann nur für jenen Teil der Anforderungen gezahlt werden, den die Ersatzperson nicht erfülle. Dies bedürfe grundsätzlich einer vertraglichen Vereinbarung, allerdings sei es manchmal möglich, sich nachträglich mit dem Auftraggeber auf diese Lösung zu einigen. Falls sich unternehmensintern keine Ersatzperson finde, bestehe immer noch die Möglichkeit, außerhalb des Unternehmens nach einer passenden Schlüsselperson (Subunternehmer) zu suchen, wobei dies wiederum teuer werden könne.

Essenziell für die Mitarbeiterakquisition sei die Repräsentation des Unternehmens nach außen. Diese erfolge durch Präsenz an technischen (Hoch)Schulen und bei Jobmessen sowie einen breit gefächerten Internetauftritt. Potenziellen Arbeitnehmern müssten die Vorteile und Besonderheiten des Unternehmens nähergebracht werden, allen voran die Möglichkeit zur Mitarbeit an spannenden Projekten. Ein Experte erklärt hierzu:

Ich brauche [den Internetauftritt] nicht, um den Kunden zu begeistern (...), sondern ich brauche das, damit ich [potenzielle Mitarbeiter] begeistere [und zeige], dass wir gute [Arbeitgeber] sind. (...) Die guten jungen Leute (...) wollen lässige Projekte machen. Die interessiert es nicht, [eine Supermarkt]filiale umzubauen. (...) Diese klasse Projekte haben wir aber und die sind auch attraktiv für die Projektleiter. Nur, [du musst denen] irgendwie auch [zeigen], was wir machen.⁵⁷⁴

Einige Befragte geben an, dass es in deren Unternehmen zuständige Personen für Employer Branding (siehe auch Unterkapitel 7.2.6) gäbe, um in der Personalakquisition erfolgreicher zu sein.

Im gewerblichen Bereich werde der Weg der Personalentwicklung verfolgt, um unternehmenseigenes, qualifiziertes Personal zu generieren. Das Problem sei allerdings, überhaupt an Lehrlinge zu kommen, um diesen Entwicklungsprozess betreiben zu können. Betriebe würden versuchen, Lehrlingsausbildungen attraktiver zu gestalten. Maßnahmen hierfür seien zB die Erhöhung des Lehrlingseinkommens (Überzahlung), die Aussicht auf Prämien, die Bezahlung des Führerscheins, das Aufzeigen von Weiterbildungs- und Aufstiegsmöglichkeiten sowie die Möglichkeit zur Verknüpfung von Lehre und Matura. In einigen Unternehmen seien eigene Ausbildungsprogramme für Lehrlinge geschaffen worden. Auf mögliche Lehrberufe in den

⁵⁷⁴ Interviewpartner Nr 12, Rz 50.

bauausführenden Firmen sowie die damit verbundenen Benefits werde vor allem online, zB mittels eigener Webseiten, aufmerksam gemacht.

Um Mitarbeiter langfristig an einen Arbeitgeber zu binden, können unterschiedlichste Anreize hilfreich sein (siehe auch Unterkapitel 7.2.4). Laut den Befragten würden Angestellte folgende Arbeitsbedingungen und Vorteile an ihren Betrieben schätzen:

- Work-Life-Balance durch möglichst flexible Arbeitszeiten, eine geringe Kernarbeitszeit, Baustellen in der Nähe des Wohnortes und die dadurch erleichterte Vereinbarkeit von Beruf und Familie
- Rückhalt durch Vorgesetzte und dienstältere Mitarbeiter bei beruflichen Fragen
- Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten
- Aufstiegschancen im Unternehmen
- Eigenverantwortliches Arbeiten
- Interessante Tätigkeiten und Projekte
- Gutes Betriebsklima und interner Zusammenhalt
- Angemessenes Gehalt bzw Gehaltserhöhung
- Dienstwagen, Diensthandy etc (je nach Position im Unternehmen)
- Benefits im Gesundheitsbereich, wie Vorsorgeuntersuchungen, Impfaktionen, frische und gesunde Küche, Sport- und Therapiemöglichkeiten
- Team-Building-Events
- Gewährung von beruflicher Auszeit
- Krisensicherheit des Arbeitsplatzes

Wichtiger als ein hohes Gehalt sei den Mitarbeitern heutzutage eine Arbeitsumgebung, in der sie sich wohlfühlen würden und verwirklichen könnten (siehe auch Unterkapitel 7.2.3). Zudem verdiene gut ausgebildetes und erfahrenes Personal ohnehin in allen bauausführenden Unternehmen gut.

Konkurrenzkláuseln in Arbeitsverträgen der Angestellten (siehe auch Unterkapitel 7.2.3) kämen in den Unternehmen der Befragten, wenn überhaupt, nur im oberen Managementbereich vor. Einige Experten merken an, dass es für teure Aus-, Fort- und Weiterbildungen der Angestellten vertragliche Regelungen für eine aliquote Rückzahlung gäbe, wenn ein Unternehmenswechsel knapp nach Absolvierung der Bildungsmaßnahme erfolge.

Die vertragliche Bindung an einen Arbeitgeber sei laut manchen Befragten kritisch zu sehen, da dies zu arbeitsrechtlichen Problemen führen könne. Im Falle von beruflicher Unzufriedenheit oder eines Veränderungswillens halte eine Bindung durch Zwang ohnehin niemanden langfristig

im Unternehmen. Wenn eine Person den Entschluss fasse, den Betrieb zu verlassen, könne sie nicht aufgehalten werden. Zudem würden in der Baubranche tätige Personen immer wieder aufeinandertreffen und müssten bei Projekten zusammenarbeiten, weshalb es besser sei, sich bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Guten zu trennen.

Genauso wie die Angestellten, schätze auch das gewerbliche Personal Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten, Aufstiegschancen im Unternehmen, eine angemessene Entlohnung und Team-Building-Events. Weiters trage (die Aussicht auf) kontinuierliche Arbeit bei größeren, langfristigen Projekten zur Bindung an einen bestimmten Arbeitgeber bei. Für Lehrlinge sei es wichtig, einen Ansprechpartner zu haben. Vertragliche Bindungsmaßnahmen beim gewerblichen Personal seien äußerst selten.

Die interviewten Experten merken an, dass gut ausgebildetes und erfahrenes Personal selbstverständlich für andere Arbeitgeber attraktiv sei und Abwerbungen nie ausgeschlossen werden könnten. Allerdings würden sich Abgänge von Punktebringern aufgrund von Wechseln zu anderen Unternehmen in Grenzen halten. So ein Wechsel könne jedoch beispielsweise bei Projektleitern oder Polieren im Brückenbau vorkommen, da diese aufgrund ihrer Expertise häufig mit den Projekten mitgehen würden, ganz unabhängig davon, welche Farbe die Visitenkarte des mit dem Auftrag betrauten Unternehmens habe.

Manche Unternehmen hätten untereinander die Vereinbarung getroffen, *„dass Schlüsselkräfte in gehobenen Positionen gegenseitig nicht abgeworben werden.“* Ein Befragter führt weiter dazu aus: *„Wenn da einmal die Spirale zu laufen beginnt, dann ist es unternehmerisch fürchterlich. Und es gibt keine Gewinner dieser Spirale, es gibt eigentlich nur Verlierer. (...) Deswegen [haben wir] gesagt, (...) wir werden hier nicht aktiv. (...) So gehen wir miteinander nicht um. Das ist eine moralische Sache.“*⁵⁷⁵

Ein Mitarbeiter mit einem hohen Ausbildungsabschluss und jahrelanger Berufserfahrung (diese bringe meist Projektreferenzen mit sich) befinde sich – unabhängig von einer etwaigen Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien – selbstverständlich in einer stärkeren Verhandlungsposition gegenüber dem Arbeitgeber, als jemand, der dies nicht vorzuweisen habe. Die Verhandlungsposition sei umso stärker, je mehr das Unternehmen auf die Person angewiesen und dies der Person bewusst sei. Erwähnt wird weiters, dass ein Arbeitgeber den Forderungen und Wünschen etablierter, treuer Mitarbeiter eher entgegenkomme, als jenen des frisch ins Unternehmen eingetretenen Personals. Hier müsse zuerst Vertrauen aufgebaut werden.

Neben der Forderung nach den zuvor angeführten Benefits (Work-Life-Balance, Weiterbildungskurse, mehr Gehalt etc) komme es gelegentlich zu Sonderwünschen, wie zB zu weiter entfernten Baustellen fliegen statt fahren zu dürfen, häufiger heimfahren/-fliegen zu können, die Zurverfügungstellung eines Jobs für Familienmitglieder und Kollegen oder die Übernahme von Kosten für die eigene Wohnung.

⁵⁷⁵ Interviewpartner Nr 6, Rz 37.

8.2.2.6 Haltung zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien

Wie die Auftraggeberseite, wurden auch die Vertreter der bauausführenden Unternehmen im Rahmen des Interviews um Stellungnahme gebeten, ob personenbezogene soziale Vergabekriterien in Ausschreibungen sinnvoll seien. Die Befragten stellen vorab klar, dass eine Förderung und Unterstützung von Arbeitnehmern, die im Berufsleben einen schwierigeren Stand hätten, jedenfalls zu befürworten sei. Insbesondere von größeren Unternehmen, welche die finanziellen Mittel dazu hätten, könne soziales Engagement erwartet werden. Einige Befragte geben an, dass ihnen Diversität im Unternehmen wichtig sei, da eine diverse Mitarbeiterstruktur gleichzeitig eine gesunde Mitarbeiterstruktur sei.

Von den fünf im BVergG genannten förderungswürdigen Gruppen (Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge), Langzeitarbeitslose, Menschen mit Behinderung, ältere Arbeitnehmer) zeigen sich die bauausführenden Unternehmen von Grund auf daran interessiert, Personen aus drei bestimmten Gruppen zu beschäftigen, wobei betont wird, dass dieses Interesse unabhängig von etwaigen Vergabekriterien bestehe. Ausgewählte Aussagen der Interviewpartner geben hierzu einen Einblick:

- **Frauen:**

Wir [stellen] jedes Jahr Ferialpraktikanten und Praktikantinnen [ein] und da sind wir wirklich bemüht, auch die Frauen aufzunehmen. (...) Wir denken da überhaupt nicht in Richtung [Vergabe]kriterien (...), sondern weil wir einfach der Überzeugung sind, dass es wichtig wäre, dass wir auch Frauen in unserer Gruppe [haben. Die Anstellung von Frauen] ist ein (...) Thema, das (...) die Bauwirtschaft allgemein beschäftigt.⁵⁷⁶

Von der ganzen Branche [gibt es] Initiativen (...), die Frau im Baugewerbe zu pushen. [Uns umgeben] großartige Kolleginnen, (...) die wirklich ihren (...) nicht Mann, sondern „ihre Frau stehen“ (lacht). (...) Bei meinem eigenen Team sehe ich es ja am besten. Ich habe viele Mütter, die noch Kinder im Kindergarten- oder Volksschulalter haben (...), die eben dadurch nicht voll arbeiten, sondern eine Teilzeitanstellung haben. Die sind enorm effektiv.⁵⁷⁷

- **Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge):**

[Lehrlinge erhalten] die Existenz des Unternehmens. (...) Wenn man sich die Altersstruktur anschaut unserer [Mitarbeiter] im gewerblichen Bereich, da haben wir (...) in den nächsten zehn Jahren (...) ein RIESENPROBLEM. Und dementsprechend müssen wir jetzt schauen, dass wir (...) so viele Lehrlinge wie

⁵⁷⁶ Interviewpartner Nr 10, Rz 50.

⁵⁷⁷ Interviewpartner Nr 6, Rz 45 und 50.

möglich im Unternehmen ausbilden. (...) Die Herausforderung für die Zukunft [ist], dass wir gewährleisten können, dass wir noch genug Mitarbeiter haben. (...) Das ist auch erkannt worden mittlerweile in der Branche.⁵⁷⁸

- **Ältere Mitarbeiter:**

Die älteren Arbeitnehmer (...) haben einfach [die] Erfahrung. Die laufen zwar nicht mehr so schnell wie die Jungen, aber dafür haben sie treffsicher die Richtung (...) und damit: Kostet mehr, bringt mehr. (...) Dass es natürlich da einmal einen Ausreißer gibt, keine Frage. Aber im Schnitt muss ich sagen [ist] die Erfahrung einfach extrem viel wert.⁵⁷⁹

Die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen und Menschen mit Behinderung bedürfe einer Einzelfallbetrachtung, wie später noch näher erläutert wird.

Trotz der positiven Aspekte, die die Beschäftigung einige dieser Personengruppen mit sich brächten, der grundsätzlichen Befürwortung sozialpolitischer Themen und dem bereits betriebenen sozialen Engagement einiger Unternehmen, stehen die Befragten einer Formulierung als Vergabekriterium kritisch gegenüber. Hierfür werden zahlreiche Gründe angegeben:

- **Keine Förderung:** Personenbezogene soziale Vergabekriterien würden nicht zu einer Förderung besagter Personengruppen beitragen. Eine Beschäftigung sei von der Qualifikation einer Person abhängig, wie ein Befragter anhand eines Beispiels erklärt:

Wenn [sich bei] mir jemand vorstellen kommt, schaue ich auf die Qualifikation und (...) nur mit dem Hintergedanken, das könnte mir vielleicht (...) bei einer Ausschreibung etwas bringen, deswegen nehme ich nicht eine Frau auf. Sondern ich nehme sie dann auf, wenn ich davon überzeugt bin, dass die Dame (...) die Richtige ist für den Job.⁵⁸⁰

- **Mangel an bestimmten Personengruppen:** In der Bauausführung seien Lehrlinge Mangelware, wie ein Befragter betont: „Es kommt gerade einfach zu wenig Nachwuchs. (...) Somit bringt auch das Kriterium nichts. Ich kann die Lehrlinge nicht aus dem Hut zaubern und wenn es noch so viel[e Punkte] bringt im Angebot.“⁵⁸¹ Für die Personengruppe der Frauen gelte dies gleichermaßen. Aufgrund des geringen Frauenanteils in der Baubranche, der jedoch nicht daran liege, dass Frauen in den bauausführenden Unternehmen weniger erwünscht seien, mache die Formulierung als Vergabekriterium keinen Sinn.

⁵⁷⁸ Interviewpartner Nr 10, Rz 52.

⁵⁷⁹ Interviewpartner Nr 6, Rz 50 und 52.

⁵⁸⁰ Interviewpartner Nr 25, Rz 62.

⁵⁸¹ Interviewpartner Nr 25, Rz 24.

- **Kein Einfluss auf Qualität:** Solche Vergabekriterien seien für die Qualität der ausgeführten Leistung unerheblich (mögliche Ausnahme: ältere Arbeitnehmer aufgrund ihrer Erfahrung).
- **Einschränkung des Bieterkreises:** Durch personenbezogene soziale Vergabekriterien im Rahmen der Eignung würden einige Unternehmen von vornherein ausgeschlossen und öffentliche Auftraggeber müssten möglicherweise auf Angebote von Unternehmen verzichten, die sie gerne im Bieterkreis hätten. Kleinere Unternehmen würden durch solche Kriterien benachteiligt (weniger Mitarbeiter, fehlende finanzielle Mittel, unternehmerische Tätigkeit womöglich nur in Bereichen, in denen besagte Personen nicht vorkämen etc).

- **Begrenzte Einsatzmöglichkeiten:** Auf Baustellen seien die Rahmenbedingungen häufig nicht gegeben, um Lehrlinge einzusetzen. Speziell in der Hochkonjunktur seien Projekte nicht ohne Überstunden abwickelbar, unter 18-Jährige hätten jedoch gemäß Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz⁵⁸² (KJBG) restriktivere Arbeitszeitregelungen. Im Falle, dass die Baustelle keine öffentliche Anbindung habe, wie etwa bei Autobahn- oder Tunnelbaustellen, und der Rest der Mannschaft länger arbeiten müsse (spätere Abfahrt des Mannschaftstransporters), habe ein Lehrling nach seinem Dienstende keine Chance, die Baustelle zu verlassen. Zu bedenken sei weiters die Zeit, die ein Lehrling in der Berufsschule und auf dem Lehrbauhof verbringe sowie das Gefahrenpotenzial auf vielen Baustellen.

Zeitkritische Baustellen mit Tag- und Nachtschicht würden eine hohe Belastung für die Mitarbeiter darstellen. Gerade auf solchen Extrembaustellen werde aber häufig die Quote älterer Arbeiter abgefragt. Dies sei kontraproduktiv, da ältere Mitarbeiter nicht diesem Stress ausgesetzt werden sollten.

Für Menschen mit Behinderungen sei je nach Beeinträchtigung zu hinterfragen, in welchen Bereichen diese effektiv eingesetzt werden könnten, denn auch für diese Personengruppe spiele das Gefahrenpotenzial eine Rolle. Da jeder Fall für sich betrachtet werden müsse, sei ein solches Vergabekriterium ungeeignet.

- **Umgang mit Ausfällen:** Die Möglichkeit eines Ausfalls von zugesagten Mitarbeitern sei immer gegeben. Dies berge Diskussionspotenzial mit dem Auftraggeber und könne zur Ziehung einer Vertragsstrafe führen.
- **Aufwändige Dokumentation:** Die Kontrolle und Dokumentation der Anwesenheit zugesagter Lehrlinge und älterer Arbeiter auf bisherigen Baustellen sei aufwändig gewesen (Auffindung der Personen, Ermittlung der Beschäftigungsgruppe/des Alters, Vergleich mit Angaben im Angebot etc) und habe die Beschäftigung eigener Techniker erfordert. Dies habe mehr Kosten verursacht als es in der Bewertung des Zuschlagskriteriums überhaupt

⁵⁸² StF BGBl Nr 599/1987.

gebracht habe.⁵⁸³ Weiters habe die Dokumentation zu Diskussionen geführt (Anwesenheit nach Tagen oder Stunden, Berücksichtigung des Eigen- oder auch des Fremdpersonals, datenschutzrechtliche Probleme bei Übermittlung der Aufzeichnungen an den Auftraggeber etc).

- **Mangelnde Wertschätzung:** Eine Frauenquote oder eine Quote älterer Beschäftigter sei gegenüber engagierten Mitarbeitern aus eben diesen Gruppen, die durch harte Arbeit Karriere gemacht hätten, nicht wertschätzend. Zugleich würden andere Mitarbeiter, die nicht in diese Gruppen fallen, diskriminiert.
- **Skepsis gegenüber Langzeitarbeitslosen:** Die Befragten geben zu, hinsichtlich der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen skeptisch zu sein, denn oftmals sei eine Langzeitarbeitslosigkeit nicht unbegründet. Da jeder Fall für sich betrachtet werden müsse und ein Pauschalurteil nicht gefällt werden könne, sei ein solches Vergabekriterium ungeeignet.

Die Experten geben zu bedenken, dass es vor der Durchsetzung vermeintlich hilfreicher Maßnahmen zur Förderung bestimmter Personengruppen einer Analyse der Gründe bedürfe, warum diese Gruppen in der Baubranche selten vorkämen oder im Berufsleben einen schwierigeren Stand hätten.⁵⁸⁴ Bsp Lehrlinge: Geringes Ansehen von Lehrlingsausbildungen in Österreich, niedriges Lehrlingseinkommen, begrenzte Tätigkeit/Einsatzmöglichkeit bei Unternehmens-Schnuppertagen/auf Baustellen aufgrund von Schutzbestimmungen und dadurch Wegfall interessanter Tätigkeiten, körperlich anstrengende Arbeit, im Falle von Auftragsmangel grundsätzlich größere Gefahr der Freisetzung von gewerblichem Personal im Vergleich zu Angestellten etc. Die gesetzten Förderungsmaßnahmen müssten auf diese Gründe abgestimmt werden.

8.2.2.7 Kontrolle der Erfüllung zugesagter Quoten

Meist werde der ÖBA die Kontrolle der Erfüllung zugesagter Quoten beim Baustellenpersonal übertragen. Bauausführende Unternehmen seien dazu verpflichtet, über die vor Ort tätigen Mitarbeiter täglich Aufzeichnungen zu führen (zB in eigens geführten Stundenlisten und Bautagesberichten) und diese in regelmäßigen Abständen, gemäß der vertraglichen Vereinbarung, an die Auftraggeberseite zu übermitteln. Bei den in den Verträgen enthaltenen Pönaleregulungen für etwaige Verstöße werde meist ein Bezug zu den im Vergabeverfahren

⁵⁸³ Dies gelte gleichermaßen für die Kontrolle und Dokumentation eines bestimmten Facharbeiteranteils auf Baustellen.

⁵⁸⁴ Für die Gruppen Frauen, über 50-Jährige und körperlich beeinträchtigte Personen wurde eine solche Analyse bereits im Jahr 2016 von der Verfasserin der vorliegenden Dissertation durchgeführt. Daher wird ergänzend auf *Raab*, Chancen für Beschäftigten-Minderheiten in der Bauausführung in Österreich, verwiesen.

lukrierten Punkten (Angebotsbewertung) hergestellt, wie nachfolgend anhand eines Beispiels⁵⁸⁵ demonstriert wird:

$$\text{Pönale [€]} = \text{Angebotspreis [€]} \times \text{Angebotsbewertung Kriterium [\%]} \times \text{Nichterfüllung [\%]} \times 1,5$$

Die Mehrheit der Befragten gibt an, dass die von den Unternehmen gemachten Angaben zu ihren Baustellenmannschaften tatsächlich vor Ort kontrolliert und etwaige Verstöße geahndet würden. Einige wenige erklären, dass die Strenge bei Kontrollen und die Sanktionierung von Verstößen von Auftraggeber zu Auftraggeber unterschiedlich sei und davon abhängen, ob die Baustelle reibungslos funktioniere. Bei problemlos ablaufenden Baustellen werde über nicht erreichte Quoten oder mangelhafte Dokumentation hinweggesehen.

8.2.2.8 Erwerb persönlicher Referenzen

Laut den Befragten könne bei Bauausschreibungen, in denen die Qualifikation des Schlüsselpersonals von Bedeutung sei, jedenfalls von einer Abfrage persönlicher Referenzprojekte ausgegangen werden (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.3). Referenznachweise könnten sowohl für die Eignung als auch für die Auswahl oder den Zuschlag eine Rolle spielen. Über Mitarbeiter mit Referenzen zu verfügen, trage demnach zur Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens bei. Wesentlich sei weiters, bei einem Ausfall einer Schlüsselperson über gleichwertigen Ersatz, dh über jemanden mit (unter anderem) den gleichen Referenznachweisen, zu verfügen. Bei nicht gleichwertigem Ersatz drohe eine Vertragsstrafe.

Eine Schlüsselperson, die bereits über Referenzen für eine bestimmte Position verfüge und laufend bei Projekten eingesetzt werde, könne im Allgemeinen auch weiterhin als Schlüsselperson punkten und so immer wieder neue Referenzen generieren. Schwieriger gestalte sich hingegen der Erwerb persönlicher Referenzen für jemanden, der noch über keine Referenzen für eine bestimmte Position verfüge (zB jüngere, weniger erfahrene Mitarbeiter).

Über die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, um dieses Problem zu lösen, klären die Experten auf:

Die einfachere Möglichkeit bestehe darin, die Person mit den fehlenden/nicht ausreichenden Referenzen in Projekten oder Positionen einzusetzen, für die geringe oder gar keine Anforderungen zu erfüllen seien. Nach Projektabschluss könne vom Auftraggeber eine Referenzbestätigung eingeholt und mit dieser in darauffolgenden Projekten gepunktet werden. Dieses Prozedere sei etwa auf größeren Baustellen möglich, bei denen eine Position mehrfach vorkomme. Würden beispielsweise für ein Projekt drei Poliere benötigt, seien aber nur für eine der drei Personen Referenzen nachzuweisen, so erhielten (im Falle eines Zuschlags) alle drei im

⁵⁸⁵ Siehe Anmerkung zur Anonymität in Unterkapitel 8.2.

gegenständlichen Projekt eine Polierreferenz. In darauffolgenden Projekten könnten sich wiederum alle drei mit ihren Referenzen als Poliere bewerben.⁵⁸⁶

Als weiteres Beispiel wird angeführt, dass ein Techniker, der bereits Technikererfahrung gesammelt habe, bei einem Projekt als Bauleiter genannt werden könne, sofern keine Bauleiterreferenz dafür erforderlich sei (also die Technikerreferenz dafür ausreiche). Mit der auf diese Weise erworbenen Bauleiterreferenz könne er sich wiederum in Projekten mit höheren Anforderungen bewerben.

Bei der anderen Möglichkeit zum Erwerb einer Referenz müsse während eines laufenden Auftrages ein (schleichender) Schlüsselpersonalwechsel vollzogen werden. Hierbei übernehme eine Ersatzperson sukzessive mehr Verantwortung und die Aufgaben der im Vergabeverfahren genannten Schlüsselperson. Ein Experte erklärt hierzu:

Man hat (...) manchmal die Möglichkeit (...), dass man (...) diese [Vergabe]kriterien ein bisschen umgeht, indem zum Beispiel [der im Angebot genannte Bauleiter] nicht mehr auf der Baustelle ist, sondern (...) nur noch (...) bei den wichtigeren Besprechungen da [ist] und der junge Techniker [agiert] eigentlich dann schon [als] Bauleiter. Er hat (...) diesen Namen nicht, aber er wickelt die Baustelle trotzdem ab und der andere bringt die Referenzen. (...) Das Problem ist natürlich, dass [es] eventuell [zu] Diskussionen mit dem [Auftraggeber kommen kann, wenn der, der im Angebot genannt wurde, nicht da ist]. Und das andere ist immer die Frage, [ob] dann für den jungen Bauleiter, der die Baustelle ja tatsächlich abgewickelt hat, (...) letztendlich eine Referenzbestätigung [für diese Position ausgestellt wird]. Das ist sehr stark (...) von den Auftraggebern abhängig, wie sie dieses Kriterium dann leben.⁵⁸⁷

Im Idealfall erhalte nach Projektabschluss sowohl die ursprünglich für die Schlüsselposition genannte Person als auch die eingewechselte Person die Referenzbestätigung vom Auftraggeber.

Laut eines Befragten sei die Schaffung einer zusätzlichen (für die Abwicklung eigentlich nicht benötigten) Schlüsselposition bei kleineren Projekten zum Zwecke des Erwerbs einer Referenz nicht möglich:

Ich kann (...) nicht [einen zweiten] dazustellen, [nur] damit der eine Referenz kriegt. Wir kalkulieren ja sehr scharf. Das ist (...) leider bei uns in der Branche so, dass man wirklich nur, wenn man scharf kalkuliert, einen Auftrag bekommt. (...) Das ist nicht

⁵⁸⁶ Dieses Beispiel stellt lediglich den grundsätzlichen Ablauf dar. Selbstverständlich sind auch die jeweiligen Projektumstände zu beachten (Hochbau, Tiefbau, Sanierung, Denkmalschutz, Baukosten, öffentlicher Auftrag etc), um erworbene Referenzen im nächsten Vergabeverfahren verwenden zu können.

⁵⁸⁷ Interviewpartner Nr 10, Rz 72 und 74.

[ein]kalkuliert und das spielt es nicht. [Bei kleineren Baustellen kann ich einen Jungen nicht dazuholen.]⁵⁸⁸

Das Auslaufen von Projektreferenzen einer Schlüsselperson könne zwar vorkommen (zB bei jemandem, der über mehrere Jahre in einem Großprojekt gebunden sei und in der Zeit keine anderen Referenzen erwerben könne), werde allerdings in den Unternehmen der befragten Experten nicht strategisch überwacht. Manche der Befragten üben allerdings diesbezüglich Selbstkritik und merken an, dass dies verbessert gehöre.

