

SCHRAMM ÖHLER
RECHTSANWÄLTE

Kooperationen und Vergaberecht: Wege zu Lösungen

Workshop Smart Cities
Technology Platform
Smart Cities Austria
20.03.2012

Rechtsanwalt Dr. Matthias Öhler
Schramm Öhler Rechtsanwälte





Der Ausgangspunkt: Öffentliche Hand muss ausschreiben

- Öffentliche Hand ist Auftraggeber im Sinn des Bundesvergabegesetzes
- Pflicht, Vergabeverfahren durchzuführen
- Vergaberecht als (zu) enges Korsett?
 - Dauer der Verfahren
 - Transaktionskosten
 - Aufwand für optimale Lösung
 - Risiken im Fall einer Beeinspruchung



Vergabeverfahren sind besser als ihr Ruf...

- ... zwingen zum genauen Durchdenken
 - der gewünschten Leistung
 - der Auswahl des optimalen Umsetzungspartners
- ... bieten Flexibilität und Rechtssicherheit
 - Präklusion
- ... sind offen für „smarte“ Beschaffung
 - Nachhaltigkeit
 - Lebenszyklus-Modelle



„Smarte“ Elemente im Bundesvergabegesetz

- Pflicht, auf **Umweltgerechtheit** der Leistung Bezug zu nehmen (§ 19 Abs 5 BVergG), insb. **Endenergieeffizienz** bei
 - Beschreibung der Leistung
 - Festlegung von Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug
- Leistungs- und Funktionsanforderungen haben, soweit möglich, **Anforderungen an Umweltgerechtheit der Leistung** zu enthalten (§ 96 Abs 4 BVergG)
- Zukünftige **laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren** sind in die Leistungsbeschreibung und Aufgabenstellung aufzunehmen, falls deren Kosten ein Zuschlagskriterium bilden (§ 96 Abs 5 BVergG)



Nachhaltige Vergabe

- Österreichischer **Aktionsplan für nachhaltige Beschaffung:**
Ökologische / soziale / ökonomische **Kernkriterien**
 - wurden für 16 Beschaffungsgruppen erarbeitet
 - für „smarte Vergabe“ besonders relevant:
 - Hochbau
 - Tiefbau
 - Innenausstattung
 - Abrufbar unter www.nachhaltigebeschaffung.at



Errichtung der FH St. Pölten in Lebenszyklusmodell

Problemstellung:

Schnellstmöglicher Neubau einer Fachhochschule,
Ausschluss von Nachtragsforderungen im Zuge des Baus,
garantierte Maximalkosten für den Betrieb

Lösung:

Verbindung von

- Totalunternehmervergabe (Planung und Errichtung),
- FM- und Contracting-Ausschreibung





Errichtung einer FH in einem Lebenszyklusmodell

Keine einheitliche Risikotragung bei getrennter Beauftragung:
Planer bedenkt Kostenüberschreitung in Bauphase oder bei Betriebsführung nicht mit, er muss sie ja nicht tragen
→ Kostenüberschreitungen bleiben beim Bauherrn

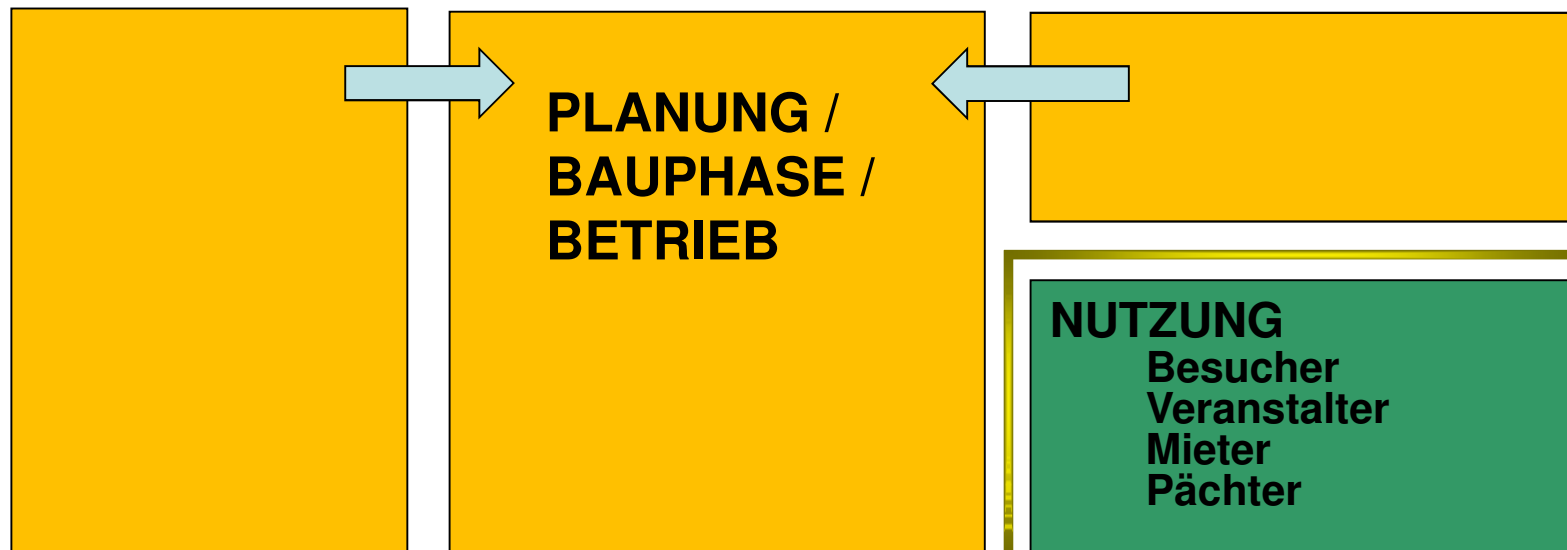


GRENZE RISIKOTRAGUNG 



Errichtung einer FH in einem Lebenszyklusmodell

Einheitliche Risikotragung in einem Lebenszyklusmodell:
Totalunternehmer für Planung, Bauphase und Betrieb