Andere seien bisher nicht mit der Problematik des Auslaufens persönlicher Referenzen konfrontiert gewesen oder müssten nur ein mögliches Auslaufen von Unternehmensreferenzen für nicht häufig vorkommende Spezialbauwerke, wie Sportstätten, Brücken oder Krankenhäuser, überwachen. Das rechtzeitige Erlangen eines solchen Auftrages bringe ohnehin wieder aktuelle Schlüsselpersonalreferenzen für das jeweilige Spezialbauwerk mit sich. Um eine ausgelaufene persönliche Referenz zu kompensieren, bestehe zur Not immer noch die Möglichkeit, eine Bewerber-/Bietergemeinschaft zu bilden oder einen Subunternehmer heranzuziehen (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.4).

8.2.2.9 Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit

Nachfolgend findet sich eine Zusammenstellung aller im Zuge der Interviews erwähnten Maßnahmen und Vorgehensweisen, die eine Erfüllung bzw Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien bewirken und somit zu einer Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen beitragen würden:

- Ausnutzen des Interpretationsspielraumes in Vergabekriterien, insbesondere in verlangten persönlichen Referenzen (zu erinnern ist daran, dass dies der Auftraggeberseite bewusst sei, siehe Unterkapitel 8.2.1.10).
- Setzen bestimmter Personalrekrutierungs- und -bindungsmaßnahmen (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.4).
- Heranziehen strategischer Partner zur Bildung einer Bewerber-/Bietergemeinschaft oder Unterstützung durch Subunternehmer (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.4).
- Durchführen von Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen, die auf häufig in Ausschreibungen geforderte Nachweise abgestimmt seien. Angemerkt wird außerdem, dass diese Maßnahmen in den meisten Fällen auch einen Mehrwert für die Person selbst und das Unternehmen brächten. Ein Befragter liefert dazu folgendes Beispiel:

Wenn du die doppelte Anzahl an Sicherheitsvertrauenspersonen auf der Baustelle hast, dann kriegst du bestimmte Punkte. (...) Dann schauen wir natürlich, dass möglichst viele Gewerbliche [diese] Ausbildung haben. Einerseits, um gar nicht in

⁵⁸⁸ Interviewpartner Nr 25, Rz 94.

die Diskussion zu kommen, dass wir das nicht erfüllen können, und [andererseits] bringt [das] einen Nutzen für das Unternehmen, weil wenn ich zum Thema Arbeitssicherheit meine Leute ausbilde, dann wird umsichtiger, achtsamer gearbeitet. [Dann] haben wir weniger Ausfallstunden.⁵⁸⁹

- Führen von Datenbanken mit den Qualifikationen und Nachweisen eines jeden Mitarbeiters. Da Schulungsbestätigungen immer nur eine Zeit lang gültig seien bzw aktuellere Nachweise häufig mehr Punkte brächten, werde mit Verzeichnissen verfolgt, wann welche Schulung wieder aufgefrischt gehöre (Verfolgung durch die Personalabteilung oder die Mitarbeiter selbst).
- Erwerben persönlicher Referenzen in Leitungspositionen durch mehrere Schlüsselpersonen. Im Idealfall erhielten sowohl die im Teilnameantrag/Angebot namhaft gemachte Schlüsselperson als auch die eingewechselte Person die gleiche Referenzbestätigung für das jeweilige Projekt (siehe auch Unterkapitel 8.2.2.8).
- Nennen von (hoch punktenden) Schlüsselpersonen in Teilnahmeanträgen/Angeboten, die bereits fest in anderen Projekten gebunden⁵⁹⁰ seien. Hierzu ein Experte:

Wenn ein Unternehmen irgendwo anbieten will und man braucht dafür eine ganz spezielle Qualifikation, die vielleicht nur ein Bauleiter hat, und der ist (...) aber [auf einer anderen Baustelle] fix im Einsatz, dann nennt man den [trotzdem.] Entweder findet man danach (...) einen Ausredegrund, dass ein anderer [eingesetzt werden darf] oder man muss den [von der anderen Baustelle] abziehen und [dort] eine [Ersatzperson] hinsetzen.⁵⁹¹

- Nennen von (hoch punktenden) Schlüsselpersonen in Teilnahmeanträgen/Angeboten, von denen bereits bekannt sei, dass sie das Unternehmen in nächster Zeit verlassen würden.
- Stellen von Bewerber-/Bieteranfragen mit der Aufforderung zur Anpassung der Anforderungen in den Vergabekriterien an den Auftragsgegenstand.
- Analysieren verlorener Vergabeverfahren, um bei künftigen Verfahren besser abzuschneiden. (Welche Abschlüsse in der Bewertung wurden durch den Auftraggeber vorgenommen und warum? Welche Verbesserungsmaßnahmen können ergriffen werden?)

8.2.3 Ingenieurkonsulenten

Die befragten Vertreter der Ingenieurbüros, darunter langjährig tätige Geschäftsführer, Prokuristen, Abteilungsleiter und Personen, die in Teilnahmeanträgen/in Angeboten regelmäßig als Schlüsselpersonen genannt werden, nehmen als Interviewpartner eine Doppelrolle ein: Sie

⁵⁸⁹ Interviewpartner Nr 6, Rz 79.

⁵⁹⁰ Aufgrund der in diesen Projekten gemachten Zusagen zum Einsatz der Schlüsselpersonen.

⁵⁹¹ Interviewpartner Nr 8, Rz 68.

können sowohl aus Bewerber-/Bietersicht von ihrer Erfahrung mit Vergabeverfahren für baunahe Dienstleistungen bzw Angebotsbearbeitungen berichten als auch ihre Eindrücke als beauftragte Berater/Konsulenten⁵⁹² der Auftraggeberseite darlegen. Im Fokus steht deren Sichtweise als Bewerber/Bieter. Zu einigen ausgewählten Themen wird (zusätzlich) aus Berater-/Konsulentensicht berichtet. Durch letztere Aussagen, die in Folge durch graue Text hinterlegung gekennzeichnet sind, lassen sich Angaben der Auftraggeberseite (siehe Unterkapitel 8.2.1) besser beurteilen und verifizieren.

8.2.3.1 Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping

So wie die meisten Vertreter der öffentlichen Auftraggeber und der bauausführenden Unternehmen, sind auch die befragten Ingenieurkonsulenten der Ansicht, dass das verpflichtende Bestbieterprinzip bei öffentlichen Bauaufträgen keinen Einfluss auf Lohn- und Sozialdumping habe. Begründet wird dies unterschiedlich:

Zum einen liege die fehlende Wirksamkeit an der Art der Umsetzung des Bestbieterprinzips. Das Preiskriterium sei in den meisten Bauausschreibungen voll dominierend. Die üblicherweise von der Auftraggeberseite herangezogenen, gering gewichteten und wenig herausfordernden preisfremden Zuschlagskriterien, wie zB die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, würden keinen preislichen Spielraum schaffen. Unternehmen ständen weiterhin unter Druck, für Teile der Leistungserbringung Subunternehmer heranzuziehen, die ihrerseits möglicherweise nochmals diese Leistungen weitergeben würden, wodurch die Gefahr des Lohn- und Sozialdumpings steige.

Ein Befragter gibt allerdings zu bedenken, dass ein Bieter selbst bei einem auskömmlichen Preis mit allen Mitteln versuchen könne, die Kosten zu senken und den Gewinn zu maximieren. Ein Unternehmen, das grundsätzlich Lohn- und Sozialdumping betreibe, werde dies bei Aufträgen mit einem höheren Preisniveau nicht anders handhaben.

Andere bezweifeln, dass personenbezogene Qualitätskriterien, wie jene im Bestbieterkriterien-Katalog „Faire Vergaben“, eine Barriere für unseriöse Unternehmen darstellen könnten. Ein Unternehmen, das Lohn- und Sozialdumping betreibe, verfüge möglicherweise trotzdem über die personellen Ressourcen, um solche Kriterien zu erfüllen.

In der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping hätten sich in den vergangenen Jahren andere Maßnahmen als das Bestbieterprinzip etabliert. Zu diesen gehöre die Einholung einer Auskunft über etwaige Verstöße gegen das LSD-BG im Rahmen der Eignungsprüfung (zB mittels ANKÖ-Abfrage), die Bekanntgabe der Subunternehmer durch den Bieter/Auftragnehmer sowie die Freigabe durch den Auftraggeber sowie die Kontrolle der auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer durch die ÖBA und andere Prüfinstanzen.

⁵⁹² Einige befragte Ingenieurkonsulenten haben mit der Erstellung und Bekanntmachung von öffentlichen Ausschreibungen, der Beantwortung von Bieteranfragen, der Angebotseinholung und Angebotsprüfung sowie der Unterbreitung von Vergabevorschlägen Erfahrung.

Ein Befragter merkt zur Thematik noch an, dass sich an Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge immer noch dieselben Unternehmen beteiligen würden, wie vor Inkrafttreten der Bestbieterregelung.

8.2.3.2 Umsetzung des Bestbieterprinzips

Die Ingenieurkonsulenten geben an, als Berater öffentlicher Auftraggeber nur über begrenzte Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Festlegung und Gewichtung von Zuschlagskriterien zu verfügen. Die Auftraggeberseite habe meist konkrete Vorstellungen zu den Kriterien für ihre Projekte.

Mit der Heranziehung preisfremder Zuschlagskriterien für Bauleistungen werde von öffentlichen Auftraggebern oft nur das Ziel verfolgt, der Bestbieterregelung im BVergG Genüge zu tun. Hierfür würden sich Auftraggeber diverser Feigenblattkriterien bedienen (zB Verlängerung der Gewährleistungsfrist⁵⁹³, Schulungsnachweise, Verlängerung der Beweislastumkehr; zu Feigenblattkriterien siehe auch Unterkapitel 3.4.3). Dadurch sei die Gefahr eines Bietersturzes aufgrund preisfremder Kriterien gering und der Auftraggeber könne trotz des verpflichtenden Bestbieterprinzips mit einem Zuschlag auf das billigste Angebot rechnen.

Qualitätskriterien hätten in Dienstleistungsausschreibungen einen höheren Stellenwert als in Bauausschreibungen. Bei Dienstleistungsaufträgen sei dennoch zu erkennen, dass Bieter mit einem besseren Angebotspreis bei subjektiv zu bewertenden Qualitätskriterien (zB Hearings) tendenziell besser abschneiden würden, als jene Bieter mit einem höheren Angebotspreis.

Zugegeben wird, dass Zuschlagskriterien (neben Eignungs- und Auswahlkriterien) in baunahen Dienstleistungsausschreibungen manchmal auf bestimmte Bieter abgestimmt seien. Auftraggeber hätten reichlich Informationsmaterial aus vergangenen Aufträgen und könnten die Kriterien entsprechend formulieren. Hintergrund sei der, dass die Auftraggeberseite eine Zusammenarbeit mit jenen Unternehmen anstrebe, mit denen in der Vergangenheit erfolgreich Projekte abgewickelt worden seien.

Die Festlegung „echter“ Qualitätskriterien für Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen beschreiben manche Experten als schwierig: Solche Zuschlagskriterien müssten schließlich auf die Leistung abgestimmt und dazu geeignet sein, diese zu verbessern (wobei eine Verbesserung der Leistung auch höhere Kosten rechtfertige). Kriterienkataloge seien mit Vorsicht zu sehen, da ausschreibende Stellen dadurch dazu verleitet werden könnten, sich weniger Gedanken über die Sinnhaftigkeit und den Mehrwert eines bestimmten Zuschlagskriteriums für ein Projekt zu machen.

⁵⁹³ Ein Befragter weist darauf hin, dass es durchaus Vergabeverfahren gäbe, in denen keiner der Bieter dieses Zuschlagskriterium ankreuze. In solchen Fällen sei anzunehmen, dass die erwarteten Kosten für Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers höher seien, als das Kriterium in der Ausschreibung wert sei. Auch bei Zuschlagskriterien, die kein Bieter erfülle/ankreuzt, handle es sich um Feigenblattkriterien.

Die Überlegungen zur Idee, eine verpflichtende Mindestgewichtung für preisfremde Zuschlagskriterien einzuführen, lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: Qualitätskriterien müssten zunächst dazu geeignet sein, eine Spreizung der Angebote hervorzurufen. Ohne Spreizung sei das Gewicht unerheblich. Weiters sei die Gewichtung der Kriterien auf das jeweilige Projekt und die Rahmenbedingungen abzustimmen. Bei Dienstleistungsvergaben solle darauf geachtet werden, dass diese nicht rein über den Preis gewonnen werden können, denn bei Dumpingpreisen sei die Notwendigkeit, den Aufwand zu drücken, enorm. Leistungen würden sodann auf das gemäß Vertrag Notwendigste reduziert und Nachtragsforderungen an den Auftraggeber gestellt.

Ergänzend wird erwähnt, dass möglicherweise ein „Unterpreiskriterium“ in Bau- und Dienstleistungsausschreibungen sinnvoll wäre, um zur Sicherung auskömmlicher Preise und zu einer Erhöhung der Qualität in der Leistungserbringung beizutragen. Eine Befragte dazu:

[Besser wäre] dieses Unterpreiskriterium, wenn ich [nicht] möchte (...), dass mir (...) alle zum Dumpingpreis hineinfahren. (...) Ich kenne es ja auch von der anderen Seite, dass teilweise die Auftraggeber mit den Ohren schlackern, [weil] sie [so billige Angebote] kriegen. (...) Weil sie schon sehen, das kann nicht die Qualität sein, die ich haben möchte. Das wird nichts. (...) Da habe ich eine Ausschreibung [mit] zwanzig Seiten Beschreibung, was [die Schlüsselperson] nicht alles können muss, und dann kriege ich einen Preis heraus, wo ich mir denke, (...) das passt nicht zusammen vorne und hinten.⁵⁹⁴

Unternehmen mit unseriösen Preisen, von denen keine gute Leistung erwartet werden könne, bleibe die Chance auf den Auftrag durch das Unterpreiskriterium verwehrt. Beispielsweise könnten Bieter, deren Angebotssumme mehr als X% unter dem Median aller eingelangten Angebote liegt, ausgeschlossen werden.⁵⁹⁵

8.2.3.3 Relevanz personenbezogener Vergabekriterien

In baunahen Dienstleistungsausschreibungen, genannt werden etwa Ausschreibungen für die ÖBA, PS, BK, Planungs- und Baustellenkoordination oder diverse Fachplanungen, seien Schlüsselpersonalkriterien dominierend. Die Anforderungen an das für die Leistungserbringung vorgesehene Personal seien immens (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.4) und Ausschreibungen würden komplexe Bewertungsmatrizen enthalten. Ein Experte erklärt:

Das wird immer mehr. (...) Vor zehn Jahren [hat] Schlüsselpersonal auch eine Rolle gespielt, aber [es] wurde weit nicht in der Tiefe die Qualität des Schlüsselpersonals abgefragt, wie das heutzutage tatsächlich der Fall ist. Und während [früher] in der Regel der (...) Leiter und der stellvertretende (...) Leiter [für eine Funktion abgefragt wurden],

⁵⁹⁴ Interviewpartner Nr 24, Rz 92.

⁵⁹⁵ Siehe Anmerkung zur Anonymität in Unterkapitel 8.2.

wird heute bei vielen Ausschreibungen (...) noch viel mehr ergänzendes Schlüsselpersonal abgefragt. (...) Das [nimmt] absolut überhand.⁵⁹⁶

Schlüsselpersonalkriterien kämen in Dienstleistungsausschreibungen als Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien vor. Die Kriterien beträfen personenbezogene Referenzprojekte, die Jahre an Berufserfahrung, Ausbildungsabschlüsse (wobei auf höhere Bildungsabschlüsse Wert gelegt werde), absolvierte fachspezifische Schulungen (zB zur ÖNORM B 2110, zur ÖNORM B 2061, zum BVergG, zur „Weißen Wanne“ oder Sichtbeton), Zertifikate (zB IPMA) und Hearings.

Laut den befragten Ingenieurkonsulenten hätten personenbezogene Vergabekriterien in den von ihnen begleiteten Bauausschreibungen in den vergangenen Jahren stetig an Bedeutung gewonnen. Auftraggeber würden zunehmend Wert auf qualifiziertes Schlüsselpersonal bei bauausführenden Unternehmen legen, da dieses für das Gelingen eines Projektes wesentlich sei. So seien beispielsweise von den Bewerbern/Bietern diverse Nachweise zur Qualifikation für Projektleiter, Bauleiter und Poliere beizubringen. Der Anteil der in der Ausführung zum Einsatz kommenden Facharbeiter und sozialpolitische Belange, im Speziellen die Lehrlingsquote oder die Quote älterer Arbeiter in der Ausführung, würden in manchen Bauausschreibungen berücksichtigt (jeweils Zuschlagskriterien).

In ihrer Funktion als Berater der Auftraggeberseite für die Erstellung von Ausschreibungen empfehlen die Experten, Vergabekriterien zum Schlüsselpersonal mit Vorsicht zu genießen. Denn die Praxis zeige, dass es immer wieder zum Ausfall von Schlüsselpersonen komme, die in Vergabeverfahren bewertet worden seien (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.5).

Eine bestimmte Schlüsselperson sei außerdem kein Garant für eine erfolgreiche Projektabwicklung: Nur, weil die Schlüsselperson ein Referenzprojekt aus der Vergangenheit vorweisen könne und an diesem möglicherweise gut gearbeitet habe, bedeute dies nicht, dass sie im gegenständlichen Projekt leistungsfähig sein und die Abwicklung problemlos funktionieren werde. Schließlich sei jedes Projekt unterschiedlichen Rahmenbedingungen unterworfen (andere Projektbeteiligte, (nicht) funktionierende Zusammenarbeit, (kein) Budgetdruck etc).

Die Experten raten zur Beschränkung der Abfrage von Schlüsselpersonal auf leitende Positionen, wobei der Ausbildungsabschluss im Vergleich zur Erfahrung sekundär sei, sowie zum Fokus auf Unternehmensreferenzen (Eignungs- und/oder Auswahlkriterium) und Lösungskonzepte zur Abwicklung (Zuschlagskriterium).

Die Mehrheit der Befragten gibt an, bereits mit personenbezogenen sozialen Vergabekriterien in baunahen Dienstleistungsausschreibungen konfrontiert gewesen zu sein.⁵⁹⁷ Die sozialen

⁵⁹⁶ Interviewpartner Nr 2, Rz 24 und 28.

⁵⁹⁷ Ergänzend wird erwähnt, dass soziale Belange als Ausführungsbedingung für öffentliche Dienstleistungsaufträge zunehmend an Relevanz gewinnen würden (Bsp: Umsetzung frauenfördernder Maßnahmen während der Ausführung).

Kriterien seien meist als Auswahlkriterium, in Form des Anteils der im Unternehmen tätigen Frauen, begünstigten Behinderten oder Lehrlingen, vorgekommen. Allerdings wird auch von Ausschreibungen berichtet, in denen die Qualifikation des Gesamtpersonals des Unternehmens ein Zuschlagskriterium gewesen sei (Bewertungsmatrix mit Ausbildungsabschluss und Berufserfahrung), wobei jede Frau im Unternehmen Zusatzpunkte gebracht habe.⁵⁹⁸

8.2.3.4 Herausforderungen für Bewerber/Bieter

Laut den Angaben der befragten Ingenieurkonsulenten würden personenbezogene Vergabekriterien in baunahen Dienstleistungsausschreibungen Bewerber/Bieter vor bestimmte Herausforderungen stellen, wie nachfolgend angeführt wird:

- **Disposition und Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals:** Die Bewertung einer für die Leistungserbringung vorgesehenen Schlüsselperson im Rahmen eines Vergabeverfahrens bedinge, dass diese Person im Auftragsfall zur Verfügung stehe. Dies könne allerdings nicht garantiert werden, wie ein Experte erklärt:

Wir haben den Druck, [Aufträge zu] akquirieren, wir müssen [für mehrere] Vergabeverfahren [gleichzeitig anbieten] und wir können nicht die Leute freihalten. Die Vergabeverfahren dauern auch inzwischen bei Dienstleistungen ein halbes Jahr und länger. [Bei den Aufträgen gilt] „first come, first serve“. (...) Ich kann [die Schlüsselperson] ja nicht durchzahlen und sagen: „Du musst jetzt warten und vielleicht kriegen wir [den Auftrag], vielleicht kriegen wir [ihn] aber auch nicht.“ (...) Dann wird [die Person im Vergabeverfahren] kompliziert bewertet, [aber wenn die Leistung erst ein Jahr nach dem Verfahren anfängt, ist das schwierig].⁵⁹⁹

Je mehr Schlüsselpersonen zu nennen seien und je länger ein Vergabeverfahren dauere, desto eher könne es zu einem Ausfall kommen. Je komplexer die Anforderungen an eine Schlüsselperson, umso geringer die Chance, dass eine gleichwertige Ersatzperson zur Verfügung stehe. Verträge zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sähen meist Pönalen für den Fall vor, dass eine nicht gleichwertige, nicht vom Auftraggeber freigegebene Ersatzperson eingesetzt werde (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.8).

- **Wertung der Qualifikation:** Im Bereich der ÖBA gäbe es Personen, die vormals Poliere gewesen seien, sich über Weiterbildungsmaßnahmen qualifiziert und in Ingenieurbüros zu arbeiten begonnen hätten. Diese Bildungsmaßnahmen sowie jahrelange Berufserfahrung würden allerdings oftmals nicht für die Besetzung als Schlüsselperson im Bereich der ÖBA

⁵⁹⁸ Hierbei ist daran zu erinnern, dass vergaberechtlich nur das für die Auftragsdurchführung vorgesehene Personal in einem Zuschlagskriterium herangezogen und einer Bewertung unterzogen werden darf. Die Befragten geben an, dass manche Auftraggeber nicht wüssten, was vergaberechtlich zulässig sei und was nicht.

⁵⁹⁹ Interviewpartner Nr 17, Rz 12.

ausreichen, da zumindest ein HTL-Abschluss vorgewiesen werden müsse. Die Problematik der Wertigkeit ergebe sich, wenn eine Person von einem Stakeholder zu einem anderen wechsle und die bei Ersterem gewonnene Vorerfahrung bei Letzterem nicht als gleichwertig angesehen werde.

- **Überschießende Kriterien:** Anforderungen an Schlüsselpersonen, insbesondere in Bezug auf persönliche Referenzen, seien enorm und nicht an den Ausschreibungsgegenstand angepasst. Ein Experte dazu:

Ich [werde] irgendwann keine Leute mehr haben, die ich da benennen kann. [Leider ist es so], dass öffentliche Ausschreibungen immer mehr aus der Sicht der Rechtsanwälte getrieben werden und da ein IRSINNIGER Formalismus und Theorie an den Tag gelegt wird. (...) Das ist ein Irrsinn! Dem wird irgendwann keiner mehr Herr werden!⁶⁰⁰

Berichtet wird etwa von einer Ausschreibung, in der für die Eignung der Nachweis verlangt worden sei, dass Leiter und stellvertretender Leiter für eine bestimmte Funktion in einem zur ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Referenzprojekt bereits als Leiter und stellvertretender Leiter zusammengearbeitet hätten.⁶⁰¹ Ein anderer Befragter erzählt von Fällen, in denen die Teilnahme an Vergabeverfahren aufgrund der geforderten Referenzen nicht ohne Partner aus dem Ausland möglich gewesen sei. Ausländischen Unternehmen werde dadurch der Markteintritt in Österreich ermöglicht. Nach Abschluss gemeinsamer Projekte mit österreichischen Unternehmen würden sie zu deren Konkurrenten, von denen es ohnehin bereits genügend gäbe. Der heimische Bietermarkt werde dadurch ruiniert.

Überschießende Kriterien hätten eine Zeit- und Ressourcenverschwendung bei der Angebotsbearbeitung zur Folge, wodurch wiederum ungedeckte Kosten entstehen würden.

- **Einsatz von jungem Personal und Erwerb von Referenzen:** Dadurch, dass in den meisten Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen hohe Anforderungen an das Schlüsselpersonal bzw alle für die Leistungserbringung vorgesehenen Personen gestellt würden, seien die Einsatzmöglichkeiten für junges, weniger erfahrenes Personal in solchen Projekten gering. Der Erwerb persönlicher Referenzen gestalte sich schwierig, da eine Person erst über Referenzen für eine bestimmte Position verfügen müsse, um in einem Vergabeverfahren als Schlüsselperson in der jeweiligen Position genannt werden zu können⁶⁰² (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.8). Ein Experte fügt hinzu:

⁶⁰⁰ Interviewpartner Nr 2, Rz 28. An dieser Stelle sei noch zu erwähnen, dass überzogene Vergabekriterien laut den Experten daraus resultieren könnten, dass sie auf bestimmte Bieter zugeschnitten seien (siehe auch Unterkapitel 6.2.3.2).

⁶⁰¹ Siehe Anmerkung zur Anonymität in Unterkapitel 8.2.

⁶⁰² Sofern die Abfrage der persönlichen Referenzen im Rahmen von Auswahl- oder Zuschlagskriterien erfolge, könne eine Person ohne ausreichende Referenznachweise genannt werden. Allerdings werde dadurch die Chance, in die zweite Stufe zu kommen und den Zuschlag zu erhalten, erheblich verringert.

Das [ist] sehr kritisch (...), dass ich junges Personal, das noch keine Referenzen hat, überhaupt beim Projekt einsetzen kann und dafür (...) auch bezahlt kriege. [Gerade] in der preislichen Situation, wo du [heutzutage] teilweise bist. Das ist (...) nicht mehr so wie früher, [wo] du einmal ein Jahr mit irgendwem mitgelaufen bist und [die Kosten gedeckt waren]. Wenn der [Junge] eifrig (...) und wissbegierig [ist,] sich gut entwickeln kann und (...) gut verwendbar ist, (...) bekomme ich ihn (...) beim Projekt [trotzdem] überhaupt nicht gezahlt, bis der [eine Referenz erwirbt und mit dieser] ins Rennen gehen kann.⁶⁰³

- **Abhängigkeit von Schlüsselpersonen:** Hochgesteckte Schlüsselpersonalkriterien, allen voran persönliche Referenzen, würden zu einer Konzentration auf bestimmte Personen in Ingenieurbüros führen und von diesen abhängig machen. Daher müsse solchen Personen, insbesondere in Zeiten, in denen die Personalnachfrage hoch sei, einiges geboten werden (zB höheres Gehalt), um sie nicht an andere Arbeitgeber zu verlieren. Zu bedenken sei hierbei, dass öffentliche Auftraggeber im Endeffekt für „künstlich“ in die Höhe getriebene Gehälter von Schlüsselpersonen aufkommen müssten, ohne dass daraus eine bessere Leistung entstehe. Auftraggeber bekämen somit weniger Leistung für ihr Geld.

Angemerkt wird weiters, dass diese Konzentration auf einzelne Personen dem entgegenstehe, wie ein Ingenieurbüro grundsätzlich arbeite und organisiert sei. Leistungen seien für gewöhnlich nicht von einzelnen Personen abhängig, sondern würden arbeitsteilig erbracht (Ausnahme: ÖBA aufgrund der Präsenz auf Baustellen). Know-how müsse verteilt werden und dürfe nicht bei einzelnen Personen verbleiben. Diejenigen mit der meisten Diensterfahrung würden üblicherweise gleichzeitig mehrere Projekte betreuen, andere anleiten und punktuell mit Fachexpertise zur Verfügung stehen.

- **Abwerbung von Schlüsselpersonal:** Einige Befragte geben an, dass ihr Ingenieurbüro mit der Abwerbung von Schlüsselpersonen durch Mitbewerber, ARGE-Partner oder öffentliche Auftraggeber zu kämpfen hätten. Schlüsselpersonen würden zumeist von Auftraggebern gemeinsamer Projekte auf ihre Wechselbereitschaft angesprochen und abgeworben. Hinzu komme der sich heutzutage bei jungen Leuten rascher einstellende Veränderungswille im Job, der zu einem Zeitpunkt auftrete, an dem die Person soweit sei, verantwortungsvollere Aufgaben in Projekten zu übernehmen und bewertungsrelevant eingesetzt werden zu können.
- **Anerkennung von Schulungen:** Die Befragten kritisieren, dass in Vergabeverfahren nur Schulungs- und Ausbildungsnachweise von externen, offiziellen Akademien/Instituten akzeptiert würden, die jedoch im Vergleich zu unternehmensinternen Schulungen und Ausbildungen teuer und weniger wirksam seien. „[Nur] wenige [externe Kurse sind] so gut

Deshalb würden Schlüsselpersonen genannt, von denen angenommen werden könne, dass diese konkurrenzfähig punkten.

⁶⁰³ Interviewpartner Nr 21, Rz 34.

und so spezifisch für einen Auftrag, dass sie die Verwendung in einem Vergabekriterium rechtfertigen.“⁶⁰⁴

Bestätigt wird, dass Schlüsselpersonen mitunter nur deshalb zu manchen externen Schulungen geschickt würden, damit das Unternehmen in künftigen Vergabeverfahren besser punkte. Dies sei besonders dann ärgerlich, wenn eine Person ohnehin im Zuge der eigenen Tätigkeit laufend mit einem bestimmten Thema zu tun habe und es im jeweiligen Fachbereich keine Neuerungen gäbe. Der Fokus liege in diesem Fall darauf, dass die Schlüsselperson möglichst kostengünstig und mit geringem Zeitaufwand zu dieser Bestätigung komme („Das [ist] einfach nur eine Zettelabholung.“⁶⁰⁵). Betont wird, dass letztendlich in Schulungen investiert werde, die keinen Mehrwert für ein Projekt brächten.

8.2.3.5 Personalbedarf, Personalbeschaffung und Personalbindung

Die Befragten geben an, Bedarf an qualifiziertem Personal zu haben, das über mehrere Jahre Berufserfahrung und Projekterfahrungen verfüge. Die Personalsuche sei allerdings nicht von laufenden Vergabeverfahren beeinflusst, denn die Teilnahmeantrags-/Angebotsfristen seien zu kurz, um innerhalb dieser eine Person für das Unternehmen zu gewinnen, die ein definiertes Anforderungsprofil erfülle. Die Projektauswahl erfolge aufgrund der vorhandenen Personalressourcen und der Einschätzung, ob konkurrenzfähig gepunktet werden könne. Gegebenenfalls werde ein Partner zur Bildung einer Bewerber-/Bietergemeinschaft oder ein Subunternehmer hinzugezogen, um die personenbezogenen Vergabekriterien (voll) zu erfüllen.

Eine gezielte, mitunter an Vergabekriterien orientierte Suche nach neuem Personal erfolge im Falle eines geplanten Eintritts in neue Märkte. Sei etwa geplant, Großprojekte im Infrastrukturbereich zu bearbeiten, so seien dafür Schlüsselpersonen erforderlich, die bereits Projekte mit bestimmter Größe in diesem Bereich geleitet hätten.

Die Personalakquisition im Dienstleistungsbereich gestalte sich aufgrund der Hochkonjunktur und den ergriffenen Personalbindungsmaßnahmen anderer Marktteilnehmer allerdings seit einigen Jahren problematisch. Ingenieurbüros befänden sich aufgrund des Personalmangels nicht in der Position, hohe Ansprüche an potenzielle Mitarbeiter zu stellen. Ein Experte führt dazu aus: „[Hätte] ich genügend Leute (...), würde ich natürlich sagen [ich suche jemanden mit] Referenzen, [bestimmten] Fähigkeiten, Social Skills [und] Erfahrung. (...) Die Praxis schaut so aus, dass Sie froh sein müssen, wenn Sie überhaupt wen kriegen.“⁶⁰⁶

Laut den Befragten werde auf folgende Möglichkeiten gesetzt, um qualifiziertes Personal zu akquirieren (siehe auch Unterkapitel 7.2.2):

⁶⁰⁴ Interviewpartner Nr 20, Rz 74.

⁶⁰⁵ Interviewpartner Nr 21, Rz 32.

⁶⁰⁶ Interviewpartner Nr 20, Rz 22.

- **Personalentwicklung:** Diese stelle die beliebteste Personalbeschaffungsmaßnahme dar, da qualifizierte Ingenieurkonsulenten, insbesondere langjährig tätige Referenzträger, auf dem Arbeitsmarkt nicht frei verfügbar seien oder nur mittels lukrativer Angebote aus bestehenden Arbeitsverhältnissen herausgelöst werden könnten. Erfahrenen Mitarbeitern eines Ingenieurbüros würden jüngere Kollegen zur Einschulung und Sammlung von Erfahrung beigelegt, wobei jüngere Mitarbeiter zusehen müssten, an Referenzbestätigungen für Projekte zu kommen (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.8). Weiters werde Wert auf unternehmensinterne und -externe Aus-, Fort- und Weiterbildung gelegt. Die ergriffenen Bildungsmaßnahmen würden sich sowohl am Interesse und Entwicklungsbedarf der Mitarbeiter als auch an Vergabekriterien orientieren.
- **Persönliche Kontakte:** Persönliche Netzwerke, die über die Zusammenarbeit in Projekten entstanden seien, würden genutzt, um bestimmte Personen auf ihre berufliche Zufriedenheit und gegebenenfalls einen Jobwechsel anzusprechen.
- **Inserate:** Stellenausschreibungen würden etwa über Unternehmens-Homepages oder Online-Jobbörsen veröffentlicht.
- **Präsenz an technischen (Hoch)Schulen:** Zu technischen (Hoch)Schulen werde enger Kontakt gepflegt (Vorträge, Zusammenarbeit bei Forschungsprojekten/Diplomarbeiten, Praktika etc), um angehende Absolventen auf das jeweilige Ingenieurbüro aufmerksam zu machen und bereits frühzeitig den Weg für eine Festanstellung zu ebnen.
- **Personalberater/Headhunter:** Einige Ingenieurbüros würden als unterstützende Maßnahme auf Personalberater/Headhunter setzen.

Die Umsetzung von Personalbindungsmaßnahmen sei für Ingenieurbüros essenziell. Das Szenario, dass ein langjährig tätiger Referenzträger das Unternehmen verlasse, beschreiben einige Befragte als katastrophal für ein Projekt und das Ingenieurbüro. In den Unternehmen der Befragten würden nachfolgende Anreize geschaffen und Maßnahmen ergriffen, um die Personalbindung zu verstärken:

- Möglichst flexible Arbeitszeiten, Teilzeitarbeit und Home-Office-Möglichkeit nach der Karenz für Frauen
- Übernahme verantwortungsvoller Positionen trotz Teilzeitarbeit
- Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten
- Aufstiegschancen im Unternehmen
- Interessante Tätigkeiten und Projekte
- Gutes Betriebsklima und interner Zusammenhalt
- Angemessenes Gehalt bzw Gehaltserhöhung

- Team-Building-Events
- Kommunikation auf Augenhöhe zwischen Geschäftsführung und Mitarbeitern, regelmäßiger Austausch über Bedürfnisse und Anliegen der Mitarbeiter
- Abwerbverbote in Arbeitsgemeinschaftsverträgen (Pönale bei Verstoß)

Für Fachexperten in Leitungspositionen/die wertvollsten Schlüsselkräfte gäbe es zusätzlich folgende Anreize und Maßnahmen:

- Leistungsprämien
- Unternehmensbeteiligung
- Konkurrenzklauseln
- Längere Kündigungsfristen

Trotz allem seien Ingenieurbüros nicht vor Abwerbungen gefeit (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.4). Monetäre Anreize und das Bedürfnis nach Veränderung im Job würden hierbei die größte Rolle spielen.

Ausschlaggebend für den Marktwert eines Mitarbeiters im Dienstleistungsbereich sei weniger der formale Ausbildungsabschluss, als vielmehr die Projekterfahrung in leitenden Positionen und die Bestätigung dieser durch den öffentlichen Auftraggeber (Referenzbestätigung).

Die interviewten Ingenieurkonsulenten berichten, dass es in den von ihnen begleiteten Projekten immer wieder zu kurzfristigen, unerwarteten Ausfällen von Schlüsselpersonen komme, die im Rahmen von Vergabeverfahren bewertet worden seien. Als Ausfallgründe werden etwa Kündigung, Krankheit oder Burnout genannt.

Eine Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem jeweiligen Unternehmen und eine darauffolgende Neuausschreibung aufgrund eines Ausfalls einer Schlüsselperson sei nicht praktikabel. Zum Wohle eines Projektes werde versucht, sich mit dem Auftraggeber zu arrangieren, selbst wenn dies bedeute, dass eine Weiterführung durch eine Ersatzperson erfolge, die nicht exakt die gleichen Anforderungen wie die ursprünglich genannte Schlüsselperson erfülle.⁶⁰⁷ Ein Experte erklärt hierzu:

Das größte Problem ist immer, [man hat sich im Vergabeverfahren] jemanden (...) präsentieren lassen, den beurteilt und dann ist der nach einem halben Jahr nicht mehr

⁶⁰⁷ Zu erinnern ist an § 365 Abs 1 BVergG 2018, wonach eine wesentliche Änderung des Vertrages zu einer Neuausschreibung verpflichtet. Eine wesentliche Änderung liegt im gegenständlichen Fall jedenfalls dann vor, wenn durch das nachträgliche Hinzuziehen einer nicht gleichwertigen Ersatzperson Bedingungen geschaffen werden, „die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten, (...) die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht hätten.“ § 365 Abs 2 Z 1 BVergG 2018.

da. Das kommt leider vor. Und ich kann dann nicht (...) sagen, den Alternativmann, den du mir präsentierst, der ist nicht gut genug und da ziehe ich jetzt Pönale, weil da vergifte ich mir das Projekt KOMPLETT. (...) Dann brauchen wir mit der (...) Firma nie mehr ernst reden. Also in Wahrheit muss man das dann akzeptieren oder so lange intervenieren, bis man jemanden Guten kriegt.⁶⁰⁸

Im Falle, dass im jeweiligen Unternehmen keine Ersatzperson zur Verfügung stehe, der die Abwicklung zugetraut werden könne, müsse entsprechend Geld in die Hand genommen werden, um eine Schlüsselperson auf dem Arbeitsmarkt zu akquirieren.

8.2.3.6 Haltung zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien

Wie bereits die Auftraggeber und die Vertreter der bauausführenden Unternehmen, sprechen sich die Ingenieurkonsulenten für eine Förderung von Personengruppen aus, die im Berufsleben einen schwierigeren Stand hätten. Gegenüber personenbezogenen sozialen Vergabekriterien als Förderungsmaßnahme zeigen sich die Befragten allerdings teilweise skeptisch.

Bevor näher auf die Gründe dafür eingegangen wird, ist festzuhalten, dass von den fünf im BVergG genannten förderungswürdigen Personengruppen – unabhängig von sozialen Vergabekriterien – auf Frauen und ältere Mitarbeiter im baunahen Dienstleistungsbereich Wert gelegt werde. Frauen seien genauso qualifiziert wie Männer und eine Durchmischung wirke sich positiv auf das Arbeitsklima aus. Ältere Mitarbeiter seien gut ausgebildet und würden über wertvolle Erfahrung verfügen.

Nachfolgend sind die Gedanken der Experten zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien zusammengefasst, wobei bei Gleichheit der Aussagen auf die Statements der Auftraggeber und der bauausführenden Unternehmen verwiesen wird.

- **Keine Förderung:** Die Experten bezweifeln, dass personenbezogene soziale Vergabekriterien einen Einfluss auf die Personalpolitik in Unternehmen hätten. Die Beschäftigung einer bestimmten Person richte sich nach der Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt sowie den im Ingenieurbüro benötigten Kompetenzen und Fähigkeiten. Zur Personengruppe der Frauen wird etwa erklärt:

Ich stelle deswegen eine Frau ein, weil ich [der Meinung bin]: „Die Frau kann das.“ (...). Wenn wir zwei gleich gute [Bewerber] haben, nehme ich vielleicht die Frau [eher als den Mann], damit wir unseren Frauenanteil erhöhen und weil das vielleicht auch (...) andere Frauen [dazu bewegt], in Zeiten, wo wir schwer Leute kriegen, [zu uns zu] kommen. Aber das sind unternehmerische Fragen, die [von] Kriterien völlig [unabhängig sind].⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ Interviewpartner Nr 17, Rz 40.

⁶⁰⁹ Interviewpartner Nr 20, Rz 48.

Wir stellen (...) nicht [Frauen] ein, um eine Frauenquote zu erfüllen (...) und so sollte es auch nicht [sein]. Ich finde das [auch] immer ein bisschen (...) ein Armutszeugnis, wenn [jemand das eigentlich nur will], weil es da eine Quote gibt. (...) Wir können [auch] nicht unsere Frauenquote für ein Vergabeverfahren verändern. Wir können [die Frauen] nur zählen und sagen, das ist unsere Quote.⁶¹⁰

Hinsichtlich beeinträchtigter Personen sei zu bedenken, dass Arbeitgeber aufgrund arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen sowie der Berührungsangst mit der Thematik gehemmt sein könnten, beeinträchtigte Personen einzustellen.⁶¹¹ Eine Einflussnahme auf die Beschäftigung durch das Auswahlkriterium „Anteil an begünstigten Behinderten im Unternehmen“ (das nicht auf die erwähnte Problematik eingehe) sei daher zu bezweifeln.

- **Mangel an bestimmten Personengruppen:** Heutzutage wähle jemand, der an einem Job in einem Ingenieurbüro Interesse habe, kaum mehr den Ausbildungsweg über eine Lehre. Zumeist würden sich HTL- oder Hochschulabsolventen bei Ingenieurbüros bewerben. Anzunehmen sei, dass sich der Trend in Richtung höherer Ausbildung im Bereich der baunahen Dienstleistungen künftig fortsetzen werde (Stichwort Digitalisierung und interdisziplinäre Projektbearbeitung). Investitionen in Lehrlingsausbildungen seien daher kritisch zu sehen. Zu bedenken sei weiters, dass sich dies letztendlich in einem höheren Angebotspreis für die öffentliche Hand niederschlagen würde.

Sollten sich die Anforderungen an Schlüsselpersonen künftig nicht nur auf die Qualifikation, sondern auch auf ein anderes Merkmal (zB weiblich, bestimmtes Alter) beziehen, so würde dies Unternehmen vor zusätzliche Herausforderungen stellen: Heutzutage hätten Ingenieurbüros Schwierigkeiten, überhaupt jemanden mit einer bestimmten Qualifikation für das eigene Unternehmen zu gewinnen (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.5).

- **Kein Einfluss auf Qualität:** Siehe Unterkapitel 8.2.1.6 und 8.2.2.6.
- **Umgang mit Ausfällen:** Siehe Unterkapitel 8.2.1.6 und 8.2.2.6.
- **Skepsis gegenüber Langzeitarbeitslosen:** Siehe Unterkapitel 8.2.2.6.

Einige wenige Befragte sprechen sich für personenbezogene soziale Vergabekriterien in Dienstleistungsausschreibungen aus, da solche Kriterien die Aufmerksamkeit auf ein gesellschaftspolitisch wichtiges Thema lenkten. Herangezogene soziale Kriterien dürften allerdings nicht die Vergabe dominieren.

Die Befragten äußern zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien bei Bauaufträgen folgende Bedenken:

⁶¹⁰ Interviewpartner Nr 17, Rz 48 und 52.

⁶¹¹ Die Verfasserin der vorliegenden Dissertation setzte sich bereits im Jahr 2016 mit dieser Thematik auseinander. Daher wird ergänzend auf Raab, Chancen für Beschäftigten-Minderheiten in der Bauausführung in Österreich, verwiesen.

- **Begrenzte Einsatzmöglichkeiten:** Zum Zuschlagskriterium „Lehrlingsquote in der Bauausführung“ gibt ein Ingenieurkonsulent an, dass die Einsatzmöglichkeiten für Lehrlinge auf der jeweiligen Baustelle eruiert werden müssten. Er berichtet etwa von einem Stahlbauprojekt, bei dem dieses Kriterium vorgekommen sei. Dem bauausführenden Unternehmen sei im Nachhinein von der Auftraggeberseite gestattet worden, Lehrlinge in der Werksfertigung (Vorbereitung der Stahlbauteile) anstatt auf der Baustelle einzusetzen, da es für die Lehrlinge auf der Baustelle aufgrund des Gefahrenpotenzials keine Einsatzmöglichkeit gegeben habe. Solche Fälle müssten vermieden werden.

Bei älteren Arbeitern müsse daran gedacht werden, dass diese aufgrund ihrer physischen Verfassung vielleicht nicht mehr für körperlich schwere Baustellentätigkeiten eingesetzt werden sollten.

- **Mangel an bestimmten Personengruppen:** Siehe Unterkapitel 8.2.1.6 und 8.2.2.6.
- **Aufwändige, herausfordernde Kontrollen:** Siehe Unterkapitel 8.2.1.6 und 8.2.3.7.

8.2.3.7 Kontrolle der Erfüllung zugesagter Quoten

Im Falle, dass Quoten für bestimmte, nach dem BVergG förderungswürdige Personengruppen bei baunahen Dienstleistungen abgefragt würden (meist als Auswahlkriterium, siehe auch Unterkapitel 8.2.3.3), erfolge der Nachweis üblicherweise durch Personallisten, die von einem Geschäftsführer des jeweiligen Ingenieurbüros zu unterschreiben seien. Gegebenenfalls müssten Erklärungen eines Wirtschaftstreuhanders zum Personal oder Bestätigungen der Anmeldung zur Sozialversicherung beigebracht werden.

Einige Befragte geben an, dass sie als ÖBA bereits mit der Aufgabe betraut gewesen seien, die Einhaltung zugesagter Quoten älterer Arbeiter sowie Lehrlingsquoten bei der Bauausführung zu überprüfen. Zum einen würden die von den bauausführenden Unternehmen erstellten Bautagesberichte und separat geführte Stundenlisten von der ÖBA kontrolliert. Zum anderen gäbe es stichprobenartige Kontrollen auf Baustellen, um die Anwesenden zu erfassen und die Aufzeichnungen der Unternehmen verifizieren zu können (zB Ausweiskontrolle zur Feststellung des Alters eines Arbeiters, Einholung von Bestätigungen über bestehende Lehrverhältnisse beim Unternehmen).

Die Experten geben zu bedenken, dass es Baustellen gäbe, auf denen die ÖBA nicht ständig zur Anwesenheit verpflichtet sei. Auf solchen Baustellen sei es ein Leichtes für ausführende Unternehmen, inkorrekte Aufzeichnungen zu Lehrlingen/zu älteren Beschäftigten abzugeben.

Bei Großprojekten sei die ÖBA zwar immer vor Ort, allerdings funktioniere die Kontrolle in der Praxis aufgrund der vielen Arbeiter nur bedingt. Ein Befragter dazu: „[Das ist] schwierig zu kontrollieren und eigentlich bist du [als Örtliche Bauaufsicht] gezwungen, [die Angaben der

Unternehmen] zu bestätigen. Wenn du jetzt ein Großprojekt hast mit hundertfünfzig Personen, wie willst du denn das seriöserweise kontrollieren?“⁶¹²

8.2.3.8 Erwerb persönlicher Referenzen

Laut den Experten würden Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen zumeist für sämtliche für die Leistungserbringung vorgesehenen Schlüsselpersonen den Nachweis von persönlichen Referenzen vorsehen. Üblicherweise könne sich nur jemand, der bereits über Referenzen für eine bestimmte Position verfüge, in einem Vergabeverfahren für die jeweilige Position bewerben (zB ein ÖBA-Leiter-Stellvertreter müsse bereits in einem vergangenen Projekt ÖBA-Leiter-Stellvertreter gewesen sein).⁶¹³ Daher gestalte sich der Referenzerwerb für eine Person, die noch über keine Referenzen für eine bestimmte Position verfüge, schwierig.

Die Experten geben an, dass die für gewöhnlich angewandte Methode, um einem jüngeren, weniger erfahrenen Mitarbeiter im Dienstleistungsbereich Referenzen zukommen zu lassen, vertragsrechtlich unzulässig sei sowie der Kulanz und des Verständnisses des Auftraggebers bedürfe: Die Person ohne Referenznachweise werde in einem laufenden Projekt eingesetzt (hierfür werde eine zusätzliche, ursprünglich nicht vorgesehene Position⁶¹⁴ geschaffen) und übernehme Aufgaben, die gemäß Vertrag einem Referenzträger, also einer bewertungsrelevanten Schlüsselperson, zugeteilt seien. Im Falle, dass sich die jüngere, weniger erfahrene Person in der neuen Rolle bewähre und dies dem Auftraggeber auffalle, könne für die Person am Ende eines Projekts um eine Referenzbestätigung in der jeweiligen Schlüsselposition angesucht werden.

Sei jemand in einem Projekt bereits stellvertretender Leiter in einer bestimmten Funktion (zB ÖBA-Leiter-Stellvertreter), so könne die Person allmählich Leitungsaufgaben übernehmen und möglicherweise zu Projektende eine Referenz für die Leitungsposition (ÖBA-Leiter) lukrieren.

Es müsse damit gerechnet werden, dass ein beabsichtigter, offiziell beim Auftraggeber angesuchter, abrupter Austausch der im Teilnahmeantrag/Angebot genannten Schlüsselperson durch eine weniger erfahrene, nicht gleichwertige Ersatzperson abgelehnt werde. Würde ein solcher Schlüsselpersonalwechsel trotz Ablehnung dennoch vorgenommen, so hätte dies eine Vertragsstrafe zur Folge. Aus diesen Gründen müsse der Austausch schleichend erfolgen. Während der jüngere, weniger erfahrene Kollege der erfahrenen Schlüsselperson zu Beginn noch beigestellt werde und der Auftritt gegenüber dem Auftraggeber gemeinsam erfolge, mache sich die erfahrene Schlüsselperson im Laufe des Projektes immer rarer, bis sie dann nur mehr in den

⁶¹² Interviewpartner Nr 21, Rz 70.

⁶¹³ Hierbei ist nochmals daran zu erinnern, dass eine Person ohne ausreichende Referenznachweise als Schlüsselperson genannt werden könne, wenn es sich bei den Vergabekriterien um Auswahl- oder Zuschlagskriterien handle. Allerdings führe dies zu einer erheblichen Verringerung der Chance, in die zweite Stufe zu kommen bzw den Zuschlag zu erhalten. Daher müsse auf Schlüsselpersonen gesetzt werden, von denen angenommen werden könne, dass diese konkurrenzfähig punkten.

⁶¹⁴ Siehe Anmerkung zur Anonymität in Unterkapitel 8.2.

wichtigsten Besprechungen anwesend sei. Im Idealfall werde die im Vergabeverfahren genannte Schlüsselperson gänzlich abgezogen und könne sich so einem neuen Projekt widmen.

Ob ein Auftraggeber diesen schleichenden Schlüsselpersonalwechsel akzeptiere oder unter Androhung der Pönale eingreife, sei von Fall zu Fall unterschiedlich. Bestenfalls erhalte sowohl die ursprüngliche Schlüsselperson als auch die eingewechselte Ersatzperson für die jeweilige Schlüsselposition im Projekt eine Referenzbestätigung vom Auftraggeber („Referenzteilung“).

Das System der Referenzteilung, das durch die zuvor beschriebenen Personalrotationen (Beistellen und Abziehen von Personen) ermöglicht werde, komme zur Anwendung, um Referenzen aktuell zu halten und der Konzentration auf nur wenige Schlüsselpersonen entgegenzuwirken (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.4). Personalrotationen, zu denen sich Ingenieurbüros aufgrund der Heranziehung persönlicher Referenzen als Vergabekriterium gezwungen sähen, seien jedoch *„ein unglaublicher Unfug und eigentlich ein Zusatzaufwand, der (...) volkswirtschaftlich gar nichts bringt, [sondern] nur kostet“*⁶¹⁵.

8.2.3.9 Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit

Nachfolgend sind sämtliche im Zuge der Interviews erwähnten Maßnahmen und Vorgehensweisen angeführt, die eine Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien bewirken und somit zu einer Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit der Ingenieurbüros beitragen würden:

- Ausnutzen des Interpretationsspielraumes in Vergabekriterien, insbesondere in verlangten persönlichen Referenzen (zu erinnern ist daran, dass dies der Auftraggeberseite bewusst sei, siehe Unterkapitel 8.2.1.10).
- Setzen diverser Personalrekrutierungs- und -bindungsmaßnahmen. Der Fokus liege aufgrund des Mangels an qualifizierten Schlüsselkräften, die zudem teuer seien, auf der Personalentwicklung und -bindung des bereits im Unternehmen bestehenden Personals (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.5).
- Heranziehen strategischer Partner zur Bildung einer BIGE oder Unterstützung durch Subunternehmer (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.5).
- Durchführen von Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen, die auf häufig in Ausschreibungen geforderte Nachweise abgestimmt seien. Nach Einschätzung der Befragten bräuchten allerdings nicht alle besuchten Kurse einen Mehrwert für die Mitarbeiter und die ausgeschriebenen Projekte.
- Führen von Übersichten zu durchgeführten Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen sowie regelmäßige Kontrolle, wann welche Bestätigung für welchen Mitarbeiter einer

⁶¹⁵ Interviewpartner Nr 20, Rz 20.

Erneuerung bedürfe. Schließlich hänge der Erfüllungsgrad eines solchen Kriteriums meist mit dem Alter der Schulungsbestätigung bzw des Zertifikats zusammen.

- Auswählen möglichst günstiger Bildungsmaßnahmen: Ingenieurbüros würden beispielsweise externe, bei offiziellen Akademien/Instituten vortragende Fachexperten einladen, um in-house eine größere Anzahl an Mitarbeitern gleichzeitig schulen zu lassen und mehrere Schulungsbestätigungen zu erhalten. So müsse lediglich der Tag des Vortragenden anstatt der wesentlich höheren Teilnahmegebühren bei offiziellen Akademien/Instituten bezahlt werden.
- Führen von Übersichten zu persönlichen Referenzen und deren Alter sowie besonderes Bemühen um den Erwerb persönlicher Referenzen für Spezialbauwerke, die nicht häufig vorkämen (zB Krankenhaus, Flughafen).
- Erwerben persönlicher Referenzen durch mehrere Schlüsselpersonen (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.8):

Das System heißt eigentlich Referenzen zu multiplizieren. Wenn jetzt einer eine Referenz hat und man kriegt den Auftrag, dann wird man versuchen, den irgendwann einmal auszutauschen oder ihm jemanden zur Seite zu [stellen, damit letztendlich beide die Referenz bekommen]. Und da kann der Auftraggeber mitunter manchmal nicht aus [und muss es] genehmigen, wenn [die eingewechselte Person] gleichwertig ist. (...) Entscheidend [ist], dass [Ingenieurbüros] die Referenzen aktuell halten.⁶¹⁶

Durch die permanente Heranziehung neuer Referenzträger werde auch versucht, die Abhängigkeit von einzelnen Schlüsselpersonen klein zu halten (siehe auch Unterkapitel 8.2.3.4).

Weiters würden im Zuge der Einholung von Referenzbestätigungen nach einem abgeschlossenen Auftrag höhere als die tatsächlich geleisteten Einsatzzeiten des im Projekt eingesetzten Personals von Ingenieurbüros vorgelegt.

- Angeben von Referenzprojekten in Teilnahmeanträgen/Angeboten, deren Beauftragung oder Fertigstellung nicht in den vom Auftraggeber vorgegebenen Zeitraum falle oder deren Auftragssumme unter der geforderten liege, in der Hoffnung, dass dies bei der Angebotsprüfung nicht auffalle.
- Nennen von (hoch punktenden) Schlüsselpersonen in Teilnahmeanträgen/Angeboten, obwohl klar sei, dass diese nur kurzzeitig oder gar nicht in Projekten eingesetzt würden:

Da wird immer das Gleiche gemacht. [Alle haben] nur begrenzte Ressourcen und von diesen Ressourcen (...) kommen [für] die meisten Ausschreibungen immer nur

⁶¹⁶ Interviewpartner Nr 20, Rz 20 und 62.

[ein paar wenige] Leute in Frage. (...) Die werden aber schon auf anderen Projekten [eingesetzt]. Natürlich werden die dann wieder [in das Angebot] hineingeschrieben (...) und der stellvertretende Projektleiter ist eigentlich derjenige, der das Projekt am Ende macht. (...) Dann muss man ein Stück weit auf die Kulanz des Auftraggebers hoffen, [dass] nicht noch einmal alle Eignungskriterien durch[gecheckt werden] vom Schlüsselpersonal von damals, ob er die tatsächlich erfüllt, sondern er muss sich (...) so weit und so perfekt eingearbeitet haben, dass der Auftraggeber [seine Qualifikation] nicht mehr in Frage stellt.⁶¹⁷

Der Einsatz einer jüngeren, weniger erfahrenen Person, die einen Großteil der Arbeiten der im Teilnahmeantrag/im Angebot genannten Schlüsselperson übernehme, erlaube die Abgabe eines günstigeren Angebotspreises. Dh es werde mitunter mit einem Mischstundensatz kalkuliert, der sich aus dem Stundensatz der teuren, bewertungsrelevanten Schlüsselperson und jenem der günstigeren Ersatzperson ergebe, obwohl die Ausschreibung einen 100%igen Einsatz der Schlüsselperson vorsehe. Eine solche Aufteilung sei etwa bei einer PS- oder BK-Leistung möglich, da der Auftraggeber hierbei nicht feststellen könne, wie viel eine Person tatsächlich am Projekt arbeite.

Die Komplexität und die hohen Anforderungen an Schlüsselpersonen in Ausschreibungen veranlasse Bewerber/Bieter/Auftragnehmer zur Ergreifung einiger der zuvor genannten umstrittenen Maßnahmen.

8.3 Expertenwissen im Vergleich

Nachfolgend werden die bedeutendsten Aussagen der befragten Experten der drei Stakeholdergruppen (Auftraggeber, bauausführende Unternehmen, Ingenieurkonsulenten) gekürzt wiedergegeben und verglichen.⁶¹⁸

Hingewiesen wird an dieser Stelle nochmals darauf, dass die befragten Ingenieurkonsulenten eine Doppelrolle einnehmen: Sie berichten sowohl aus Bewerber-/Bietersicht als auch aus Berater-Konsulentensicht. Wie zuvor, sind Textpassagen aus Berater-/Konsulentensicht durch graue Hinterlegung gekennzeichnet.

Eine tabellarische Gegenüberstellung, in der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Gruppen rasch erfasst werden können, bildet den Abschluss dieses Kapitels.

⁶¹⁷ Interviewpartner Nr 2, Rz 52.

⁶¹⁸ Von einer neuerlichen Erwähnung und einem Vergleich ausgenommen sind die Inhalte der Kapitel 8.2.1.3, 8.2.1.8 und 8.2.1.11, da sie lediglich bei einer Stakeholdergruppe, den Auftraggebern, vorkommen.

Bestbieterprinzip als Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping

Die Auftraggeber vertreten fast ausnahmslos die Ansicht, dass das verpflichtende Bestbieterprinzip für öffentliche Bauaufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio € keine wirksame Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping darstelle. Ein häufig genanntes Argument lautet, dass der Preisdruck für Bieter durch Qualitätskriterien nicht reduziert werde. Begründet wird dies etwa damit, dass die Erfüllung solcher Kriterien mit Kosten verbunden sei oder die nicht erfüllbaren Kriterien durch einen günstigen Angebotspreis kompensiert würden. Andere Auftraggeber meinen, dass Lohn- und Sozialdumping trotz auskömmlicher Preise stattfinden könne. Mitunter wird Kritik an jenen Auftraggeberkollegen geübt, die das Bestbieterprinzip nicht so anwenden würden, wie es für einen maßgeblichen Effekt auf Lohn- und Sozialdumping vielleicht erforderlich wäre (Stichwort „Feigenblattkriterien“). Sollten die Fälle von Lohn- und Sozialdumping in den vergangenen Jahren tatsächlich zurückgegangen sein, so sei dies auf andere Maßnahmen, wie zB eine intensive vertiefte Angebotsprüfung und Baustellenkontrollen durch Prüfinstanzen, zurückzuführen. (Unterkapitel 8.2.1.1)

Die meisten Vertreter der bauausführenden Unternehmen teilen die bei den Auftraggebern vorherrschende Meinung, dass es sich beim Bestbieterprinzip um eine wirkungslose Maßnahme zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping handle. Hervorgehoben wird vor allem die derzeitige Handhabung des Bestbietersystems. Durch gering gewichtete und/oder wenig anspruchsvolle preisfremde Zuschlagskriterien könnten unseriöse Unternehmen zum Zug kommen. Eine (Zusage zur) Erfüllung der Qualitätskriterien bedeute außerdem nicht, dass ein Unternehmen oder dessen Subunternehmer in der Ausführung nicht Lohn- und Sozialdumping betreiben würden. Die Vertreter der bauausführenden Unternehmen weisen ebenso wie die Auftraggeber auf andere, effektivere Bekämpfungsmaßnahmen hin, wie etwa die regelmäßige Kontrolle der eigenen Subunternehmer. (Unterkapitel 8.2.2.1)

So wie die Mehrheit der anderen beiden Stakeholdergruppen können die Ingenieurkonsulenten keinen Einfluss des verpflichtenden Bestbieterprinzips auf Lohn- und Sozialdumping erkennen. Sie kritisieren ebenfalls die Umsetzung des Bestbieterprinzips. Dadurch, dass kein preislicher Spielraum durch die Kriterien geschaffen werde, seien Unternehmen dazu genötigt, Leistungsteile an Subunternehmer weiterzugeben. So könne Lohn- und Sozialdumping begünstigt werden. Andere Ingenieurkonsulenten behaupten, dass selbst bei auskömmlichen Preisen und der Verwendung höher gewichteter, personenbezogener Qualitätskriterien die Gefahr des Lohn- und Sozialdumpings bestehe. Einmal mehr werden andere Maßnahmen erwähnt, die sich in der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung bewährt hätten. (Unterkapitel 8.2.3.1)

Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien/Umsetzung des Bestbieterprinzips

Die Gestaltung von Qualitätskriterien für reine Bauleistungen stelle einige Auftraggeber vor Herausforderungen. Diese sehen die Anwendung des Bestbieterprinzips in Bauausschreibungen

kritisch. Begründet wird dies unter anderem mit dem zusätzlichen Aufwand durch solche Kriterien, dem begrenzten Optimierungspotenzial der Projekte sowie dem Ziel einer möglichst wirtschaftlichen Vergabe. Häufig werde auf langjährig erprobte, transparente, einfach zu bewertende Zuschlagskriterien zurückgegriffen (zB Verlängerung der Gewährleistungsfrist, Verkürzung der Bauzeit), die zudem gering gewichtet seien. Die Einführung einer verpflichtenden Mindestgewichtung für Qualitätskriterien in Bauausschreibungen wird mehrheitlich abgelehnt. Für baunahe Dienstleistungen falle die Festlegung und Gewichtung von Qualitätskriterien, insbesondere hinsichtlich personenbezogener Kriterien, durchwegs leicht und das Preiskriterium habe ein untergeordnetes Gewicht. Dies liege zB daran, dass die Qualität von Dienstleistungen meist nicht ausreichend beschrieben werden könne und in preisfremden Kriterien ein Steuerungsinstrument für eine qualitätsvolle Leistung gesehen werde. (Unterkapitel 8.2.1.2)

Das Bestbieterprinzip bei Bauleistungen werde laut den Vertretern der bauausführenden Unternehmen meist nicht gelebt. Mit den üblicherweise herangezogenen preisfremden Zuschlagskriterien würden Auftraggeber lediglich versuchen, dem BVergG Genüge zu tun. Kritisiert wird die Verwendung von Feigenblattkriterien sowie Kriterien, die für die Erbringung einer qualitätvollen Leistung kontraproduktiv seien. Vertraglich festgelegte Pönalen für Verstöße gegen Zusagen zur Erfüllung von Zuschlagskriterien ständen mitunter nicht in Relation zum wirtschaftlichen Vorteil, den ein Bieter durch die Erfüllungszusage erlangen könne. Die bauausführenden Unternehmen lehnen die Einführung einer gesetzlich verpflichtenden Mindestgewichtung preisfremder Zuschlagskriterien ab. Eine individuelle Abstimmung der Gewichtung auf den jeweiligen Auftrag sei erforderlich und die Kriterien selbst müssten eine Spreizung der Angebote ermöglichen. Zuschlagskriterien zu Gesundheits-, Sicherheits- und Umweltaspekten sowie die Einführung eines Unterepreiskriteriums werden befürwortet. (Unterkapitel 8.2.2.2)

Laut den Ingenieurkonsulenten zähle für die meisten öffentlichen Auftraggeber bei Bauaufträgen trotz der geltenden Bestbieterregelung das billigste Angebot. Dies spiegle sich in den herangezogenen preisfremden Zuschlagskriterien wider. In Dienstleistungsausschreibungen werde zwar auf Qualitätskriterien Wert gelegt, Bieter mit einem niedrigen Angebotspreis würden bei subjektiv zu bewertenden Kriterien (zB Hearings) jedoch tendenziell besser bepunktet, als Bieter mit einem höheren Preis. Vergabekriterien in Dienstleistungsausschreibungen seien manchmal auf bestimmte, vom Auftraggeber präferierte Bieter zugeschnitten. Auch die Ingenieurkonsulenten stehen der Einführung einer verpflichtenden Mindestgewichtung preisfremder Zuschlagskriterien aufgrund der Einzigartigkeit eines jeden Projekts eher ablehnend gegenüber. Um die Chance auf eine qualitativ bessere Leistung zu erhöhen, könne ein Unterepreiskriterium in Ausschreibungen vorgesehen werden. (Unterkapitel 8.2.3.2)

Relevanz personenbezogener Vergabekriterien

Vergabekriterien, die Schlüsselpersonen betreffen, hätten in den Dienstleistungsausschreibungen der Auftraggeber einen so hohen Stellenwert, dass sie manchmal sowohl in der ersten Stufe (als Eignungs- und Auswahlkriterien) als auch in der zweiten Stufe (als Zuschlagskriterien) vorkämen. Ob und in welchem Ausmaß Schlüsselpersonalkriterien in Bauausschreibungen herangezogen würden, sei projektabhängig. Je anspruchsvoller und sensibler ein Bauvorhaben, desto mehr Wert werde auf Schlüsselpersonen mit (Projekt)Erfahrung gelegt. Personenbezogene soziale Vergabekriterien würden von einigen wenigen Auftraggebern regelmäßig in Ausschreibungen verwendet. (Unterkapitel 8.2.1.4)

Laut den Experten der bauausführenden Unternehmen habe der Stellenwert personenbezogener Vergabekriterien in Bauausschreibungen in den letzten Jahren tendenziell zugenommen. Die Kriterien beträfen einerseits das Schlüsselpersonal und andererseits die Baustellenmannschaft des Bewerbers/Bieters, wobei hierbei weiters zwischen sozialen Kriterien und Kriterien zur Qualifikation der Mannschaft unterschieden werden könne. (Unterkapitel 8.2.2.3)

Den Ingenieurkonsulenten zufolge hätten Schlüsselpersonalkriterien in Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen in den vergangenen Jahren überhandgenommen. Neben dem Leitungspersonal müsse das ergänzende Schlüsselpersonal immer höhere Anforderungen erfüllen. Der Mehrheit der Konsulenten seien bereits soziale Vergabekriterien untergekommen.

Die Ingenieurkonsulenten raten bei der Anwendung von Vergabekriterien zum Schlüsselpersonal zur Vorsicht, da Personalausfälle in der Praxis immer wieder vorkämen. Zudem sei eine bestimmte Schlüsselperson kein Garant für eine erfolgreiche Projektabwicklung. (Unterkapitel 8.2.3.3)

Herausforderungen für Bewerber/Bieter

Die Auftraggeber erten Herausforderungen durch personenbezogene Vergabekriterien für Bewerber/Bieter in der Schlüsselpersonalbindung. Durch die Beteiligung an mehreren Vergabeverfahren stehe eine im Teilnahmeantrag/im Angebot genannte Schlüsselperson bei Auftragserteilung möglicherweise nicht mehr zur Verfügung. Weiters haben die Auftraggeber den Eindruck, dass sich der Referenzerwerb für Mitarbeiter in Ingenieurbüros, die noch über keine Projektreferenzen verfügen würden, schwierig gestalte. Die Anzahl der einlangenden Angebote für Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen habe in den vergangenen Jahren tendenziell etwas abgenommen. Dies liege allerdings nicht an zu hohen oder zu komplexen Anforderungen in personenbezogenen Vergabekriterien, sondern daran, dass Unternehmen konjunkturbedingt an ihre Kapazitätsgrenzen gestoßen seien. (Unterkapitel 8.2.1.5)

Die Vertreter der bauausführenden Unternehmen erwähnen nachfolgende Herausforderungen im Zusammenhang mit personenbezogenen Vergabekriterien: Schwierigkeiten in der Disposition des Schlüsselpersonals und Gefahr der Nichtverfügbarkeit von Schlüsselpersonen inkl drohenden

Pönalen, administrativer Aufwand bei der Führung von Datenbanken zum Schlüsselpersonal, Subjektivität bei der Festlegung und Bewertung der Schlüsselpersonalanforderungen, überschießende und praxisferne personenbezogene Vergabekriterien in Ausschreibungen minderer Qualität, Aufwand beim Nachweis zugesagter Quoten (zB ältere Arbeitnehmer in der Bauausführung), erschwerte Einsatzmöglichkeit für junges, weniger erfahrenes Personal, mitunter schwieriger Erwerb von persönlichen Referenzen, Risiko der Nichtanerkennung von In-House-Schulungen und -Ausbildungen durch den Auftraggeber. (Unterkapitel 8.2.2.4)

Die von den Ingenieurkonsulenten genannten Herausforderungen gleichen teilweise jenen der bauausführenden Unternehmen (Schlüsselpersonaldisposition, Subjektivität, erschwerte Einsatzmöglichkeit für Jüngere, schwieriger Referenzerwerb⁶¹⁹, Nichtanerkennung von In-House-Schulungen und -Ausbildungen). Weiters erwähnt werden enorme Anforderungen an Schlüsselpersonen, der Mehraufwand bei Angebotsbearbeitungen, die Schaffung von Abhängigkeiten und die Gefahr der Abwerbung qualifizierter Mitarbeiter. (Unterkapitel 8.2.3.4)

Personalbedarf, Personalbeschaffung und Personalbindung

Aufgrund der derzeitigen positiven Auftragslage bestehe in den bauausführenden Unternehmen einiger Befragter grundsätzlich Bedarf an weiteren Mitarbeitern. Die Suche nach qualifiziertem Personal erfolge jedoch überwiegend nicht mit dem Fokus auf bestimmte personenbezogene Vergabekriterien. Die Personalakquisition am Arbeitsmarkt gestalte sich bereits seit einigen Jahren schwierig, weshalb Personalentwicklung einen hohen Stellenwert in den Unternehmen einnehme. Kontakt zu technischen (Hoch)Schulen und ein breit gefächertes Internetauftritt seien für die Mitarbeitergewinnung hilfreich. Bei unerwarteten Schlüsselpersonalausfällen in laufenden Projekten bestehe manchmal die Möglichkeit, sich mit dem Auftraggeber zu arrangieren und jemanden mit geringerer Qualifikation einzusetzen. Die Personalbindung könne zB durch Work-Life-Balance, Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten, Aufstiegschancen im Unternehmen und ein gutes Betriebsklima erhöht werden. Konkurrenzkláuseln in Arbeitsverträgen seien unüblich. Manche Unternehmen hätten untereinander allerdings die Vereinbarung getroffen, sich gegenseitig keine Schlüsselpersonen in gehobenen Positionen abzuwerben. (Unterkapitel 8.2.2.4)

Im Dienstleistungsbereich gestalte sich die Akquisition von qualifiziertem Personal derzeit derart schwierig, dass Ansprüche an potenzielle Mitarbeiter reduziert werden müssten. Referenzträger mit langjähriger Erfahrung seien nicht frei am Arbeitsmarkt verfügbar und könnten, wenn überhaupt, nur mittels lukrativer Angebote aus bestehenden Arbeitsverhältnissen herausgelöst werden. Wie in den bauausführenden Unternehmen werde auch in den Ingenieurbüros auf Personalentwicklung gesetzt (beliebteste Personalbeschaffungsmaßnahme). Weiters sei die Umsetzung von Personalbindungsmaßnahmen essenziell. In den Verträgen des Leitungspersonals

⁶¹⁹ Im Zuge der Interviews entstand der Eindruck, dass der Erwerb von persönlichen Referenzen für Schlüsselpersonen in Ingenieurbüros ein größeres Problem darstellt, als dies für Schlüsselpersonen in bauausführenden Unternehmen der Fall ist.

seien Konkurrenzklauseln und längere Kündigungsfristen enthalten. Für die wertvollsten Schlüsselkräfte bestehe die Möglichkeit auf Leistungsprämien oder Unternehmensbeteiligung.

Im Falle, dass eine im Vergabeverfahren genannte Schlüsselperson während der Projektabwicklung unerwartet und unbeabsichtigt ausscheide, würden Auftraggeber vom vergabe- und vertragsrechtlichen Erfordernis der Gleichwertigkeit der Ersatzperson häufig abrücken. Die Ziehung von Vertragsstrafen oder gar die Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Unternehmen aufgrund eines solchen Ausfalls sei nicht praktikabel. (Unterkapitel 8.2.3.5)

Haltung zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien

Nach Ansicht einiger weniger Auftraggeber hätten sozialpolitische Belange in öffentlichen Ausschreibungen ihre Berechtigung und Bewerber/Bieter würden durch personenbezogene soziale Vergabekriterien dazu motiviert, verstärkt soziale Aspekte in ihren Unternehmen zu berücksichtigen. Die Mehrheit sieht diese Thematik im Vergaberecht allerdings schlecht aufgehoben, etwa, weil dem damit verbundenen Aufwand wenig Nutzen gegenüberstehe oder ein Mangel an bestimmten Personengruppen, wie Lehrlingen, bestehe. (Unterkapitel 8.2.1.6)

Die bauausführenden Unternehmen zeigen sich daran interessiert, von den im BVerG genannten förderungswürdigen Personengruppen Frauen, Lehrlinge und ältere Arbeitnehmer zu beschäftigen. Dieses Interesse sei jedoch unabhängig von etwaigen personenbezogenen sozialen Vergabekriterien. Die Experten stehen solchen Kriterien aus unterschiedlichen Gründen ablehnend gegenüber und verweisen unter anderem auf deren mangelnde Wirksamkeit, aufwändige Dokumentation und Lehrlingsmangel. (Unterkapitel 8.2.2.6)

Die Ingenieurkonsulenten zeigen sich gegenüber personenbezogenen sozialen Vergabekriterien teilweise skeptisch. Auch einige aus dieser Stakeholdergruppe beschreiben solche Kriterien als wirkungslose Förderungsmaßnahme. Erwähnt wird weiters, dass es unsinnig sei, Quoten zu Personengruppen abzufragen, die im Dienstleistungsbereich kaum vorkämen (zB Lehrlinge).

Die Einsetzbarkeit von Lehrlingen auf Baustellen sei häufig begrenzt, weshalb die Sinnhaftigkeit eines Lehrlingskriteriums in Bauausschreibungen in Frage zu stellen sei. (Unterkapitel 8.2.3.6)

Umgang mit Verstößen/Kontrolle der Erfüllung zugesagter Quoten

Bisher seien nur einer geringen Anzahl von Befragten auf Auftraggeberseite Verstöße gegen die Pflicht zum Einsatz von Baustellenpersonal, das als soziales Zuschlagskriterium in der Ausschreibung abgefragt und dessen Erfüllung vom Bieter zugesagt worden sei, untergekommen.⁶²⁰ Der Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer müsse Bestimmungen zu Kontrollmechanismen (Ablauf und Häufigkeit von Kontrollen auf Einhaltung)

⁶²⁰ Zu bedenken ist hierbei jedoch die Tatsache, dass nur wenige Befragte solche Kriterien anwenden.

sowie eine Pönalregelung für den Fall enthalten, dass die im Rahmen des Vergabeverfahrens versprochenen Personen in der Ausführung nicht eingesetzt werden. (Unterkapitel 8.2.1.7)

Die Vertreter der bauausführenden Unternehmen geben an, dass Verträge die Verpflichtung enthielten, Aufzeichnungen über Baustellenpersonal zu führen, dessen Einsatz im Angebot zugesagt und vom Auftraggeber bewertet worden sei. Meist sei die ÖBA mit der Überprüfung dieser Aufzeichnungen und der tatsächlichen Anwesenheit der jeweiligen Personen vor Ort betraut. Solche Kontrollen würden überwiegend gewissenhaft durchgeführt. Bei reibungslos ablaufenden Projekten käme es allerdings manchmal vor, dass nicht erreichte Quoten oder eine mangelhafte Dokumentation von der ÖBA weniger streng gesehen würden. (Unterkapitel 8.2.2.7)

In baunahen Dienstleistungsausschreibungen würden Quoten für bestimmte Personengruppen im Unternehmen meist als Auswahlkriterium abgefragt. Nachweise für die Erfüllung würden üblicherweise mittels Personallisten erbracht, die ein Geschäftsführer unterfertigen müsse.

Interviewpartner mit Erfahrung als ÖBA geben zu, dass die Kontrolle der Einhaltung zugesagter Quoten in der Bauausführung (zB Lehrlinge) auf größeren Baustellen schwierig und nicht lückenlos möglich sei. (Unterkapitel 8.2.3.7)

Austausch von Schlüsselpersonal/Erwerb persönlicher Referenzen

Den Auftraggebern zufolge seien die Gründe für einen Austausch von Schlüsselpersonal nicht auf unvorhersehbare Fälle, wie zB Kündigung oder Krankheit beschränkt, sondern auch beabsichtigte Personalwechsel kämen vor, um zB einem jüngeren Mitarbeiter die Sammlung von Projekterfahrung und den Erwerb persönlicher Referenzen zu ermöglichen. Der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer müsse jedenfalls Regelungen zum Austausch von Schlüsselpersonal enthalten. Einige wenige Experten geben allerdings zu, dass die vertraglichen Regelungen in der Praxis nicht immer strikt gelebt würden. (Unterkapitel 8.2.1.9)

Über Mitarbeiter zu verfügen, die persönliche Referenzprojekte vorweisen könnten, spiele für die Wettbewerbsfähigkeit der bauausführenden Unternehmen eine wichtige Rolle. Der Erwerb von Referenzen könne sich für jemanden, der noch über keine Referenzen für eine bestimmte Schlüsselposition verfüge, allerdings schwierig gestalten. Mitunter müsse eine vertragsrechtlich unzulässige Möglichkeit zum Referenzerwerb ergriffen werden und auf die Kulanz des Auftraggebers gehofft werden. (Unterkapitel 8.2.2.8)

Da Dienstleistungsausschreibungen zumeist für alle für die Leistungserbringung vorgesehenen Schlüsselpersonen den Nachweis persönlicher Referenzen verlangen würden, sei ein laufender Referenzerwerb essenziell. Üblicherweise könne sich nur jemand, der bereits über Referenzen für eine bestimmte Position verfüge, in einem Vergabeverfahren für die jeweilige Position bewerben. Auch die Ingenieurkonsulenten merken an, dass Personen mit unzureichenden oder gänzlich ohne Referenznachweise oftmals nur durch vertragsrechtlich unzulässige Methoden an Referenzen kämen. (Unterkapitel 8.2.3.8)

Grenzen des Interpretationsspielraumes/Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit

Den Auftraggebern sei bewusst, dass Bewerber/Bieter Ungenauigkeiten in verlangten Nachweisen für das Schlüsselpersonal ausnutzen würden, da sie dazu bestrebt seien, auf dem Markt zu bestehen. Grenzen des Interpretationsspielraumes in Ausschreibungen würden äußerst selten, aber doch von Bewerbern/Bietern überschritten (zB mittels inkorrektur Angaben zu persönlichen Referenzprojekten). Berichtet wird von Fällen, in denen Schlüsselpersonen lediglich zum Zwecke des Erzielens hoher Punkte in Vergabeverfahren genannt worden seien, ohne bei Auftragserteilung tatsächlich zur Verfügung zu stehen. (Unterkapitel 8.2.1.10)

Laut den Experten der bauausführenden Unternehmen seien nachfolgende Maßnahmen und Vorgehensweisen hinsichtlich einer Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien und einer Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit wirksam: Ausnutzung des Interpretationsspielraumes in Vergabekriterien, Umsetzung diverser Personalrekrutierungs- und -bindungsmaßnahmen sowie Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen, Hinzuziehung strategischer Partner, Führung von Mitarbeiterdatenbanken (Übersicht über Referenzen, Schulungsbestätigungen etc), Referenzteilung, Nennung von (hoch punktenden) Schlüsselpersonen in Teilnahmeanträgen/Angeboten, die wissentlich während der Vertragsabwicklung nicht verfügbar sein würden, Analyse verlorener Vergabeverfahren. (Unterkapitel 8.2.2.9)

Die von den Ingenieurkonsulenten genannten Maßnahmen und Vorgehensweisen decken sich weitestgehend mit jenen der bauausführenden Unternehmen (Ausnutzung des Interpretationsspielraumes, Personalrekrutierungs- und -bindungsmaßnahmen, Aus-, Fort- und Weiterbildung, Hinzuziehung strategischer Partner, Führung von Übersichten zu Mitarbeitern, Referenzteilung, Nennung nicht verfügbarer Schlüsselpersonen). Zur Referenzteilung wird ergänzt, dass diese unter anderem durch die inkorrekte Angabe von Personaleinsatzzeiten erreicht werde. Zugegeben wird weiters, dass beim Nachweis von Referenzprojekten inkorrekte Angaben bei den Projektinformationen gemacht würden. Um Referenzen für Spezialbauwerke gäbe es seitens einiger Ingenieurbüros ein besonderes Bemühen (Unterkapitel 8.2.3.9)

Tabelle 8.4 enthält wesentliche Aussagen zu einigen zuvor behandelten Themen. Um die Einstellung der Stakeholdergruppen zu diesen Aussagen anschaulich gegenüberstellen zu können, wird eine Skala mit den Antwortmöglichkeiten „trifft völlig zu“, „trifft überwiegend zu“, „teils/teils“, „trifft überwiegend nicht zu“, „trifft gar nicht zu“ herangezogen. Grau schraffierte Flächen bedeuten, dass diese Aussage eine bestimmte Stakeholdergruppe entweder nicht betrifft oder zu wenige Daten der Stakeholdergruppe zu dieser Aussage vorliegen, um eine Einschätzung auf der Skala vornehmen zu können.

Tabelle 8.4: Expertenwissen im Vergleich anhand ausgewählter Aussagen

	Öffentliche Auftraggeber					Bauausführende Unternehmen					Ingenieurkonsulenten				
	trifft völlig zu	trifft überwiegend zu	teils/teils	trifft überwiegend nicht zu	trifft gar nicht zu	trifft völlig zu	trifft überwiegend zu	teils/teils	trifft überwiegend nicht zu	trifft gar nicht zu	trifft völlig zu	trifft überwiegend zu	teils/teils	trifft überwiegend nicht zu	trifft gar nicht zu
Aussagen				✓					✓						✓
Das Bestbieterprinzip (in seiner derzeitigen Anwendungsform) ist eine wirksame Maßnahme zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen.				✓					✓						✓
Bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge hat ein günstiger Angebotspreis für Auftraggeber oberste Priorität.		✓				✓					✓				
Bei der Vergabe öffentlicher baunaher Dienstleistungsaufträge ist ein günstiger Angebotspreis für den Auftraggeber wesentlich.				✓								✓			
Personenbezogene Vergabekriterien nehmen einen hohen Stellenwert in öffentlichen Bauausschreibungen ein.			✓					✓				✓			
Personenbezogene Vergabekriterien nehmen einen hohen Stellenwert in öffentlichen Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen ein.	✓										✓				
Die Auswahl, die Gewichtung und die Bewertung von personenbezogenen Zuschlagskriterien erfolgen nach subjektiven Präferenzen des Auftraggebers.		✓									✓				
In öffentlichen Dienstleistungsausschreibungen haben Vergabekriterien, in denen hohe Anforderungen an das Schlüsselpersonal gestellt werden, ihre Berechtigung, da dieses Personal maßgeblich zu einer qualitätsvollen Leistung beiträgt.	✓											✓			
Personenbezogene Vergabekriterien stellen Bewerber/Bieter vor Herausforderungen.			✓					✓				✓			
Die von Unternehmen betriebene Personalsuche auf dem Arbeitsmarkt ist von personenbezogenen Vergabekriterien abhängig.									✓				✓		
Personenbezogene soziale Vergabekriterien sollen in öffentlichen Ausschreibungen berücksichtigt werden.				✓					✓			✓			
Durch personenbezogene soziale Vergabekriterien kommt es zu einer Förderung von Personengruppen, die auf dem Arbeitsmarkt einen schwierigen Stand haben.				✓					✓				✓		
Die Einhaltung vertraglicher Regelungen zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien wird von Auftraggebern bzw deren Vertretern streng kontrolliert und etwaige Verstöße werden geahndet.							✓					✓			
Eine im Teilnahmeantrag/Angebot genannte Schlüsselperson unterscheidet sich oftmals von der mit der Leistung tatsächlich betrauten Schlüsselperson.				✓				✓				✓			
Personenbezogene Vergabekriterien bewegen Bewerber/Bieter zu unredlichen Praktiken.				✓				✓				✓			

9 Schlussbetrachtung

In diesem Kapitel wird zunächst der Inhalt der vorangegangenen Kapitel kompakt wiedergegeben (Unterkapitel 9.1). Anschließend werden die in der Einleitung gestellten Forschungsfragen beantwortet (Unterkapitel 9.2). Nach einer abschließenden kritischen Analyse der Erkenntnisse und der Anführung von Handlungsempfehlungen (Unterkapitel 9.3) wird schlussendlich der weitere Forschungsbedarf im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Dissertationsthema erörtert (Unterkapitel 9.4).

9.1 Zusammenfassung

In der vorliegenden Dissertation wurden die Inhalte der Kapitel 2 bis 7 auf Grundlage von Fachliteratur, Gesetzen (insbesondere BVerG 2018), Gesetzesmaterialien, Judikatur und statistischen Daten erarbeitet.

In Kapitel 2 werden elementare Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe thematisiert, um ein Verständnis für die nachfolgenden Kapitel zu generieren. Beschrieben wird, wie sich das Vergaberecht in Österreich über die Jahre entwickelte, welche Grundsätze bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten sind und welchen Zweck Vergabekriterien erfüllen. Das Kapitel schließt mit den Anforderungen, denen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien – sohin auch personenbezogene Vergabekriterien – genügen müssen sowie einer Erläuterung, wie die jeweiligen Kriterienarten voneinander abgegrenzt werden. Die Abgrenzungsproblematik war in der Vergangenheit in der Literatur und Judikatur ein vieldiskutiertes Thema.

Kapitel 3 widmet sich dem Bestbieterprinzip und den für die Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zum Einsatz kommenden Zuschlagskriterien. Gezeigt wird der Einfluss, den europarechtliche Vergabe-RL bisher auf innerstaatliche Regelungen zum Bestbieterprinzip hatten und dass die BVerG-Novelle 2015/16 der Anwendung dieses Zuschlagsprinzips bei öffentlichen Bauaufträgen in Österreich zu einem Aufschwung verhalf. Die Nutzwertanalyse stellt die im Vergaberecht angewandte Methode dar, um auf Basis mehrerer unterschiedlicher Ziele des Auftraggebers den Bestbieter zu ermitteln. Die einzelnen Schritte der Nutzwertanalyse, dh die Festlegung und Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie die Bewertung von Bieterangaben, werden eingehend erklärt und anhand von Beispielen demonstriert. Aufgezeigt wird, dass mit der Nutzwertanalyse einige Herausforderungen verbunden sind, wie etwa der Umgang mit qualitativen, nicht messbaren Zuschlagskriterien.

Mit dem verpflichtenden Bestbieterprinzip bzw anspruchsvollen Zuschlagskriterien, wie es personenbezogene Kriterien sein können, wird mitunter darauf abgezielt, Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen zu bekämpfen. Den Befürwortern des Bestbieterprinzips standen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der BVerG-Novelle 2015/16 auch kritische Stimmen entgegen, die mit der Gesetzesänderung mehr Nach- als Vorteile für die

Abwicklung der Vergabeverfahren und die an den Verfahren Beteiligten sahen. Die am Ende des Kapitels 4 angeführten Statistiken geben Aufschluss über die Entwicklung der Lohn- und Sozialdumpingfälle auf Österreichs Baustellen in jüngster Vergangenheit. Speziell für öffentliche Aufträge sind die verfügbaren Daten allerdings lückenhaft, weshalb weitere Erhebungen erforderlich sind, um einen etwaigen Rückgang der Verstöße und einen Zusammenhang mit dem Bestbieterprinzip feststellen zu können.

Während der primäre Zweck der öffentlichen Auftragsvergabe in der Beschaffung von Leistungen besteht, welche die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, dient sie auch als Steuerungsinstrument zur Verfolgung sozialpolitischer Ziele. Letztgenannte Thematik gewann in den vergangenen Jahren zunehmend an Wichtigkeit. Die Heranziehung personenbezogener sozialer Vergabekriterien in öffentlichen Ausschreibungen stellt eine der Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange dar. Die in Kapitel 5 angeführten statistischen Daten zum Bauarbeitsmarkt lassen den Handlungsbedarf in Bezug auf die Beschäftigung bestimmter Personengruppen (zB Lehrlinge) erkennen.

Um die Qualität der Leistung zu verbessern, setzen öffentliche Auftraggeber in ihren Ausschreibungen häufig auf Vergabekriterien, die das mit der Leistung betraute Personal betreffen. Wie in Kapitel 6 erläutert, hatten einige gerichtliche Entscheidungen, wie etwa jene in den Fällen Lianakis und Ambisig, Einfluss darauf, welche Qualifikationsnachweise in welcher Vergabestufe von Bewerbern/Bietern für ihre Schlüsselpersonen verlangt werden dürfen.

Da die Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien die Verfügbarkeit bestimmter Personen in bauausführenden Unternehmen und Ingenieurbüros bedingt, wird dem Personalmanagement ein eigenes Kapitel in dieser Arbeit gewidmet. Maßnahmen der Personalbeschaffung und Personalbindung sind vielfältig und insbesondere in Zeiten der Hochkonjunktur und des Fachkräftemangels unerlässlich. In solchen Zeiten muss zudem mit Abwerbungen durch andere Marktteilnehmer gerechnet werden. Ein Mitarbeiter kann sich seinem Unternehmen auf unterschiedliche Weise verbunden fühlen. Unterschieden werden die affektive, die kalkulative und die normative Verbundenheit sowie die Verbundenheit durch Zwang. Maßnahmen der Zwangsbindung, wie sie etwa in vielen Arbeitsverträgen gefunden werden können, werden durch gesetzliche Regelungen beschränkt.

Kapitel 8, dessen Inhalt auf Basis von 25 Experteninterviews erarbeitet wurde, gibt als praxisnahes Kapitel Aufschluss über die Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien aus Sicht der drei Stakeholdergruppen öffentliche Auftraggeber, bauausführende Unternehmen und Ingenieurkonsulenten. Den meisten Expertenaussagen nach zu urteilen, ist das verpflichtende Bestbieterprinzip (in seiner derzeitigen Anwendungsform) als unwirksam in der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung zu qualifizieren. Dass es durch personenbezogene soziale Vergabekriterien zu einer Förderung von Personengruppen kommt, die auf dem Bauarbeitsmarkt einen schwierigen Stand haben, wird von den Befragten überwiegend angezweifelt.

Personenbezogene Vergabekriterien bringen für Bewerber/Bieter zahlreiche Herausforderungen mit sich, denen manchmal sogar mit unredlichen Praktiken begegnet wird, um Aufträge zu erlangen.

9.2 Beantwortung der Forschungsfragen

Unter Berücksichtigung der gesammelten Informationen und gewonnenen Erkenntnisse werden nachfolgend die im einleitenden Kapitel gestellten Forschungsfragen beantwortet.

Forschungsfrage 1: Wie wirken sich personenbezogene Vergabekriterien in öffentlichen Bauausschreibungen und öffentlichen baunahen Dienstleistungsausschreibungen auf den österreichischen Bauarbeitsmarkt aus?

Für die Beantwortung dieser Forschungsfrage wird zunächst eine Trennung der personenbezogenen Vergabekriterien in zwei Kategorien vorgenommen: Soziale Kriterien und Kriterien, welche die Qualifikation des von Bewerbern/Bietern für die Leistungserbringung vorgesehenen Personals betreffen.

Zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien werden in der gegenständlichen Arbeit jene Kriterien gezählt, in denen auf die Beschäftigung oder den Projekteinsatz von Personen aus einer der nachfolgenden im BVergG erwähnten förderungswürdigen Gruppen Bezug genommen wird: Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge), Langzeitarbeitslose, Menschen mit Behinderung und ältere Arbeitnehmer.

Den Rechercheergebnissen zufolge ist davon auszugehen, dass **personenbezogene soziale Vergabekriterien kaum einen bis gar keinen Einfluss auf die Nachfrage nach Personen aus den genannten Gruppen** haben. Würden öffentliche Auftraggeber gänzlich auf solche Kriterien verzichten, so würden diese Personen wohl nicht weniger oft auf dem Arbeitsmarkt gesucht und von bauausführenden Unternehmen/Ingenieurbüros beschäftigt als dies derzeit der Fall ist. Die interviewten Experten begründen dies damit, dass Mitarbeiter grundsätzlich nach ihren Qualifikationen und Kompetenzen eingestellt würden oder – wie im Fall von gewerblichen Lehrlingen – ohnehin bereits dringend nach Mitarbeitern bestimmter Gruppen gesucht werde. Laut den Befragten werde nicht daran gedacht, dass die Beschäftigung einer Person mit einem bestimmten soziodemografischen Merkmal möglicherweise dafür hilfreich sein könnte, in einem Vergabeverfahren besser abzuschneiden. Die Motivation für soziales Engagement in Form der Beschäftigung von Personen aus den genannten Gruppen liege nicht in Vergabekriterien begründet.

Vorliegende Arbeitsmarktdaten für die ÖNACE Abschnitte F – Bau und M – Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen, Klasse 71.12 – Ingenieurbüros zeigen **überwiegend keine Erhöhung der Anteile an Beschäftigten mit bestimmten soziodemografischen Merkmalen in den vergangenen Jahren**. So ist etwa der

Frauenanteil in den genannten Wirtschaftsklassen seit 2009 (Beginn Betrachtungszeitraum) annähernd konstant geblieben. Bei den Lehrlingszahlen kann im Zeitraum 2009–2017 gar ein massiver Rückgang beobachtet werden.

Darüber, wie die Nachfragesituation aussähe, wenn personenbezogene soziale Vergabekriterien öffentliche Bauausschreibungen und öffentliche baunahe Dienstleistungsausschreibungen in Häufigkeit und Gewicht stärker dominieren würden, kann lediglich gemutmaßt werden. Bei den Personengruppen, die ohnehin nachgefragt sind – in bauausführenden Unternehmen sind dies Frauen, Lehrlinge und zT ältere Beschäftigte, in Ingenieurbüros Frauen und ältere Beschäftigte – wäre wohl keine Veränderung zu erwarten. Doch selbst bei Langzeitarbeitslosen, beeinträchtigten Menschen und Lehrlingen in Ingenieurbüros kann aufgrund der vorgebrachten Argumente, die einer Beschäftigung im Wege stehen (siehe Unterkapitel 8.2.2.6 und 8.2.3.6), nicht davon ausgegangen werden, dass eine stärkere Dominanz solcher Kriterien gravierende Auswirkungen auf die Beschäftigungslage hätte.

Zur zweiten der eingangs erwähnten Kategorien von personenbezogenen Vergabekriterien zählen Kriterien, welche die Qualifikation des einzusetzenden Schlüsselpersonals (bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen) und die Qualifikation der bei der Ausführung zum Einsatz kommenden Baustellenmannschaft (bei Bauaufträgen) betreffen.

Die Untersuchungsergebnisse zeigen, dass die **Nachfrage auf dem Bauarbeitsmarkt nach Mitarbeitern, die potenziell als Schlüsselpersonen in Frage kommen, überwiegend nicht von Vergabekriterien beeinflusst** ist. Kann eine Person ein bestimmtes Ausbildungsniveau nachweisen und verfügt sie über jahrelange Berufs- und Projekterfahrung, so nehmen Arbeitgeber an, dass sie einen Mehrwert für das bauausführende Unternehmen/das Ingenieurbüro bringt. Der Fokus liegt darauf, Mitarbeiter zu gewinnen, mit denen bestehende und künftige Projekte bestmöglich abgewickelt werden können und nicht darauf, ob die gesuchte Person ein bestimmtes Vergabekriterium erfüllen kann. Allerdings ist davon auszugehen, dass Arbeitnehmer, die von bauausführenden Unternehmen/Ingenieurbüros als (hoch)qualifiziert eingestuft werden, auch diverse Schlüsselpersonalkriterien erfüllen können.

Die interviewten Experten merken an, dass derzeit generell eine hohe Nachfrage nach (Schlüssel)Personal im Bauwesen bestehe und sich die Personalakquisition schwierig gestalte. Dafür machen sie hauptsächlich die positive konjunkturelle Situation in der Baubranche verantwortlich. Gesetzt den Fall, dass eine gut ausgebildete, beruflich erfahrene Person momentan auf Jobsuche wäre, würde diese auf dem Bauarbeitsmarkt rasch fündig werden, ja sogar aus mehreren attraktiven Stellenangeboten wählen können. Dass allerdings hochqualifiziertes Personal, das üblicherweise Schlüsselpositionen in Bau- und Dienstleistungsaufträgen besetzt, frei auf dem Bauarbeitsmarkt verfügbar ist, wird von den Befragten klar verneint.

Ein manchmal in Bauausschreibungen herangezogenes Zuschlagskriterium, das die Qualifikation der Baustellenmannschaft betrifft, ist der Anteil der in der Ausführung zum Einsatz kommenden Facharbeiter. Es kann aber **nicht davon ausgegangen werden, dass dieses Kriterium Einfluss auf die Nachfrage nach Facharbeitern auf dem Bauarbeitsmarkt** hat. Ähnlich wie dies bei Lehrlingen der Fall ist, wird eine sich bietende Chance, Facharbeiter zu akquirieren, von bauausführenden Unternehmen unabhängig davon ergriffen, ob Facharbeiter in Vergabekriterien eine Rolle spielen oder nicht.

Forschungsfrage 2: Wie wirken sich personenbezogene Vergabekriterien auf Bewerber/Bieter in Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge aus?

Zu dieser Forschungsfrage wurden in der Einleitung drei spezifische Unterfragen formuliert, die nachstehend getrennt voneinander beantwortet werden.

a) Welche Rolle spielen das bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio € verpflichtend anzuwendende Bestbieterprinzip und im Speziellen die potenziell zur Anwendung kommenden personenbezogenen Zuschlagskriterien bei der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping?

Zunächst muss auf zwei Aspekte hingewiesen werden, die für eine Beantwortung dieser Frage von Bedeutung sind: Zur Bekämpfung des Lohn- und Sozialdumpings bei (öffentlichen) Bauaufträgen wurden in den vergangenen Jahren mehrere Maßnahmen ergriffen (siehe Unterkapitel 4.5). Deshalb kann nur schwer beurteilt werden, ob gerade die seit 01.03.2016 bestehende Pflicht zum Bestbieterprinzip und die potenziell zur Anwendung kommenden personenbezogenen Zuschlagskriterien Einfluss auf das Auftreten von Lohn- und Sozialdumping haben. Hinzu kommt, dass sich aus dem statistischen Datenmaterial zum Lohn- und Sozialdumping im Bauwesen, das vom Kompetenzzentrum LSDB, von der FinPol und von der BUAK zur Verfügung gestellt wurde, keine Antwort auf obige Frage ableiten lässt (siehe Unterkapitel 4.6).

Für die Beantwortung werden daher die Aussagen der interviewten Experten herangezogen. Die Befragten vertreten nahezu durchwegs die Ansicht, dass das **verpflichtende Bestbieterprinzip** entweder aufgrund der derzeitigen Anwendungsform oder – unabhängig davon – generell **keine wirksame Maßnahme gegen Lohn- und Sozialdumping** darstelle.

Jene Experten, welche die fehlende Wirksamkeit des Bestbietersystems auf dessen derzeitige Umsetzung zurückführen, geben an, dass öffentliche Auftraggeber häufig sogenannte „Feigenblattkriterien“ als preisfremde Zuschlagskriterien heranziehen würden. Durch solche gering gewichteten und/oder einfach zu erfüllenden Kriterien – als Beispiele dafür werden typischerweise die Verlängerung der Gewährleistungsfrist oder die Verlängerung der Beweislastumkehr mit geringem Gewicht genannt – könnten unseriöse Unternehmen nach wie

vor an öffentliche Aufträge kommen. Laut besagten Experten hätten (anspruchsvolle) personenbezogene Zuschlagskriterien durchaus das Potenzial, zu einer Verringerung des Lohn- und Sozialdumpings bei öffentlichen Bauaufträgen beizutragen, wenn sie öfter und stärker gewichtet in Ausschreibungen vorkämen. Redliche, etablierte Unternehmen könnten nämlich den Wettbewerbsnachteil, der gegenüber der unseriösen Billigkonkurrenz bestehe, durch die Erfüllung solcher Kriterien ausgleichen und bei öffentlichen Aufträgen eher zum Zug kommen.

Jene interviewten Personen, die der Ansicht sind, dass das Bestbietersystem grundsätzlich – also selbst bei Heranziehung personenbezogener Zuschlagskriterien – kein taugliches Instrument zur Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung sei, bringen hierzu unterschiedliche Argumente vor:

Angegeben wird, dass ein Unternehmen, das illegale Praktiken verfolge, möglicherweise sehr wohl über die in den Zuschlagskriterien verlangten personellen Ressourcen verfüge und somit die Anforderungen erfüllen könne. In so einem Fall entschiede wiederum der günstigste Preis, den solche Unternehmen aufgrund des Lohn- und Sozialdumpings abgeben könnten, über den Zuschlag. Die Befragten ergänzen, dass allein aufgrund einer Zusage im Angebot, bestimmtes Personal in der Ausführung einzusetzen (zB Lehrlinge, ältere Arbeitnehmer), nicht der Schluss gezogen werden könne, dass in der Ausführung kein Lohn- und Sozialdumping betrieben wird.

Einige Experten sind der Überzeugung, dass der Preisdruck bei Bauvergaben, der häufig als Ursache dafür angegeben wird, dass Lohn- und Sozialdumping auf Baustellen überhaupt stattfindet, durch preisfremde Kriterien nicht reduziert werde. Begründet wird dies unter anderem damit, dass die Erfüllung solcher Kriterien genauso mit Kosten verbunden sei oder Unternehmen erst recht zu Dumpingpreisen anbieten würden, wenn sie die Qualitätskriterien nicht erfüllen.

Schließlich geben manche Interviewpartner zu bedenken, dass Lohn- und Sozialdumping trotz auskömmlicher Preise stattfinden könne. Sie gehen davon aus, dass ein Unternehmen, das grundsätzlich Lohn- und Sozialdumping betreibe, dies bei Aufträgen mit einem höheren Preisniveau nicht unterlassen werde.

b) Welche Herausforderungen für Bewerber/Bieter bringen personenbezogene Vergabekriterien in öffentlichen Bauausschreibungen und öffentlichen baunahen Dienstleistungsausschreibungen mit sich?

Einige Herausforderungen, vor die Bewerber/Bieter in Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge gestellt werden, ergeben sich im Zusammenhang mit Vergabekriterien, die das bei der Leistungserbringung einzusetzende Schlüsselpersonal betreffen.

Um den wirtschaftlichen Fortbestand zu sichern, stehen bauausführende Unternehmen/ Ingenieurbüros unter Druck, laufend Aufträge zu akquirieren. Wenngleich Bewerber/Bieter nur

dann an einem Vergabeverfahren teilnehmen bzw ein Angebot bearbeiten, wenn sie sich Chancen auf den Auftrag ausrechnen, so bleibt dennoch offen, für welche oder wie viele Aufträge sie tatsächlich den Zuschlag erhalten werden. Sie haben keine andere Möglichkeit, als für mehrere Projekte gleichzeitig anzubieten und im Falle, dass Schlüsselpersonalkriterien zu erfüllen sind, dieselben Personen in den Teilnahmeanträgen/Angeboten dieser parallel laufenden Vergabeverfahren namhaft zu machen (Mehrfachnennung). Ebendiese Ungewissheit über den Ausgang der Vergabeverfahren, deren lange Dauer (oftmals über ein Jahr), die vielen unterschiedlichen Anforderungen an Schlüsselpersonen und die Begrenztheit der Personalressourcen machen eine **strategische Verteilung der Schlüsselkräfte für Bewerber/Bieter schwierig**.

Die Bewertung einer für die Leistungserbringung vorgesehenen Schlüsselperson im Rahmen eines Vergabeverfahrens bedingt, dass diese Person im Auftragsfall tatsächlich zum Einsatz kommt. Die Heranziehung einer anderen als der genannten Schlüsselperson ist nur in Ausnahmefällen, unter bestimmten Bedingungen zulässig. Allerdings besteht aufgrund der oben erwähnten Mehrfachnennung von Personal in Teilnahmeanträgen/Angeboten die **Gefahr, dass eine für einen bestimmten Auftrag vorgesehene Schlüsselperson nicht mehr verfügbar ist**, weil sie bereits in einem zuvor gewonnenen Projekt eingesetzt wurde. Weiters sind unvorhersehbare Personalausfälle aufgrund von Kündigung, Krankheit etc nicht auszuschließen. Auseinandersetzungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, Pönalen oder gar die erneute Durchführung des Vergabeverfahrens sind mögliche Folgen der Nichtverfügbarkeit bzw des Ausfalls einer namhaft gemachten Schlüsselperson.

Den Rechercheergebnissen zufolge gibt es immer wieder Vergabeverfahren, in denen der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Festlegung der Eignungskriterien nicht eingehalten** wird. Interviewte Experten berichten von überschießenden, nicht an den Auftragsgegenstand angepassten Referenzanforderungen an das Schlüsselpersonal (zB Nachweis zu vieler persönlicher Referenzen in zu kurzen Zeiträumen, unverhältnismäßige Volumina der Referenzprojekte). Einige Befragte sind der Überzeugung, dass öffentliche Auftraggeber solche (überschießenden) Kriterien gezielt als Steuerungsinstrument nutzen würden, um einzelne präferierte Bewerber/Bieter anzusprechen bzw den gewünschten Bewerber/Bieter als Auftragnehmer zu gewinnen. Immerhin würden öffentliche Auftraggeber durch vergangene Aufträge über ein breites Repertoire an Informationen zu den Marktteilnehmern verfügen und seien darüber im Bilde, wer welche Anforderungen erfüllen könne.

Nicht außer Acht gelassen werden darf, dass öffentliche Auftraggeber Schlüsselpersonalkriterien und Systeme zur Bewertung von Bieterangaben nach **subjektiven Präferenzen** festlegen. Während ein Auftraggeber bestimmten Anforderungen eine hohe Bedeutung beimisst, erachten andere Stakeholder diese für einen Auftrag möglicherweise als nicht zwingend notwendig oder würden einem Kriterium eine andere Bewertungssystematik zugrunde legen. So kann es

vorkommen, dass Personen, die aus Bewerber-/Bietersicht die ideale Besetzung für eine Schlüsselposition darstellen, aufgrund der festgelegten Kriterien oder der Art der Bewertung nicht als Schlüsselkraft eingesetzt werden können.

Befragte Ingenieurkonsulten berichten davon, dass die in den Vergabekriterien enthaltenen **Anforderungen an Schlüsselpersonal in den vergangenen Jahren gestiegen und zT schwer erfüllbar** seien. Zudem würden die Anforderungen nicht nur an den Leiter und den stellvertretenden Leiter für eine bestimmte Funktion gestellt, sondern zunehmend auch an ergänzendes Schlüsselpersonal, wie zB Techniker. Dies begrenze die Einsatzmöglichkeiten in Projekten für weniger erfahrene Mitarbeiter bzw Personen ohne die erforderlichen Referenznachweise und schaffe Abhängigkeiten von jenen Mitarbeitern, die anspruchsvolle Kriterien zwar erfüllen würden, jedoch rar in Unternehmen seien. Gerade bei Schlüsselpersonen seien Abwerbungen durch Mitbewerber, ARGE-Partner oder öffentliche Auftraggeber zu befürchten. Bereits durch die in Ausschreibungen geforderten Nachweise zum Schlüsselpersonal erhalten öffentliche Auftraggeber reiches Informationsmaterial über potenziell abzuwerbende Personen.

Oftmals ist die Voraussetzung, um in einem Teilnahmeantrag/in einem Angebot als Leiter oder stellvertretender Leiter für eine bestimmte Funktion genannt werden zu können, dass die Schlüsselperson in einem vorigen Projekt bereits als Leiter oder stellvertretender Leiter in dieser Funktion tätig gewesen sein muss. Daher kann der **Erwerb persönlicher Referenzen** für Mitarbeiter ohne ebendiese als **eine der größten Herausforderungen im Zusammenhang mit personenbezogenen Vergabekriterien** angesehen werden.

Eine Thematik, die immer wieder für Diskussionen zwischen Bewerbern/Bietern und öffentlichen Auftraggebern sorgt und nicht nur Schlüsselpersonal, sondern die in Projekten zum Einsatz kommenden Beschäftigten im Allgemeinen betrifft, ist die **Anerkennung von Schulungsnachweisen und Zertifikaten**. Üblicherweise werden in Vergabeverfahren keine Bestätigungen über unternehmensintern durchgeführte Schulungen und Ausbildungen akzeptiert, sondern nur Nachweise, die von externen, offiziellen Akademien/Instituten ausgestellt wurden. Dies stößt aufgrund der höheren Kosten und der – aus Sicht einiger Experten – oftmals geringeren Qualität sowie dem fehlenden Mehrwert (siehe auch Antwort Unterfrage c)) auf Kritik.

Nicht zu vernachlässigen ist der **massive administrative Aufwand**, den personenbezogene Vergabekriterien insbesondere für bauausführende Unternehmen/Ingenieurbüros mit vielen Mitarbeitern nach sich ziehen. Diese müssen schließlich einen Überblick über die persönlichen Qualifikationen ihrer Beschäftigten bewahren und die entsprechenden Nachweise (zB zu Schulungen, Referenzprojekten) laufend aktualisieren, um die Mitarbeiter gemäß den Kriterien den jeweiligen Aufträgen zuteilen zu können.

Zuletzt sind zwei Herausforderungen zu erwähnen, vor die bauausführende Unternehmen durch personenbezogene Zuschlagskriterien gestellt werden: Die Befragten geben zu bedenken, dass es in der Angebotsphase **nicht möglich sei, zu wissen, wie sich die Baustellenmannschaft in der Ausführung exakt zusammensetzen** werde, insbesondere dann nicht, wenn Subunternehmer einen Teil der Leistung erbringen. Somit seien Zusagen im Angebot, eine Quote an bestimmten Mitarbeitern (zB Facharbeiter) auf der Baustelle einzuhalten, mit Risiko verbunden. Aus Wettbewerbsgründen würden solche Zusagen in der Angebotsphase dennoch gemacht. Als zweiter Punkt wird schließlich erwähnt, dass der **Kontroll- und Dokumentationsaufwand zum Nachweis der Einhaltung und Steuerung zugesagter Quoten an bestimmten Personengruppen zT enorm** sei.

c) Welche Maßnahmen zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien und somit zur Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit werden von Bewerbern/Bietern ergriffen?

Bei den von Bewerbern/Bietern gesetzten Handlungen zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien und zur Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit kann zwischen Maßnahmen unterschieden werden, die allgemein in bauausführenden Unternehmen/Ingenieurbüros zur Umsetzung kommen und solchen, die projektspezifisch, dh in einem bestimmten Vergabeverfahren, ergriffen werden.

Aufgrund der schwierigen Suche nach qualifiziertem Personal auf dem Bauarbeitsmarkt setzen bauausführende Unternehmen/Ingenieurbüros bei ihren bestehenden Mitarbeitern auf **Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen**. Die ergriffenen Maßnahmen zur Personalentwicklung erweisen sich für eine Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien häufig als zweckdienlich. Davon abgesehen ist von manchen öffentlichen Auftraggebern bekannt, welche Schulungsnachweise und Zertifikate sie regelmäßig in ihren Ausschreibungen verlangen, sodass Bewerber/Bieter die entsprechenden Kurse von vornherein für ihre Mitarbeiter vorsehen können. Nach Auskunft einiger Experten der bauausführenden Unternehmen/Ingenieurbüros brächten allerdings nicht alle Kurse einen Mehrwert für die Mitarbeiter und die ausgeschriebenen Projekte. So gäbe es mitunter Fälle, in denen Beschäftigte ausschließlich deshalb zu bestimmten Kursen geschickt würden, um eine Erfüllung bzw. Bessererfüllung der Vergabekriterien zu gewährleisten und die Auftragschancen der Bewerber/Bieter zu erhöhen. Dabei werde nach Mitteln und Wegen gesucht, um möglichst günstig an Schulungsbestätigungen und Zertifikate für die Mitarbeiter zu kommen.

Da aktuelle Schulungsbestätigungen und Zertifikate des für die Leistungserbringung vorgesehenen Personals meist besser bewertet werden als ältere bzw. solche Nachweise nach einiger Zeit an Gültigkeit verlieren können, führen bauausführende Unternehmen/Ingenieurbüros **Aufzeichnungen über die Bildungsnachweise** ihrer Arbeitnehmer. So kann

eine Übersicht darüber bewahrt werden, wann welche Bestätigung für welchen Mitarbeiter einer Erneuerung bedarf.

Bauausführende Unternehmen/Ingenieurbüros sehen in ihrer **Präsenz an technischen Schulen und Universitäten** durch Vorträge, Zusammenarbeit bei Forschungsprojekten/Diplomarbeiten, die Vergabe von Praktikumsplätzen etc eine gute Möglichkeit, um auf sich aufmerksam zu machen und angehende Absolventen von sich zu überzeugen. So können die „Schlüsselpersonen von morgen“ – also die künftigen Punktebringer in Vergabeverfahren – bereits frühzeitig als Mitarbeiter gewonnen werden. An weiteren Akquisitionsmöglichkeiten, um überhaupt an qualifiziertes Personal zu kommen, nennen die Befragten die **Nutzung persönlicher Kontakte**, die **Veröffentlichung von Stellenanzeigen**, den **Auftritt auf Jobmessen** sowie den Einsatz von **Personalberatern/Headhuntern**.

Wegen des Mangels an qualifizierten Arbeitskräften auf dem Arbeitsmarkt bzw des Mangels an Personen, die potenziell Schlüsselpositionen in Bau- und Dienstleistungsaufträgen besetzen können, kommt der Mitarbeiterbindung in bauausführenden Unternehmen/Ingenieurbüros ein hoher Stellenwert zu. Den Untersuchungsergebnissen zufolge bieten Arbeitgeber ihren wertvollen Schlüsselkräften (Referenzträger mit langjähriger Erfahrung, mit denen Aufträge gewonnen werden können) **besondere – nicht zuletzt finanzielle – Anreize** oder ergreifen **vertragliche Bindungsmaßnahmen**, um sie zu halten. Einige interviewte Ingenieurkonsulten sind sogar der Ansicht, dass der Wert bestimmter Mitarbeiter durch Schlüsselpersonalkriterien „künstlich“ in die Höhe getrieben werde, wodurch die Ansprüche steigen würden, die Schlüsselpersonen an ihre Arbeitgeber stellen könnten.

Ein wesentlicher Punkt, der zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit beiträgt, ist das **laufende Generieren personenbezogener Referenzen**. Ein übliches Prozedere, um Referenzen von Schlüsselpersonen aktuell zu halten und möglichst vielen Schlüsselpersonen Referenzen zukommen zu lassen, ist die sogenannte „Referenzteilung“ bei Projekten, die durch Personalrotationen (Beistellen und Abziehen von Schlüsselpersonen) ermöglicht wird.

Schließlich kann die **Analyse verlorener Vergabeverfahren** als allgemeine Maßnahme genannt werden, um personenbezogene Vergabekriterien künftig zu erfüllen bzw besser zu erfüllen und dadurch bei Vergabeverfahren erfolgreicher abzuschneiden.

Will ein Bewerber/Bieter an einem bestimmten Vergabeverfahren teilnehmen/konkurrenzfähig punkten und ihm fehlen dazu Personen mit speziellen Qualifikationen, um die personenbezogenen Vergabekriterien zu erfüllen bzw besser zu erfüllen, so kann er **strategische Partner zur Bildung einer Bewerber-/Bietergemeinschaft oder Subunternehmer heranziehen**. Ist ein Bewerber/Bieter der Ansicht, dass die personenbezogenen Vergabekriterien unverhältnismäßig zum Auftragsgegenstand, dh überschießend sind, so kann er

eine **Anfrage mit Aufforderung zur Anpassung der Kriterien** an den öffentlichen Auftraggeber stellen.

Bewerber/Bieter nutzen den **Interpretationsspielraum in Ausschreibungen** aus, wenn verlangte personenbezogene Nachweise unklar und unpräzise vom öffentlichen Auftraggeber formuliert werden. Die Rechercheergebnisse zeigen allerdings, dass darüber hinaus durchaus Fälle auftreten, in denen Bewerber/Bieter mittels Falschangaben zu personenbezogenen Vergabekriterien versuchen, sich in Vergabeverfahren gegen die Konkurrenz durchzusetzen.

9.3 Abschließende Analyse und Handlungsempfehlungen

Nachdem nun die Auswirkungen personenbezogener Vergabekriterien für öffentliche Bauaufträge und öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge auf den österreichischen Bauarbeits- und Bietermarkt bekannt sind, werden in den nachfolgenden Unterkapiteln einige Handlungsempfehlungen zur Problemlösung unterbreitet. Hierbei handelt es sich um Vorschläge, die aus den Rechercheergebnissen der Dissertation abgeleitet wurden. Einige Lösungsansätze wurden im Zuge der Interviews von den Experten erwähnt oder gemeinsam mit diesen erarbeitet.

Zur besseren Übersicht werden die angeführten Handlungsempfehlungen untergliedert. Unterschieden werden Handlungsempfehlungen zur Auswahl und Gestaltung von personenbezogenen Vergabekriterien (siehe Unterkapitel 9.3.1) und zur Erreichung der durch die personenbezogenen Vergabekriterien angestrebten Ziele (siehe Unterkapitel 9.3.2). Den aufgezählten Empfehlungen geht jeweils eine Analyse voraus.

9.3.1 Auswahl und Gestaltung von Kriterien

Vom Standpunkt eines öffentlichen Auftraggebers betrachtet, ist es nachvollziehbar, dass sich dieser für seine Projekte die besten und erfahrensten Schlüsselpersonen wünscht. Planungs- und Bautätigkeiten sollen immerhin möglichst reibungslos ablaufen, auftretende Probleme rasch gelöst werden und das Bauwerk in der vom Auftraggeber gewünschten Qualität unter Einhaltung der Termine und des Budgets errichtet werden.

Dieses Wunschdenken der Auftraggeber ist allerdings oftmals mit der Realität nicht vereinbar. Personen, die jahrelange Erfahrung, Projektreferenzen sowie einen Hochschulabschluss vorweisen können, sind in bauausführenden Unternehmen begrenzt und in Ingenieurbüros überhaupt rar. Besonders in Zeiten des Baubooms sind Personalressourcen knapp und qualifizierte Mitarbeiter nicht frei auf dem Arbeitsmarkt verfügbar.

Weiters gibt es keine Garantie dafür, dass eine bestimmte Schlüsselperson tatsächlich für die Auftragsdurchführung zur Verfügung stehen wird. Vertragliche Regelungen bzw Sanktionen können zwar die Chance verringern, dass geplante, taktische Schlüsselpersonalwechsel

vorgenommen werden, allerdings lassen sich Ausfälle aufgrund von Krankheit, Kündigung etc nicht vermeiden.

Bauausführende Unternehmen/Ingenieurbüros können es sich nicht leisten, Vergabeentscheidungen jeweils einzeln abzuwarten und dann erst in einem neuen Vergabeverfahren anzubieten. Die Ungewissheit über den Ausgang der Verfahren macht die parallele Bearbeitung mehrerer Angebote und damit zusammenhängend die Mehrfachnennung von Schlüsselpersonal erforderlich. Lange dauernde Vergabeverfahren und Abfragen zu mehreren Schlüsselpersonen verringern die Chance, dass bei Leistungsbeginn tatsächlich das ursprünglich zugesagte Personal zur Verfügung stehen wird.

Wie einer der Interviewpartner treffend formulierte, ist eine bestimmte Schlüsselperson keine Garantie, sondern lediglich eine Stellschraube für den Erfolg eines Projektes. Zahlreiche Komponenten müssen richtig zusammenspielen, damit ein Bauvorhaben reibungslos ablaufen kann. Funktionierten Planung und Ausführung bei einem Projekt problemlos, so lässt sich aufgrund der vielen Einflussfaktoren (zB Projektbeteiligte, Schnittstellenorganisation, budgetärer Spielraum, technische Rahmenbedingungen) nicht feststellen, zu welchem Grad eine bestimmte Schlüsselperson dafür verantwortlich war. Möglicherweise hätte die Abwicklung ebenso gut funktioniert, wenn in den Vergabekriterien andere Personalanforderungen gestellt worden und dadurch die Benennung und der Einsatz anderer Schlüsselpersonen möglich gewesen wären. Genauso ist nicht gesichert, dass eine Schlüsselperson, die in einem vergangenen Projekt leistungsfähig war, dies auch in einem zukünftigen, unter anderen Bedingungen ablaufenden Projekt sein kann und wird.

In der Vergangenheit sorgte die Nichtanerkennung von Ausbildungen über den Weg der Lehre für zu besetzende Schlüsselpositionen in der Stufe der Eignung für Unmut unter Bewerbern/Bietern. Dies ist durchaus nachvollziehbar, denn gemäß ISCED-Klassifikation gelten der Abschluss an einer Werkmeisterschule oder eine abgelegte Meister-/Befähigungsprüfung und der – meist sehr wohl für die Eignung anerkannte – Abschluss an einer HTL als gleichwertig. Vor allem auf Ingenieurbüros könnte diese Nichtanerkennung eine abschreckende Wirkung haben, wenn es darum geht, Lehrlinge zu beschäftigen, da diese aufgrund der Ausbildungsanforderungen künftig kaum als Schlüsselpersonen aufgebaut und eingesetzt werden können.

Die Förderung weniger erfahrener, jedoch engagierter Mitarbeiter, von denen nicht zuletzt öffentliche Auftraggeber in ihren künftigen Projekten profitieren können, wird durch hochgesteckte personenbezogene Vergabekriterien erschwert, wenn diese sämtliche Schlüsselpositionen betreffen. Selbstverständlich müssen bauausführende Unternehmen/Ingenieurbüros – so wie nahezu jedes Unternehmen jeder Branche – bei ihren neuen und weniger erfahrenen Beschäftigten mit einer gewissen Einarbeitungs- und Entwicklungszeit rechnen und in Bildungsmaßnahmen für diese investieren. Wenn es allerdings aufgrund der Strenge der Kriterien mehrere Jahre dauert, bis solche Beschäftigten in Projekten offiziell als

Schlüsselpersonen genannt und eingesetzt werden können, verwundert es nicht, dass sich Bewerber/Bieter/Auftragnehmer unzulässiger Methoden bedienen, um Personen ohne ausreichende Nachweise in solche Positionen zu bringen.

Unter der Annahme, dass es ein Auftragnehmer bewerkstelligt, eine Schlüsselperson in einem Projekt einzusetzen, die nicht die festgelegten personenbezogenen Vergabekriterien erfüllt, kann trotzdem davon ausgegangen werden, dass jemand ausgewählt wird, der für die zu besetzende Position geeignet ist. Denn was hätte ein Unternehmen davon, einen Mitarbeiter mit unzureichender Qualifikation und Kompetenz für eine Position vorzusehen, wenn dadurch die Gefahr besteht, dass die vertraglich geschuldete Leistung nicht erbracht wird und dem Unternehmen durch Korrekturmaßnahmen zusätzliche Kosten erwachsen?

Schlussendlich muss erwähnt werden, dass ein Auftragnehmer keinen Anspruch auf kompetente, erfahrene Ansprechpartner und Entscheidungsträger auf Seite des öffentlichen Auftraggebers hat. Gerade bei komplexen, umfangreichen Aufträgen wäre es für das Projekt allerdings wichtig und gegenüber Auftragnehmern angebracht, wenn Auftraggeber notwendige Anforderungen – ähnlich wie in den Vergabekriterien – an die eigenen Projektverantwortlichen stellen würden.

Handlungsempfehlungen:

- Abfragen zum Schlüsselpersonal bzw gestellte (hohe) Anforderungen in den Schlüsselpersonalkriterien in Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen auf die Positionen des Leiters und stellvertretenden Leiters einer Funktion beschränken. Bei weniger komplexen Bauaufträgen sollten (hohe) Anforderungen entweder an den Bauleiter oder an den Polier, nicht jedoch an beide gestellt werden. Durch die enge Zusammenarbeit zwischen Bauleiter und Polier kann ohnehin von einer gegenseitigen Unterstützung ausgegangen werden.
- Nachrückregelung für Personal, das am Beginn eines Projektes die gestellten Anforderungen in den Schlüsselpersonalkriterien nicht erfüllt, vertraglich festlegen. Dadurch wird nach Ablauf einer zuvor festgelegten Dauer der Mitarbeit im Projekt der Aufstieg in eine höhere Position und der Referenzerwerb für diese Position rechtlich zulässig. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang, Abschläge auf das Honorar zu vereinbaren, wenn der Auftragnehmer sich entschließt, im Laufe des Projektes von der Nachrückregelung Gebrauch zu machen und eine günstigere Schlüsselperson einzusetzen.
- Für die Festlegung und Wertung von Bildungsabschlüssen des Schlüsselpersonals Übernahme des internationalen Standards nach ISCED andenken. Wenn, wie in Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen derzeit üblich, der Abschluss an einer Werkmeisterschule oder eine abgelegte Meister-/Befähigungsprüfung in der Stufe der Eignung nicht anerkannt wird, so wäre es schlüssig, in solchen Ausschreibungen auch auf das Lehrlingskriterium (Lehrlingsquote als Auswahlkriterium) zu verzichten.

- Referenzzeiträume für personenbezogene Referenzen verlängern (> 3 Jahre bei baunahen Dienstleistungen bzw > 5 Jahre bei Bauleistungen) und realistische Annahmen darüber treffen, wie viele Referenzen für Projekte welcher Dimensionen in welchem Zeitraum erworben werden können. Für Zeiträume, in denen es einer Schlüsselperson nicht möglich war, Referenzen zu erwerben, wie zB während der Karenz oder längerer Krankheit, sollten Ausnahmeregelungen getroffen werden (zB Verlängerung des Referenzzeitraumes um die Dauer der Verhinderung bei entsprechendem Nachweis).
- Im Rahmen von Eignungs- oder Auswahlkriterien Abfragen zu Schlüsselpersonen für bestimmte Funktionen vornehmen, die generell in den bewerbenden/bietenden Unternehmen beschäftigt sind bzw zum Zeitpunkt der Auftragserteilung sein werden. Diese Mitarbeiter müssen allerdings nicht zwingend beim ausgeschriebenen Auftrag zum Einsatz kommen, sondern stehen im Bedarfsfall mit ihrem Know-how und ihrer Expertise zur Verfügung. Dies wäre für Funktionen in einem Projekt denkbar, die keine durchgängige Anwesenheit auf der Baustelle erfordern und bei denen Leistungen arbeitsteilig erbracht werden können. Darunter fallen zB diverse Planungsleistungen oder die BK.
- Vergabeverfahren rascher abwickeln. Hierfür müssen die Verfahren sorgfältig vorbereitet und Ausschreibungsunterlagen rechtssicher ausgestaltet werden, um Anfechtungen durch Bewerber/Bieter zu vermeiden.
- Baukonjunktur und Gegebenheiten auf dem Bauarbeitsmarkt bei der Festlegung personenbezogener Vergabekriterien mitberücksichtigen.
- Arbeitskreise aus Vertretern unterschiedlicher Stakeholdergruppen zur gemeinsamen Festlegung von baupraktischen, bauwerkspezifischen Vergabekriterien inkl Bewertungssystemen bilden. In solchen Arbeitskreisen könnten auch Umwelt- und Nachhaltigkeitskriterien entwickelt werden, auf die in Zukunft verstärkt Bedacht genommen werden sollte. Bei der Verwendung in Ausschreibungen ist auf die Relevanz der Kriterien für die zu erbringende Leistung und/oder deren sozialpolitische, volkswirtschaftliche Relevanz zu achten (siehe auch Unterkapitel 9.3.2).
- Stetige gegenüber unstetigen Nutzenfunktionen bei der Bewertung von Bieterangaben vorziehen, um Bewertungssysteme fairer zu gestalten.
- Bei überschießenden Vergabekriterien Bewerber-/Bieteranfragen an öffentliche Auftraggeber forcieren.

9.3.2 Erreichung angestrebter Ziele

Im Wesentlichen werden mit den in dieser Arbeit erwähnten personenbezogenen Vergabekriterien drei Ziele verfolgt. Diese sind

- der Einsatz qualifizierter Personen, die zu einer erfolgreichen Projektabwicklung beitragen,

- die berufliche Förderung von Personengruppen mit bestimmten soziodemographischen Merkmalen und
- die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping.

Unbestritten ist, dass die Erreichung des erstgenannten Ziels durch Schlüsselpersonalkriterien (bei Bauleistungen und baunahen Dienstleistungen) und Kriterien, welche die Qualifikation des Baustellenpersonals betreffen (bei Bauleistungen) möglich ist. Wie bereits in Unterkapitel 9.3.1 erwähnt, kann allerdings der Beitrag, den eine einzelne Person oder Mannschaft zum Projekterfolg leistet, aufgrund der vielen Einflussfaktoren nicht genau bestimmt werden. Zudem bleibt offen, ob bei Heranziehung anderer (personenbezogener) Vergabekriterien und der damit verbundene Einsatz anderer Verantwortlicher auf Auftragnehmerseite der gleiche Output beim Projekt erzielt würde.

Der von einem öffentlichen Auftraggeber gewünschte Einsatz von qualifiziertem Personal bedingt eine entsprechende finanzielle Gegenleistung, sodass auf Auftragnehmerseite die notwendigen Mittel zur Beschäftigung dieses Personals zur Verfügung gestellt werden können. Zählt für einen Auftraggeber in erster Linie der niedrigste Preis, so kann – selbst bei Einsatz von Top-Experten als Schlüsselpersonen – nicht die beste Leistung erwartet werden. Bei gedumpten Preisen wächst die Notwendigkeit, den Aufwand zu drücken und Auftragnehmer werden versuchen, ihre angebotenen Preise durch Nachträge aufzubessern. Gerade bei Leistungen, die nicht genau beschrieben werden können und bei denen dem Auftraggeber das Verständnis über die zu erbringenden Tätigkeiten und den Aufwand hinter diesen fehlt, sollte der Preis eine nachrangige Bedeutung haben. Ein höheres Preisniveau ist zwar keine Garantie für bessere Qualität und damit in Zusammenhang eine erfolgreiche Projektabwicklung, aber zumindest wird dadurch die Gefahr reduziert, dass Streitigkeiten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer auftreten und die Chance erhöht, dass der Auftraggeber die gewünschte Leistung erhält.

Den Untersuchungsergebnissen zufolge wird das zweite der zuvor genannten Ziele, die berufliche Förderung von Personengruppen mit bestimmten soziodemographischen Merkmalen, durch personenbezogene Vergabekriterien nicht erreicht. Im Endeffekt werden durch solche Kriterien jene Bewerber/Bieter belohnt, die aus anderen unternehmensstrategischen Gründen und unabhängig von bestimmten Vergabekriterien über Mitarbeiter aus den als förderungswürdig angesehenen Gruppen verfügen. Wenn personenbezogene soziale Kriterien keinen Einfluss auf die Beschäftigung haben, sondern lediglich symbolischen Charakter aufweisen und somit mehr Kosten verursachen als sie an Nutzen bringen, stellt sich die Frage, ob eine Heranziehung als Vergabekriterium dann überhaupt gerechtfertigt ist (siehe auch Unterkapitel 9.4).

Die fehlende Wirksamkeit personenbezogener sozialer Vergabekriterien ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass sie an einer Stelle ansetzen, an der die Einflussnahme von Unternehmen auf die Beschäftigungslage begrenzt ist. Den Forschungsergebnissen zufolge können solche Kriterien

weder das Problem lösen, dass auf dem Bauarbeitsmarkt ein Mangel an ohnehin nachgefragten Personengruppen, wie zB gewerblichen Lehrlingen, besteht, noch können sie die behaupteten Nachteile durch die Beschäftigung von Personen aus bestimmten Gruppen kompensieren (siehe Unterkapitel 8.2.2.6 und 8.2.3.6). Daher sollte über alternative Möglichkeiten zur Förderung von Personengruppen mit bestimmten soziodemographischen Merkmalen nachgedacht werden.

Das dritte der eingangs in diesem Unterkapitel erklärten Ziele, die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen, ist eines, das nicht nur durch personenbezogene Zuschlagskriterien, sondern durch Qualitätskriterien bzw das Bestbieterprinzip im Allgemeinen erreicht werden soll. Die verfügbaren statistischen Daten geben allerdings kaum Aufschluss über die Wirksamkeit des verpflichtenden Bestbieterprinzips in der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen. Dies liegt daran, dass erst kurz vor Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2015/16 mit einer differenzierten Datenerhebung zwischen öffentlichen und privaten Bauaufträgen begonnen wurde und eine solche nach wie vor nur durch die BUAK und lediglich für den Tatbestand der Unterentlohnung vorgenommen wird (siehe Unterkapitel 4.6). In der gegenständlichen Arbeit durchgeführte Evaluierungen zeigen, dass für die Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung bei öffentlichen Bauaufträgen wirksamere Maßnahmen als das Bestbieterprinzip bzw personenbezogene Zuschlagskriterien zur Verfügung stehen (siehe Unterkapitel 8.2.1.1, 8.2.2.1 und 8.2.3.1).

Handlungsempfehlungen:

- Zur Verhinderung von Dumpingpreisen und zur Erhöhung der Chance auf eine qualitätsvolle Leistung, ein sogenanntes „Unterpreiskriterium“ in Ausschreibungen andenken. Angebotspreise bisheriger Projekte könnten herangezogen und analysiert werden, um für bestimmte Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen Unterpreiskriterien zu entwickeln.
- Zur Ermittlung der Effektivität personenbezogener sozialer Vergabekriterien regelmäßig quantitative Methoden der Datenerhebung, wie zB Online-Befragungen, durchführen. Wie in der gegenständlichen Arbeit praktiziert, sollten dabei unterschiedliche Stakeholdergruppen befragt werden. Die auf diese Weise gesammelten Daten könnten als Basis für die Neu- und Weiterentwicklung (personenbezogener) sozialer Vergabekriterien dienen.
- Aufbrechen von Rollenbildern sowie Auseinandersetzung mit den Themen Gleichstellung, Diversität und Behinderung bereits im Kindes- und Jugendalter. Vor allem in Bildungseinrichtungen müssten beispielsweise durch Workshops und Lehrveranstaltungen unter der Leitung von eigens geschultem Personal entsprechende Maßnahmen gesetzt werden. Wie zT bereits umgesetzt, könnten bauausführende Unternehmen/Ingenieurbüros eine Zusammenarbeit mit Bildungseinrichtungen anstreben, um von klischeehaften

„Frauen- und Männerberufen“ wegzukommen und junge Frauen für bautechnische Berufe zu begeistern.

- Weiterhin Maßnahmen für die Imageaufwertung von Lehrausbildungen (im Bauwesen) setzen. Auch hier sind Bildungseinrichtungen sowie Unternehmen gefragt, Schüler – eventuell unter Einbindung ihrer Erziehungsberechtigten – über Bildungs- und Berufsmöglichkeiten aufzuklären. Über soziale Medien bietet sich heutzutage die Möglichkeit, junge Menschen zu erreichen und auf den Bedarf an und die Wichtigkeit von Fachkräften aufmerksam zu machen.
- Alternativ zu personenbezogenen sozialen Vergabekriterien andere Möglichkeiten zum Nachweis von Corporate Social Responsibility⁶²¹ (CSR) eines Unternehmens andenken. In Form von Bedingungen für die Leistungserbringung könnten Unternehmen zur Umsetzung von CSR-Maßnahmen, wie zB der Vereinbarkeit von Beruf und Familie durch flexible Arbeitszeiten und Homeoffice, den Einsatz einer Frauenbeauftragten im Unternehmen oder die Schaffung von Praktikumsplätzen verpflichtet werden.
- Erhebungen zum Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen ausweiten. In den statistischen Daten der ÖGK, der FinPol und der BUAK müsste zwischen öffentlichen und privaten Aufträgen differenziert werden. Dabei sollten neben der Unterentlohnung weitere Tatbestände, wie zB die Vereitelung der Lohnkontrolle, Berücksichtigung finden. Weiterführend müsste eruiert werden, ob sich ein Zusammenhang zwischen den aufgedeckten Lohn- und Sozialdumpingfällen bei öffentlichen Bauaufträgen und dem Vergabeprinzip (Billigst- oder Bestbieter) bzw bestimmten Zuschlagskriterien herstellen lässt.
- Maßnahmen forcieren, die sich in der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung bereits bewährt haben. In erster Linie sind hier behördliche Kontrollen auf Baustellen durch die ÖGK, die FinPol und die BUAK zu nennen. Zudem können öffentliche Auftraggeber der ÖBA die regelmäßige Überprüfung der eingesetzten Arbeiter als Aufgabe übertragen. Hilfreich in der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung könnte auch die Auditierung von Unternehmen durch externe, unabhängige Dritte sein.

⁶²¹ Die Europäische Kommission definiert Corporate Social Responsibility als „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“. Um ihrer sozialen Verantwortung nachzukommen sollten Unternehmen „auf ein Verfahren zurückgreifen können, mit dem soziale, ökologische, ethische, Menschenrechts- und Verbraucherbelange in enger Zusammenarbeit mit den Stakeholdern in die Betriebsführung und in ihre Kernstrategie integriert werden.“ KOM (2011) 681 endg vom 25.10.2011, Mitteilung der Kommission über eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), S 7.

9.4 Ausblick und weiterer Forschungsbedarf

Für die Zukunft ist anzunehmen, dass personenbezogene Vergabekriterien, insbesondere Kriterien zum Schlüsselpersonal, Ausschreibungen für baunahe Dienstleistungen weiterhin dominieren werden. In Bauausschreibungen werden personenbezogene Kriterien vermutlich zunehmend an Bedeutung gewinnen. Diese Entwicklung zeichnete sich in den vergangenen Jahren bereits ab. Die Berücksichtigung sozialpolitischer Belange bei der Vergabe, unter anderem durch personenbezogene soziale Kriterien, könnte sich künftig in die Richtung entwickeln, dass Schlüsselpositionen von Personen besetzt werden sollen oder müssen, deren Förderung auf dem Bauarbeitsmarkt angestrebt wird. Angesichts der geäußerten Vermutungen ist es umso wichtiger, sich in Erinnerung zu rufen, dass personenbezogene Vergabekriterien Herausforderungen und Risiken mit sich bringen und dass die durch die Kriterien angestrebten Ziele nicht oder nur zT erreicht werden können.

Aufgrund der Relevanz des in dieser Dissertation behandelten Themas für die Bauwirtschaft und das Vergabewesen ist anzunehmen, dass hierzu weiterführende Arbeiten folgen werden. Diese sollen jedenfalls auf den vorliegenden Erkenntnissen aufbauen.

Der künftige Forschungsbedarf ergibt sich großteils bereits aus den in Unterkapitel 9.3 angeführten Handlungsempfehlungen. Auf Basis des Inhalts der gegenständlichen Arbeit könnten zu den derzeit angewandten personenbezogenen Vergabekriterien quantitative Erhebungen hinsichtlich deren Akzeptanz und Effektivität durchgeführt werden. Die Neu- und Weiterentwicklung von baupraktischen, bauwerkspezifischen Vergabekriterien (abseits von personenbezogenen Kriterien) inkl Bewertungssystemen sollte angedacht werden. Einige interviewte Experten äußerten den Wunsch, hierzu vornehmlich Input von Bauingenieuren mit Praxisbezug einzuholen, anstatt das Wissen von Vergabekriterien, also rechtliche Aspekte, in den Fokus der Erhebungen zu stellen. Neue Impulse zu Vergabekriterien könnten auch durch die Analyse von Kriterien und deren Bewertungssysteme in Ausschreibungen anderer Länder gewonnen werden.

Weiterer Forschungsbedarf besteht hinsichtlich der Untersuchung des Potenzials sowie der Entwicklung von Unterepreiskriterien, wobei öffentliche Auftraggeber hierfür umfassendes Datenmaterial zu bisherigen Projekten zur Verfügung stellen müssten.

Gesetzt den Fall, dass die Datenlage zum Lohn- und Sozialdumping bei öffentlichen Bauaufträgen verbessert wird, kann auf dieser Grundlage weitere Forschung zur Effektivität des Bestbietersystems bzw bestimmter Zuschlagskriterien hinsichtlich der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung betrieben werden.

Literaturverzeichnis

Affenzeller, Bernd: Auf der Suche nach den Spezialisten, Bau & Immobilien Report, Juli/August 2017, S 30–32.

Aicher, Josef in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael/Thienel, Rudolf (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2002: Kommentar, Wien, Springer-Verlag, 2005.

Aigner, Ulrike/Bauer, Christian: Der Weg zum richtigen Mitarbeiter: Personalplanung, Suche, Auswahl und Integration, Wien, Linde Verlag, 2008.

AMS: Ausbildungskompass. Online abrufbar unter:
www.ausbildungskompass.at/bildungssystem/#lehre-details (abgerufen am 29.12.2020).

AMS: Fachbegriffe: Langzeitarbeitslose. Online abrufbar unter:
www.ams.at/arbeitsmarktdaten-und-medien/arbeitsmarkt-daten-und-arbeitsmarkt-forschung/fachbegriffe (abgerufen am 01.08.2020).

ANKÖ: Liste geeigneter Unternehmen: Österreichs Datenbank für Eignungsnachweise. Online abrufbar unter:
www.ankoe.at/fileadmin/ANKOE_LgU-ListeGeeigneterUnternehmer-Broschuere.pdf (abgerufen am 18.12.2020).

Arbeiterkammer: Konkurrenzklause. Online abrufbar unter:
www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/Arbeitsvertraege/UnfaireKlauselninArbeitsvertraegen/Konkurrenzklause.html# (abgerufen am 28.01.2021).

Arbeitsgemeinschaft der Hersteller der Metall-Fenster/Türen/Tore/Fassaden (Hrsg): Richtlinien Metallbaubetrieb, Juli 2016. Online abrufbar unter:
www.amft.at/fileadmin/content/07_Service/04_RL_Metallbau/RMB/RMB_Kriterienkatalog_Stand_Juli_2016.pdf (abgerufen am 15.01.2020).

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, Volume I, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, 2014.

APA-OTS: Bundesvergabegesetz: Novelle betrifft alle Branchen, bringt Bestbieterprinzip und Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping, Presseaussendung vom 09.07.2015. Online abrufbar unter:
www.ots.at/presseaussendung/OTS_20150709_OTS0121 (abgerufen am 21.11.2019).

APA-OTS: Österreich ist Schlusslicht bei Bestbieterprinzip: Potenzial von öffentlichen Vergaben noch längst nicht ausgeschöpft, Presseaussendung vom 31.01.2017. Online abrufbar unter:
www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170131_OTS0092 (abgerufen am 27.01.2019).

Backhaus, Kristin/Tikoo, Surinder: Conceptualizing and researching employer branding, *Journal Career Development International*, Volume 9, No 5, 2004, S 501–517.

Becker, Manfred: *Personalentwicklung: Bildung, Förderung und Organisationsentwicklung in Theorie und Praxis*, 6. Auflage, Stuttgart, Schäffer-Poeschel Verlag, 2013.

Becker, Wolfgang/Lutz, Stefan/Back, Christian: *Gabler Kompaktlexikon Modernes Rechnungswesen: 2.000 Begriffe nachschlagen, verstehen, anwenden*, 3. Auflage, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011.

Benedict, Christoph: *Sekundärzwecke im Vergabeverfahren: Öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch vergabefremde Aspekte – Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht Band 140*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2000.

Benedict, Christoph: „Vergabefremde Vergabekriterien“ im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in: Rill, Heinz Peter/Griller, Stefan (Hrsg): *Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe – Wissenschaftliche Reihe, Wissenschaft und Wirtschaftspraxis*, Wien, WKÖ, 2000, S 207–236.

Berthel, Jürgen/Becker, Fred G.: *Personal-Management: Grundzüge für Konzeptionen betrieblicher Personalarbeit*, 11. Auflage, Stuttgart, Schäffer-Poeschel Verlag, 2017.

Bishop, Simon/Baldauf, Markus: *Theoretische Grundlagen und praktische Anwendung wettbewerbsökonomischer Methoden in Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Marktes und Fragen zur praktischen Anwendbarkeit des Herfindahl-Hirschman Indexes zur Ermittlung des Konzentrationsgrades*, Studie RBB Economics, 2006.

Bogner, Stefan in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael/Thienel, Rudolf (Hrsg): *Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar*, 2. Auflage, Wien, Springer-Verlag, 2009.

Bosch, Gerhard: *Fachkräftemangel: Scheinproblem oder Wachstumshemmnis?*, *Wirtschaftsdienst - Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, September 2011, S 583–586.

Brademann, Isabell/Piorr, Rüdiger: *Das affektive Commitment der Generation Z: Eine empirische Analyse des Bindungsbedürfnisses an Unternehmen und dessen Einflussfaktoren*, *Arbeitspapiere der FOM*, Nr 70, Essen, MA Akademie Verlag, 2018.

Breitenfeld, Michael: *Verträge des Vergaberechts*, Wien, Facultas Verlag, 2021.

BUAK: *Lohn- und Sozialdumping*. Online abrufbar unter:
www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_3.3/fuer-arbeitnehmerinnen/lohn-und-br-sozialdumping
(abgerufen am 20.12.2020).

BUAK: Statistiken über Betriebe und ArbeitnehmerInnen im Baubereich - ArbeitnehmerInnen nach Alter ab 2006. Online abrufbar unter: www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_1.5/die-buak/statistiken (abgerufen am 21.02.2021).

BUAK: Statistiken über Betriebe und ArbeitnehmerInnen im Baubereich - Lehrlinge. Online abrufbar unter: www.buak.at/cms/BUAK/BUAK_1.5/die-buak/statistiken (abgerufen am 21.02.2021).

Büdenbender, Ulrich/Strutz, Hans: Gabler Kompaktlexikon Personal: Wichtige Begriffe zu Personalwirtschaft, Personalmanagement, Arbeits- und Sozialrecht, 3. Auflage, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2011.

Bundesinnung Bau (Hrsg): Vergabefibel: Empfehlungen für KMU-freundliche Eignungs- und Auswahlkriterien bei Bauaufträgen, insbesondere im Kommunalbereich, Oktober 2019. Online abrufbar unter:

www.wko.at/branchen/gewerbe-handwerk/bau/vergabefibel-zum-vergaberecht.pdf
(abgerufen am 20.03.2020).

Bundesinnung Bau WKO/Fachverband Ingenieurbüros WKO (Hrsg): Leitlinie für die Vergabe von Ingenieurleistungen, 5. Auflage, 2014. Online abrufbar unter:

www.ingenieurbueros.at/steiermark/de/shop-fuer-downloads-veroeffentlichungen/vergabewesen
(abgerufen am 20.09.2019).

Busse von Colbe, Walther/Witte, Frank: Investitionstheorie und Investitionsrechnung, 5. Auflage, Berlin, Springer Gabler | Springer-Verlag, 2018.

BWI-Bau (Hrsg): Ökonomie des Baumarktes: Grundlagen und Handlungsoptionen: Zwischen Leistungsversprecher und Produktanbieter, Wiesbaden, Springer Vieweg | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2013.

Čović, Ibrahim: Bestbieterkriterien, Diplomarbeit am Institut für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Technische Universität Wien, 2013.

Dachverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2020, Wien, Dachverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2020.

Deutsche Employer Branding Akademie: Werttreiber Employer Branding: Geringere Kosten, bessere Leistung, zufriedener Kunden, mehr Umsatz, 2006. Online abrufbar unter:

www.dgfp.de/hr-wiki/Werttreiber_Employer_Branding_Geringere_Kosten_bessere_Leistung_....pdf
(abgerufen am 19.02.2020).

Deutscher Wissenschaftsrat: Anwendungsorientierung in der Forschung: Positionspapier, Jänner 2020, S 12f. Online abrufbar unter:

www.wissenschaftsrat.de/download/2020/8289-20.pdf (abgerufen am 28.03.2021).

Dillinger, Sophie/Oppel, Albert: Das neue BVergG 2018, Wien, MANZ Verlag, 2018.

Dornmayr, Helmut/Rechberger, Marlis: Unternehmensbefragung zum Fachkräftebedarf/-mangel 2019: Fachkräftenradar 2019 – Teil II, ibw-Forschungsbericht Nr 198, Wien, 2019.

Dornmayr, Helmut/Rechberger, Marlis: Unternehmensbefragung zum Fachkräftebedarf/-mangel 2020: Fachkräftenradar 2020, ibw-Forschungsbericht Nr 204, Wien, 2020.

Dresing, Thorsten/Pehl, Thorsten: Praxisbuch Interview, Transkription & Analyse: Anleitungen und Regelsysteme für qualitativ Forschende, 8. Auflage, Marburg, Eigenverlag, 2018.

Drews, Günter/Hillebrand, Norbert: Lexikon der Projektmanagement-Methoden, 2. Auflage, Freiburg, Haufe-Lexware Verlag, 2010.

Duden: Fachkraft. Online abrufbar unter: www.duden.de/suchen/dudenonline/Fachkraft (abgerufen am 24.01.2020).

Ebner, Reinhard: Heute Lehrling, Morgen Führungskraft, a3BAU, Mai 2019, S 30–33.

Ebner, Reinhard/Müller-Hofstetter, Sabine: Es fehlt an allen Ecken und Enden, a3BAU, September 2019, S 10–15.

Eckstein, Peter P.: Repetitorium Statistik: Deskriptive Statistik – Stochastik – Induktive Statistik, 8. Auflage, Wiesbaden, Springer Gabler | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2014.

Ehrnhöfer, Felix: Neues Vergabegesetz legt Bestbieterprinzip lahm, Architektur & Bau Forum, März 2017, S 12.

Eilmansberger, Thomas/Fruhmann, Michael in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael/Thienel, Rudolf (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar, 2. Auflage, Wien, Springer-Verlag, 2009.

Elias-Linde, Sabine: Personalknappheit als betriebswirtschaftliches Problem, Wiesbaden, Springer Gabler | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2014.

Essl, Marcus: Ökologische, soziale und volkswirtschaftliche Aspekte im neuen Vergaberecht, in: Sachs, Michael (Hrsg): Schwerpunkte II zum BVergG 2006: Von der europäischen Idee zur nationalen Umsetzung, Wien, MANZ Verlag, 2005, S 45–59.

Essletzichler, Manfred/Hwezda, Johann: Bundesvergabegesetz Novelle: Mehr Aufwand und Preisdruck, Online-Ausgabe Trend vom 19.04.2017. Online abrufbar unter: www.trend.at/branchen/rechtsschutz/bundesvergabegesetz-zwei-ziele-loesung-8084935 (abgerufen am 27.01.2019).

Europäische Kommission: Binnenmarkt-Informationssystem: In IMI verwendete Fragenkomplexe, Formulare und Listen. Online abrufbar unter: ec.europa.eu/internal_market/imi-net/library/question_sets_forms/index_de.htm (abgerufen am 28.12.2019).

Faustmann, Anna: Regionaler Fachkräftebedarf im Kontext von Migration und Digitalisierung, Wirtschaftspolitische Blätter, Nr 01/2019, S 91–107.

Ferber, Thomas: Bewertungskriterien und -matrizen im Vergabeverfahren: Wie erziele ich ein optimales Zuschlagsergebnis?, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2015.

Fiedler, Rudolf: Controlling von Projekten: Mit konkreten Beispielen aus der Unternehmenspraxis – Alle controllingrelevanten Aspekte der Projektplanung, Projektsteuerung und Projektkontrolle. 8. Auflage, Wiesbaden, Springer Vieweg | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2020.

Fink, Christian/Jirek, Michael/Lechner, Hans/Stefan, Günther/Stifter, Daniela: Vergabemodelle: Leitfaden zur Vergabe von Beratungs- & Planungsleistungen, Graz, Verlag der Technischen Universität Graz, 2018.

Flato, Ehrhard/Reinbold-Scheible, Silke: Zukunftsweisendes Personalmanagement: Herausforderung demografischer Wandel – Fachkräfte gewinnen, Talente halten, Erfahrung nutzen, München, mi-Fachverlag | FinanzBuch Verlag, 2008.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht: Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2007.

Froschauer, Ulrike/Lueger, Manfred: Das qualitative Interview: Zur Praxis interpretativer Analyse sozialer Systeme, 2. Auflage, Wien, Facultas Verlag, 2020.

Fruhmann, Michael: Die BVergG-Novelle 2015, ZVB, März 2016, S 98–111.

Gabler Wirtschaftslexikon: Nutzwert. Online abrufbar unter: wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/nutzwert-45412 (abgerufen am 02.02.2021).

Gary, Gisela: Fachkräfte gesucht, a3BAU, Jänner/Februar 2020, S 12–15.

Gast, Günther: Das öffentliche Vergabewesen in Österreich: Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006, München, Redline Verlag, 2006.

Gölles, Hans: Referenzen bei Eignungs- und Auswahlkriterien zur Leistungsfähigkeit – insbesondere bei Bauaufträgen, ZVB, April 2016, S 141–146.

Gölles, Hans in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael/Thienel, Rudolf (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2002: Kommentar, Wien, Springer-Verlag, 2005.

Goldammer, Dietmar: Personalmanagement in Zeiten des Fachkräftemangels: Schnelleinstieg für Architekten und Bauingenieure, Wiesbaden, Springer Vieweg | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2019.

Grob, Heinz Lothar/Bensberg, Frank: Controllingsysteme: Entscheidungstheoretische und informationstechnische Grundlagen, München, Vahlen Verlag, 2009.

Hackl, Johann/Schramm, Johannes/Öhler, Matthias in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael/Thienel, Rudolf (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar, 2. Auflage, Wien, Springer-Verlag, 2009.

Häberle, Siegfried G. (Hrsg): Das neue Lexikon der Betriebswirtschaftslehre: Kompendium und Nachschlagewerk mit 200 Schwerpunktthemen, 6.000 Stichwörtern, 2.000 Literaturhinweisen sowie 1.300 Internetadressen – Band A–E, München, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2008.

Hahn, Dietger/Hungenberg, Harald: PuK: Wertorientierte Controllingkonzepte – Planung und Kontrolle, Planungs- und Kontrollsysteme, Planungs- und Kontrollrechnung, 6. Auflage, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2001.

Hahnl, Katharina: BVergG: Bundesvergabegesetz 2002, Wien, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002.

Handler, Heinz: Öffentliches Auftragswesen und Wettbewerb im gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang, in: Sachs, Michael (Hrsg): Schwerpunkte zum BVergG 2006: Ökonomische und rechtliche Aspekte, Wien, MANZ Verlag, 2005, S 27–58.

Hartel, Dirk H.: Consulting und Projektmanagement in Industrieunternehmen: Praxisleitfaden mit Fallstudien, München, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2009.

Harth, Michael: Multikriterielle Bewertungsverfahren als Beitrag zur Entscheidungsfindung in der Landnutzungsplanung – unter besonderer Berücksichtigung der Adaptiven Conjoint-Analyse und der Discrete Choice Experiments, Dissertation am Institut für Agrarökonomie und Agrarraumgestaltung, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2006.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2011, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2011.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2012, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2012.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2013, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2013.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2014, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2014.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2015, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2015.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2016, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2016.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2017, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2017.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2018, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2018.

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (Hrsg): Statistisches Handbuch der österreichischen Sozialversicherung 2019, Wien, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, 2019.

Heid, Stephan: Vergabefremde Kriterien im Bundesvergabegesetz, wbl, Mai 1998, S 194–197.

Heid, Stephan/Ring, Julian in Heid, Stephan/Reisner, Hubert/Deutschmann, Daniel/Hofbauer, Berthold (Hrsg): BVergG 2018: Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, Wien, Verlag Österreich, 2019.

Hölzl, Werner/Böheim, Michael/Klien, Michael/Pichler, Eva: Das öffentliche Beschaffungswesen im Spannungsfeld zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip, Studie des Österreichischen Instituts für Wirtschaftsforschung, Wien, 2017.

Hoffmeister, Wolfgang: Investitionsrechnung und Nutzwertanalyse: Eine entscheidungsorientierte Darstellung mit vielen Beispielen und Übungen, 2. Auflage, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008.

Hofstadler, Christian/Loik, Markus/Peterseil, Markus/Pantelic, Nenad/Katz, Nicholas: Der Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, bauaktuell, Nr 07/2016, S 133–143.

Hofstadler, Christian/Loik, Markus/Peterseil, Markus/Pantelic, Nenad/Katz, Nicholas: Einfluss von Lohn- und Sozialdumping auf den Wettbewerb in der Bauwirtschaft, Forschungsprojekt der Technischen Universität Graz, Graz, 2016.

Holoubek, Michael/Fuchs, Claudia/Holzinger, Kerstin: Vergaberecht, 5. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2018.

Holoubek, Michael/Fuchs, Claudia/Ziniel, Thomas: Vergaberecht, in: Holoubek, Michael/Potacs, Michael (Hrsg): Öffentliches Wirtschaftsrecht: Band 1 und 2, 4. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2019, Band 1, S 841–976.

Holtbrügge, Dirk: Personalmanagement, 7. Auflage, Berlin, Springer Gabler | Springer-Verlag, 2018.

Huber, Alfons: Die „unendliche Geschichte“: Die Entwicklung des österreichischen Vergaberechts, in: Gölles, Hans/Grussmann, Wolf-Dietrich/Huber, Alfons/Pachner, Franz (Hrsg): Bundesvergabegesetz (BVerG): Kurzkomentar mit einführenden Aufsätzen, Wien, Verlag Österreich, 1993, S 11–47.

Hübner, Heinz/Jahnes, Stefan: Management-Technologie als strategischer Erfolgsfaktor: Ein Kompendium von Instrumenten für Innovations-, Technologie- und Unternehmensplanung unter Berücksichtigung ökologischer Anforderungen, Berlin, De Gruyter Verlag, 1998.

Huf, Stefan: Personalmanagement, Wiesbaden, Springer Gabler | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2020.

Immerschitt, Wolfgang/Stumpf, Marcus: Employer Branding für KMU: Der Mittelstand als attraktiver Arbeitgeber, 2. Auflage, Wiesbaden, Springer Gabler | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2014.

Jaeger, Thomas in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael/Thienel, Rudolf (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar, 2. Auflage, Wien, Springer-Verlag, 2009.

Jung, Hans: Personalwirtschaft, 10. Auflage, Berlin/Boston, De Gruyter Oldenbourg Verlag, 2017.

Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Tirol und Vorarlberg, Leitfaden für die Vergabe von Ingenieurleistungen: Empfehlungen der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Tirol und Vorarlberg für die Vergabe nach dem Bestangebotsprinzip, Juli 2018. Online abrufbar unter:

http://www.kammerwest.at/fileadmin/user_upload/ik/45_Leitfaden_fuer_die_Vergabe_von_Ingenieurleistungen.pdf (abgerufen am 20.09.2019).

Kleedorfer, Micaela: Arbeitnehmerfreizügigkeit: Entsendung und grenzüberschreitende Dienstleistungen, August 2020. Online abrufbar unter:

news.wko.at/news/oesterreich/eutt_Arbeitnehmerentsendung.pdf (abgerufen am 26.07.2020).

Klimecki, Rüdiger G./Gmür, Markus: Personalmanagement: Strategien, Erfolgsbeiträge, Entwicklungsperspektiven, 3. Auflage, Stuttgart, Lucius & Lucius Verlag, 2005.

Knittler, Käthe: Die Definition macht die Zahl: Arbeitslosigkeit nach nationaler und internationaler Definition im Vergleich, Statistische Nachrichten der Statistik Austria, März 2017, S 180–191.

Kolb, Meinulf: Personalmanagement: Grundlagen und Praxis des Human Resources Managements, 2. Auflage, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2010.

Kollmann, Marcus: Praxisorientierte Unternehmensführung für Ingenieure und Architekten: Unternehmenscontrolling – Unternehmensorganisation – Personalmanagement – Strategisches Management kleiner und mittlerer Ingenieur- und Architekturbüros, Stuttgart, Fraunhofer IRB Verlag, 2016.

Krammer, Jürgen: Das Spannungsfeld der Bestangebotsvergabe: Zwischen der Anforderung der fairen Vergabe und der Herausforderung, nach gesetzlichen Vorgaben das für das Unternehmen wirtschaftlichste und technisch beste Angebot unter kontrollfähigen Kriterien zu ermitteln, Diplomarbeit an der Fachhochschule Campus Wien, 2017.

Krejci, Heinz: Zivilrechtliche Grundfragen der Vergabe öffentlicher Aufträge, Forschungsprojekt der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, Wien, 1981.

Kropik, Andreas: Bestbieterkriterien – der Weg zu einer fairen Vergabe?, Trockenbau-Journal, Nr 01/2015, S 16.

Kropik, Andreas: Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 1: Alles ist Mathematik und noch ein bisschen mehr, ZVB, September 2018, S 358–372.

Kropik, Andreas: Ist der Bestbieter immer der Beste und eine faire Vergabe fair?: Teil 2: Qualitative Angaben und Juryentscheidungen, ZVB, Februar 2019, S 53–57.

Kurbos, Rainer: Bestbieter und Subunternehmer?, bauaktuell, Nr 05/2015, S 120.

Kurz, Thomas: Zuschlagskriterien, Österreichische Bauzeitung, Nr 24/2019, S 39.

Lessiak, Rudolf: Spannungsverhältnis zwischen Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Dienstleistungen, Beitrag im Tagungsband zum 7. Jahresforum Vergaberecht, 2009, S 221-241.

Lessiak, Rudolf/Meyer, Renate: Bewertung geistiger Dienstleistungen aus betriebswirtschaftlicher und aus vergaberechtlicher Sicht, Präsentation zum 9. Jahresforum Vergaberecht, 2011.

Lessiak, Rudolf/Meyer, Renate: Rahmenvereinbarung: Angebotsbewertung und Leistungsabruf, Präsentation zum 11. Jahresforum Vergaberecht, 2013.

Lippold, Dirk: Personalmanagement im digitalen Wandel: Die Personalmarketing-Gleichung als prozess- und wertorientierter Handlungsrahmen, 3. Auflage, Berlin/Boston, De Gruyter Oldenbourg Verlag, 2019.

Martin, Joachim: Betriebsorganisation, in: Krause, Thomas/Ulke, Bernd (Hrsg): Zahlentafeln für den Baubetrieb, 9. Auflage, Wiesbaden, Springer Vieweg | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2016, S 1297-1389.

Mayr, Clemens: Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht: Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung, Juristische Schriftenreihe Band 195, Wien, Verlag Österreich, 2002.

Mayr, Clemens in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar, 3. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2020.

Messner, Sonja: Fachkräfte? Mangelware!, Österreichische Bauzeitung, Nr 06/2019, S 10-11.

Meyer, John P./Allen, Natalie J.: A Three-Component Conceptualization of Organizational Commitment, Human Resource Management Review, Volume 1, No 1, 1991, S 61-89.

Möchel, Kid: Immer mehr Lohn-Tricksereien bei ausländischen Arbeitern am Bau, Online-Ausgabe Kurier vom 16.09.2018. Online abrufbar unter: kurier.at/wirtschaft/immer-mehr-lohn-tricksereien-bei-auslaendischen-arbeitern-am-bau/400119902 (abgerufen am 23.03.2019).

Müller, David: Betriebswirtschaftslehre für Ingenieure, 2. Auflage, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2013.

Müller-Hofstetter, Sabine: Es braucht Anreize, um die Leistung zu fördern, a3BAU, September 2019, S 16-19.

Müller-Hofstetter, Sabine: Mehr als nur „Ziegel schupfen“, a3BAU, Jänner/Februar 2020, S 18-20.

Nitzl, Stephan: Konkurrenzklausele: Wer zahlen muss, wenn man abgeworben wird, Online-Ausgabe der Standard vom 26.03.2015. Online abrufbar unter: www.derstandard.at/story/2000013420381/konkurrenzklausele-wenn-man-abgeworben-wird (abgerufen am 17.03.2020).

Öhler, Matthias/Malin, Dagmar in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael/Thienel, Rudolf (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2006: Kommentar, 2. Auflage, Wien, Springer-Verlag, 2009.

Öhler, Matthias/Schramm, Johannes in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar, 3. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2020.

Olt, Susanne: Der Kampf um die besten Mitarbeiter - Rechtliche Aspekte des Abwerbens von Arbeitnehmern, Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis, Nr 6501/2016, S 3–9.

Oppel, Albert: BVergG 2018: Eine Übersicht, ZVB, Juli/August 2018, S 294–304.

Oppel, Albert: Mindestlohn und soziale Lohnaspekte im Vergaberecht: Teil 2, ZVB, April 2019, S 167–171.

ORF Steiermark: Bauwirtschaft: Viele Aufträge - viele Arbeitslose, ORF Steiermark-News vom 15.04.2015. Online abrufbar unter: steiermark.orf.at/v2/news/stories/2705401/ (abgerufen am 04.03.2021).

Pachner, Franz: Schafft die E Lianakis des EuGH Probleme für die Vergabe geistiger Leistungen?, ZVB, Oktober 2008, S 285–288.

Pesendorfer, Hannes/Gruber, Christian in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar, 3. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2020.

Pietzcker, Jost: § 122 Vergabe und Beschaffungswesen, in: Püttner, Günter: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 6 - Kommunale Finanzen, 2. Auflage, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 1985, S 542–553.

Platzer, Martin/Öhlinger, Rudolf: EU-konforme Ausschreibungen: Ein praxisorientierter Leitfaden, 2. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 1998.

Raab, Jacqueline: Chancen für Beschäftigten-Minderheiten in der Bauausführung in Österreich, Diplomarbeit am Institut für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Technische Universität Wien, 2016.

Riesenfelder, Andreas/Danzer, Lisa/Reichert, Helga/Wetzel Petra: Endbericht Entsendungen und Überlassungen nach Österreich, Lohndumping. Eine Studie mit Fokus auf dem Baubereich, Studie der L&R Sozialforschung, Wien, 2019.

Rihs, Georg: Das EuGH-Urteil Maksimovic: Dienstleistungsfreiheit und GRC versus VStG, bauaktuell, Nr 01/2020, S 12–18.

Rihs, Georg/Schweinhammer, Wolfgang: LSD-BG – ein Überblick aus vergaberechtlicher Perspektive: Auswirkungen der konsolidierten Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, ZVB, Februar 2017, S 54–63.

Rittner, Fritz: Die „sozialen Belange“ iS der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg): Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts – Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 235, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000, S 87–96.

Ruhland, Kathrin: Vergabe nach dem Bestbieterverfahren – mögliche Zuschlagskriterien für Bauprojekte insbesondere im Hinblick auf partnerschaftliche Vertragsabwicklung, Diplomarbeit am Institut für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Technische Universität Wien, 2017.

Scherm, Ewald/Süß, Stefan: Personalmanagement, 3. Auflage, München, Vahlen Verlag, 2016.

Schiefer, Martin/Mensdorff-Pouilly, Alexandra in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg): Handbuch Vergaberecht: Neu bearbeitet und erweitert unter Berücksichtigung der Novelle 2015, 4. Auflage, Wien, LexisNexis Verlag, 2015.

Scholz, Christian/Scholz Tobias M.: Grundzüge des Personalmanagements, 3. Auflage, München, Vahlen Verlag, 2019.

Schramm, Johannes: Bei Auftragsvergaben ist der Preis oft ausreichend, Online-Ausgabe derStandard vom 26.01.2015. Online abrufbar unter:

www.derstandard.at/story/2000010849425/bei-auftragsvergaben-ist-der-preis-oft-ausreichend (abgerufen am 27.01.2019).

Schramm, Johannes/Pesendorfer, Hannes in Schramm, Johannes/Aicher, Josef/Fruhmann, Michael (Hrsg): Bundesvergabegesetz 2018: Kommentar, 3. Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2020.

Schray, Christoph/Bentz, Friederike: Auswertungssystematik in Konzessionsverfahren, Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft eV, Nr 01/2016, S 27–33.

Schulz, Ludwig M.: Das Geheimnis erfolgreicher Personalbeschaffung: Von der Bedarfsidentifikation bis zum Arbeitsvertrag, Wiesbaden, Springer Gabler | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2014.

Schwarz, Herwig: Der Sinn des Bestbieterprinzips, ZVB, Oktober 2002, S 266–272.

Sibbertsen, Philipp/Lehne, Harmut: Statistik: Einführung für Wirtschafts- und Sozialwissenschaftler, 2. Auflage, Berlin Heidelberg, Springer Gabler | Springer-Verlag, 2015.

Sozialpartner-Initiative: Bestbieterkriterien-Katalog: Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze!, Juli 2016. Online abrufbar unter:

www.faire-vergaben.at/fhs/files_fhs/1/Bestbieterkriterien-Katalog-20072016.pdf

(abgerufen am 17.09.2019).

Specht, Dieter/Möhrle, Martin G. (Hrsg): Gabler Lexikon Technologie Management: Management von Innovationen und neuen Technologien im Unternehmen, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2002.

Statistik Austria: Erwerbstätige nach Alter und Geschlecht seit 1994, Statistik vom 16.03.2021. Online abrufbar unter:

www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/arbeitsmarkt/erwerbstaetige/index.html (abgerufen am 02.04.2021).

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2009: Band 1 - Ergebnisse auf Unternehmens- und Betriebsebene sowie Indizes, Wien, Verlag Österreich, 2010.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2010: Band 1 - Ergebnisse auf Unternehmens- und Betriebsebene sowie Indizes, Wien, Verlag Österreich, 2011.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2011: Band 1 - Ergebnisse auf Unternehmens- und Betriebsebene sowie Indizes, Wien, Verlag Österreich, 2013.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2012: Band 1 - Ergebnisse auf Unternehmens- und Betriebsebene sowie Indizes, Wien, Verlag Österreich, 2014.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2013, Wien, Verlag Österreich, 2015.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2014, Wien, Verlag Österreich, 2016.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2015, Wien, Verlag Österreich, 2017.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2016, Wien, Verlag Österreich, 2018.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2017, Wien, Verlag Österreich, 2019.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2018, Wien, Verlag Österreich, 2020.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2019, Wien, Verlag Österreich, 2020.

Statistik Austria (Hrsg): Konjunkturstatistik im Produzierenden Bereich 2020, Wien, Verlag Österreich, 2022.

Statistik Austria: Statistische Datenbank STATcube: Leistungs- und Strukturstatistik ab 2008 – Unternehmensdaten. Online abrufbar unter: www.statcube.at (zuletzt abgerufen am 14.08.2021).

Statistik Austria (Hrsg): Systematik der Wirtschaftstätigkeiten ÖNACE 2008: Band 1: Einführung, Grundstruktur, Erläuterungen, Wien, Verlag Österreich, 2008.

Stopp, Udo: Betriebliche Personalwirtschaft: Zeitgemäße Personalwirtschaft – Notwendigkeit für jedes Unternehmen – Die Betriebswirtschaft, Studium + Praxis, Band 5, 27. Auflage, Renningen, expert verlag, 2006.

Stopp, Udo/Kirschten, Uta: Betriebliche Personalwirtschaft: Aktuelle Herausforderungen, praxisorientierte Grundlagen und Beispiele – Die Betriebswirtschaft, Studium + Praxis, Band 5, 28. Auflage, Renningen, expert verlag, 2012.

Trost, Armin: Die Rolle von Employer Branding bei der Gewinnung von Führungsnachwuchskräften, in: von Au, Corinna (Hrsg): Anreizsysteme für Leadership-Organisationen: Employer Branding und Anreizsysteme der Next Practice, Wiesbaden, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2018, S 1–14.

Trost, Armin: Employer Branding: Entwickeln einer Arbeitgebermarke, Arbeit und Arbeitsrecht - Die Zeitschrift für den Personal-Profi, März 2008, S 136–140.

VÖTB: Katalog der Eignungskriterien und Bestbieterkriterien für den Trockenbau, November 2016. Online abrufbar unter: voetb.at/itrfile/_1_/fcfa345a20034843f55024e8f8e52f45/V%C3%96TB_Kriterienkatalog_2016.pdf (abgerufen am 15.01.2020).

von Walter, Benjamin/Kremmel, Dietmar: Employer Brand Management: Grundlagen, Strategie, Umsetzung, in: von Walter/Kremmel (Hrsg): Employer Brand Management: Arbeitgebermarken aufbauen und steuern, Wiesbaden, Springer Gabler | Springer Fachmedien Wiesbaden, 2016, S 3–35.

Wegerich, Christine: Strategische Personalentwicklung in der Praxis: Instrumente, Erfolgsmodelle, Checklisten, Praxisbeispiele, 3. Auflage, Berlin Heidelberg, Springer Gabler | Springer-Verlag, 2015.

Wiesinger, Christoph: Arbeitsrecht in der Bauwirtschaft: Praxishandbuch für Bauindustrie und Baugewerbe, 3. Auflage, Wien, Linde Verlag, 2018.

Wiesinger, Christoph: ASoK-Spezial Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), Wien, Linde Verlag, 2016.

Wiesinger, Christoph: Die Untersagung der Dienstleistung: Eine Klarstellung zur Auslegung des § 7k AVRAG (respektive § 31 LSD-BG), ZVB, Oktober 2016, S 384–387.

Wiesinger, Christoph: Elemente der Sozialbetrugsbekämpfung, in: Wiesinger, Christoph (Hrsg): Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft: Auftraggeberhaftung, Lohn- und Sozialdumping, Ausländerbeschäftigung, Wien, Linde Verlag, 2015, S 1–16.

Wiesinger, Christoph: Keine Schwarzarbeit mit Steuergeld, Österreichische Bauzeitung, Bauinnung Spezial: Vergaberecht auf dem Prüfstand, Juni 2018, S 30–31.

Wiesinger, Christoph: Kollektivverträge der Bauwirtschaft: Kurzkomentar, 6. Auflage, Wien, Linde Verlag, 2020.

WKO: Bildung: Statistische Daten und Hintergrundinformationen. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/zahlen-daten-fakten/Daten-Bildung.html (abgerufen am 29.12.2020)

WKO: Demografische Entwicklung in Österreich: Mehr ältere und weniger jüngere Menschen, WKO-News vom 20.05.2020. Online abrufbar unter: news.wko.at/news/oesterreich/Demografische_Entwicklung_in_Oesterreich.html (abgerufen am 30.05.2020).

WKO: Lehrlingsausbildung. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/bildung-lehre/lehrlingsausbildung.html (abgerufen am 29.12.2020).

WKO: Lohn- und Sozialdumping: Begriff und Überprüfung. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/arbeitsrecht-sozialrecht/Lohn-_und_Sozialdumping_Begriff_und_Ueberpruefung.html (abgerufen am 20.12.2020).

WKO: Öffentliche Auftragsvergabe in Österreich, Broschüre, November 2015. Online abrufbar unter: www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Oeffentliche-Auftragsvergabe-in-Oesterreich.pdf (abgerufen am 02.03.2020).

WKS: Strafen-Kumulation wird ab 1. September abgeschafft, WKS-News vom 23.06.2021. Online abrufbar unter: news.wko.at/news/salzburg/strafen-kumulation.html (abgerufen am 10.09.2021).

Wölwer, Dirk: Identifikation und Bewertung von Schlüsselpersonen sowie deren Einflussnahme auf den Unternehmenserfolg kleiner und mittlerer Unternehmen, Dissertation am Lehrstuhl der Betriebswirtschaftslehre insbesondere Personalmanagement und Organisation, Bergische Universität Wuppertal, 2016.

Zangemeister, Christof: Nutzwertanalyse in der Systemtechnik: Eine Methodik zur multidimensionalen Bewertung und Auswahl von Projektalternativen, 5. Auflage, Winnemark, Zangemeister & Partner, 2014.

Judikaturverzeichnis

BVA 30.06.2011, N/0033-BVA/09/2011-37

BVA 12.12.2008, N/0140-BVA/07/2008-23

BVA 15.09.2001, N-79/01-27

EuGH 12.09.2019, verbundene Rs C 64/18, C 140/18, C 146/18 und C 148/18 (Maksimovic)

EuGH 26.03.2015, Rs C-601/13 (Ambisig)

EuGH 24.01.2008, Rs C-532/06 (Lianakis)

EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99 (Concordia Bus Finland)

EuGH 05.10.2000, Rs C-16/98 (Kommission/Frankreich)

EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98 (Fracasso und Leitschutz)

EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87 (Beentjes)

LVwG Salzburg 23.09.2016, 405-5/18/1/18-2016, 405-5/19/1/18-2016, 405-5/20/1/18-2016

OGH 27.09.2018, 9 ObA 87/18m

OGH 17.09.2014, 4 Ob 125/14g

RIS-Justiz RS0078461

RIS-Justiz RS0078441

RIS-Justiz RS0078421

UVS Tirol 05.11.2001, UVS-2001/K11/026-4

VwGH 26.06.2009, 2009/04/0024

Gesetzesmaterialien und Dokumente

AB 977 BlgNR XX. GP

ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP

ErlRV 776 BlgNR XXV. GP

ErlRV 1618 BlgNR XXIV. GP

ErlRV 1171 BlgNR XXII. GP

ErlRV 1087 BlgNR XXI. GP

ErlRV 972 BlgNR XVIII. GP

IA 641/A XX. GP

KOM (2011) 681 endg vom 25.10.2011, Mitteilung der Kommission über eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)

KOM (2001) 566 endg vom 15.10.2001, Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

KOM (2001) 416 endg vom 18.07.2001, Mitteilung der Kommission über die Förderung der grundlegenden Arbeitsnormen und sozialere Ausrichtung der Politik im Kontext der Globalisierung

KOM (98) 143 vom 11.03.1998, Mitteilung der Kommission über das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union

KOM (96) 583 endg vom 27.11.1996, Grünbuch – Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft

SA GA *Darmon* vom 04.05.1988, Rs C-31/87 (Beentjes)

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1.1: Methodisches Vorgehen bei der Verfassung der Dissertation.....	21
Abbildung 3.1: Gegenüberstellung unstetige und stetige Nutzenfunktion.....	65
Abbildung 4.1: Informationen zur BUAK-Statistik mit Darstellung der Vergleichszeiträume	82
Abbildung 5.1: Entwicklung der Angestelltenzahlen ÖNACE F, 2009–2019	94
Abbildung 5.2: Verteilung männlicher/weiblicher Angestellter nach ÖNACE F 41, F 42 und F 43, 2019.....	95
Abbildung 5.3: Entwicklung der Angestelltenzahlen ÖNACE M 71.12, 2009–2019	96
Abbildung 5.4: Entwicklung der Lehrlingszahlen ÖNACE F, 2009–2019.....	97
Abbildung 5.5: Entwicklung der Lehrlingszahlen ÖNACE M 71.12, 2009–2019.....	98
Abbildung 5.6: Entwicklung der Arbeitslosenquote ÖNACE F, 2009–2019.....	99
Abbildung 5.7: Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen ÖNACE F, 2009– 2019	100
Abbildung 5.8: Entwicklung der Arbeitslosenquote ÖNACE M 71.12, 2009–2019.....	100
Abbildung 5.9: Anteil der Langzeitarbeitslosen an den Gesamtarbeitslosen ÖNACE M 71.12, 2009–2019.....	101
Abbildung 7.1: Auswertung der Frage nach der Stärke des Fachkräftemangels in befragten Bauunternehmen, 2020.....	116
Abbildung 7.2: Auswertung der Frage nach der Entwicklung des Fachkräftemangels in den drei Jahren nach der Befragung	116
Abbildung 8.1: Methodisches Vorgehen bei der Planung, Durchführung und Auswertung der Interviews.....	132

Tabellenverzeichnis

Tabelle 3.1: Kategorisierung preisfremder Zuschlagskriterien für öffentliche Bauaufträge.....	49
Tabelle 3.2: Kategorisierung preisfremder Zuschlagskriterien für öffentliche baunahe Dienstleistungsaufträge.....	51
Tabelle 3.3: Gewichtung von Zuschlagskriterien anhand ihres monetären Wertes für den Auftraggeber	52
Tabelle 3.4: Herleitung der Gewichtung monetärer und nichtmonetärer Zuschlagskriterien mittels Punktesystem.....	53
Tabelle 3.5: Herleitung der Gewichtung nichtmonetärer Zuschlagskriterien mittels Punktesystem bei zuvor festgelegter Gewichtung des Preises.....	53
Tabelle 3.6: Ermittlung der Gewichtung auf Basis des Paarvergleichs, <i>Fiedler</i>	55
Tabelle 3.7: Ermittlung der Gewichtung auf Basis des Paarvergleichs, <i>Busse von Colbe/Witte</i>	56
Tabelle 3.8: Grundlagen zur Bewertung von Bieterangaben anhand eines Beispiels.....	61
Tabelle 3.9: Bewertungsmatrix für das Zuschlagskriterium „Fachliche Qualifikation des Schlüsselpersonals (Ausbildung und Berufserfahrung)“	64
Tabelle 4.1: Anzeigen wegen Unterentlohnung nach Zeiträumen, BUAK-pflichtige Unternehmen/Arbeitnehmer.....	82
Tabelle 4.2: Anzeigen wegen Unterentlohnung unterteilt nach öffentlichen und privaten Baufträgen, BUAK-pflichtige Unternehmen/Arbeitnehmer.....	83
Tabelle 5.1: Altersverteilung BUAK-pflichtige Arbeiter, 2009–2019.....	102
Tabelle 7.1: Beispiele für materielle und immaterielle Anreize.....	124
Tabelle 8.1: Übersicht über die in den Interviewfragen behandelten Themenbereiche und deren Zuordnung.....	133
Tabelle 8.2: Übersicht über die Anzahl an angefragten Unternehmen/Organisationen, Rückmeldungen und zustande gekommenen Interviews.....	135
Tabelle 8.3: Herangezogene Vergabekriterien zum Schlüsselpersonal	155
Tabelle 8.4: Expertenwissen im Vergleich anhand ausgewählter Aussagen	208

Abkürzungsverzeichnis

AB	Ausschussbericht
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AMS	Arbeitsmarktservice
AngG	Angestelltengesetz
ANKÖ	Auftragnehmerkataster Österreich
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
BAG	Berufsausbildungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BK	Begleitende Kontrolle
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BUAG	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz
BUAK	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesvergabegesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
endg	endgültig
ErlRV	Erläuternde Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FEEI	Fachverband der Elektro- und Elektronikindustrie
FMTI	Fachverband der Metalltechnischen Industrie
FN	Fußnote
GA	Generalanwalt
GewO	Gewerbeordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
IA	Initiativantrag
IBPM	Institut für Interdisziplinäres Bauprozessmanagement (der Technischen Universität Wien)
ibw	Institut für Bildungsforschung der Wirtschaft
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
IMI	Binnenmarkt-Informationssystem
IPMA	International Project Management Association
ISCED	International Standard Classification of Education (Internationale Standardklassifikation für das Bildungswesen)
iSd	im Sinne des
KJBG	Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz
KOM	Mitteilungen der Europäischen Kommission
LAG	Landarbeitsgesetz 1984
LSDB	Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung
LSD-BG	Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz

LVwG	Landesverwaltungsgericht
NACE	Nomenclature générale des Activités économiques dans les Communautés Européennes (Statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft)
ÖBA	Örtliche Bauaufsicht
ÖNACE	Österreichische Version der NACE
OGH	Oberster Gerichtshof
OSB	Oberschwellenbereich
PMA	Projekt Management Austria
PS	Projektsteuerung
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
SA	Schlussanträge
SBBG	Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StF	Stammfassung
TU Wien	Technische Universität Wien
USB	Unterschwellenbereich
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VÖTB	Verband Österreichischer Stuckateur- und Trockenausbauunternehmungen
WIFO	Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
WKS	Wirtschaftskammer Salzburg
Z	Ziffer

ZKO Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

Anhang

Interviewleitfaden

Nr	Öffentliche Auftraggeber (AG)	Bauausführende Unternehmen (BU)	Ingenieur-konsulenten
1 Fragen zum Tätigkeitsbereich			
1.1	Erläutern Sie bitte Ihre berufliche Tätigkeit und erklären Sie, welche Verantwortung Ihnen bei der Erstellung öffentlicher Ausschreibungen zukommt.	Erläutern Sie bitte Ihre berufliche Tätigkeit und erklären Sie, welche Verantwortung Ihnen bei der Angebotsbearbeitung (öffentliche Ausschreibungen) zukommt.	wie AG + BU
1.2	Inwiefern haben Sie im Zuge Ihrer Tätigkeit mit Vergabekriterien (Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien) zu tun?	wie AG	wie AG
2 Fragen zur Bestbietervergabe			
Seit Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2015/16 besteht die Verpflichtung zur Bestbietervergabe bei öffentlichen Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 Mio € beträgt.			
2.1	Haben Sie den Eindruck, dass unseriösen Unternehmen – im gegenständlichen Fall Unternehmen, die Lohn- und Sozialdumping betreiben – durch diese Bestimmung ein Riegel vorgeschoben wird? Warum?/Warum nicht?	wie AG	wie AG
2.2	Im Falle einer Bestbietervergabe, wie schwierig gestaltet sich die Festlegung und Gewichtung sogenannter „Qualitätskriterien“ (preisfremder Kriterien) in Ausschreibungen?	Welche Erfahrung haben Sie seit Inkrafttreten der Novelle mit sogenannten „Feigenblattkriterien“ als Zuschlagskriterien gemacht?	wie AG + BU
2.3	Bitte begründen Sie, warum Sie für/ gegen eine verpflichtende Mindestgewichtung preisfremder Zuschlagskriterien wären? Welche Gewichtung preisfremder Zuschlagskriterien wäre angemessen?	wie AG	wie AG
3 Fragen zu personenbezogenen Vergabekriterien (allgemein)			
Unter „personenbezogenen Vergabekriterien“ sind sämtliche Eignungs-, Auswahl und Zuschlagskriterien zu verstehen, bei denen eine Erfüllung bzw. Bessererfüllung der Kriterien von bestimmten Fähigkeiten, Qualifikationen und soziodemografischen Merkmalen einer Person abhängig ist.			
3.1	Welchen Stellenwert haben personenbezogene Vergabekriterien in Ihren Ausschreibungen? Was hat die AG-Seite davon, solche Kriterien vorzugeben?	Besteht bei Ihnen im Unternehmen grundsätzlich Bedarf an Personal zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien? Reicht das im Unternehmen vorhandene Personal dafür aus? Wonach wird auf dem Arbeitsmarkt im Speziellen gesucht (Anforderungsprofil)?	wie AG + BU
3.2	Haben Sie den Eindruck, dass personenbezogene Vergabekriterien Unternehmen vor Herausforderungen stellen? Wenn ja, welche? Machen Sie sich hierzu Gedanken?	Welche Strategien/Maßnahmen werden im Unternehmen verfolgt, um Personal zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien zu beschaffen/gewinnen?	wie AG + BU

		Wie schwierig gestaltet sich die Personalbeschaffung? Welchen Stellenwert hat die unternehmensinterne Personalentwicklung? Wie geht das Unternehmen mit kurzfristigen, unerwarteten Ausfällen um?	
3.3	Haben Sie den Eindruck, dass es immer weniger Unternehmen gibt, die für bestimmte Projekte anbieten können? Wenn ja, glauben Sie besteht hier ein Zusammenhang mit personenbezogenen Vergabekriterien?	Welche Strategien/Maßnahmen werden verfolgt, um Personal zur Erfüllung bzw. Bessererfüllung personenbezogener Vergabekriterien an das Unternehmen zu binden? Haben Sie häufig mit freiwilligen Abgängen oder Abwerbungen von Personen zu tun, welche besagte Kriterien erfüllen? Welche vertraglichen Bindungsmaßnahmen werden ergriffen?	wie BU
3.4	Welche Relevanz haben personenbezogene Vergabekriterien in der Baubranche allgemein?	wie AG	wie AG
4 Fragen zur Berücksichtigung sozialpolitischer Belange			
Gemäß einer der Grundsätze des Vergabeverfahrens kann im Vergabeverfahren auf soziale Belange – zB die Beschäftigung von Frauen, Personen im Ausbildungsverhältnis (Lehrlinge), Langzeitarbeitslosen, Menschen mit Behinderung und älteren ArbeitnehmerInnen – Bedacht genommen werden.			
4.1	Für welche der genannten sozialen Belange ist eine Formulierung als Vergabekriterium sinnvoll/nicht sinnvoll und warum?	Für welche der genannten sozialen Belange ist eine Formulierung als Vergabekriterium sinnvoll/nicht sinnvoll und warum? Berücksichtigen Sie hierbei bitte auch den Kosten-Nutzen-Aspekt (→ Kosten für das Unternehmen vs Nutzen für das Unternehmen in Bezug auf die Erfüllung bzw. Bessererfüllung von Vergabekriterien).	wie AG + BU
4.2	Hat sich schon einmal im Zuge der Ausführung herausgestellt, dass ein soziales Zuschlagskriterium (zB Einsatz einer bestimmten Anzahl von Lehrlingen) seitens des ausführenden Unternehmens nicht eingehalten wurde? Welche Maßnahmen haben Sie ergriffen bzw. würden Sie in so einem Fall ergreifen?	Wird die Einhaltung sozialer Zuschlagskriterien (zB Einsatz einer bestimmten Anzahl von Lehrlingen) im Zuge der Ausführung von AG-Seite kontrolliert?	wie BU
5 Fragen zur Berücksichtigung der Qualifikation des Schlüsselpersonals			
5.1	Wie würden Sie „Schlüsselpersonal“ definieren? Was zeichnet dieses aus?	Welche Rolle spielen erworbene Ausbildungen/Erfahrung/Referenzen für die Verhandlungsposition a) bestehender und b) potenzieller neuer MitarbeiterInnen? Welche Bedingungen können MitarbeiterInnen/BewerberInnen an Unternehmen stellen?	wie BU
5.2	Haben Sie den Eindruck, dass seitens bietender Unternehmen bzgl der notwendigen Ausbildung/Erfahrung/Referenzen des eingesetzten Personals des Öfteren Umgehungsversuche unternommen werden (zB „Referenzshopping“)?	Wie beeinflussen Vergabekriterien, die nach Ausbildung/Erfahrung/Referenzen des eingesetzten Personals verlangen, die Wettbewerbsfähigkeit Ihres Unternehmens?	wie BU

5.3	Welche Chance auf einen Projekteinsatz hat eine Person, wenn sie die notwendigen Referenzen nicht hat bzw diese ausgelaufen sind? Welche Erfahrung haben Sie mit dem Austausch von Schlüsselpersonal?	Wie geht Ihr Unternehmen mit einem Auslaufen von Referenzen um?	wie BU
5.4	Wonach skalieren Sie, wie viel die Ausbildung/Erfahrung/Referenzen des eingesetzten Personals „wert“ sind? Sind Ausbildung/Erfahrung/Referenzen bzw der Vorteil skalierbar oder in Wert bezifferbar? Kennen Sie das internationale Bildungsklassifikationssystem (ISCED)?	Wie beurteilen Sie Vergabekriterien, die nach Ausbildung/Erfahrung/Referenzen des eingesetzten Personals verlangen, hinsichtlich Ihres Kosten-Nutzen-Aspekts (→ Kosten für das Unternehmen vs Nutzen für das Unternehmen in Bezug auf die Erfüllung bzw Bessererfüllung von Vergabekriterien)?	wie AG + BU
6 Sonstige Fragen			
6.1	Fällt Ihnen an dieser Stelle noch etwas ein, das Sie zur gegenständlichen Thematik sagen möchten und vielleicht im Zuge dieses Interviews nicht angesprochen wurde?	wie AG	wie AG

Eidesstattliche Erklärung

Hiermit erkläre ich eidesstattlich, dass ich die vorliegende Dissertation selbständig verfasst und keine anderen, als die angegebenen Quellen als Hilfsmittel verwendet habe. Der Literatur oder den transkribierten Interviews wörtlich entnommene Textstellen sind als solche kenntlich gemacht. Bisher wurde diese wissenschaftliche Arbeit in dieser oder ähnlicher Form nicht veröffentlicht und keiner anderen Prüfungskommission vorgelegt.

Ort, Datum

Dipl.-Ing.ⁱⁿ Jacqueline Raab, BSc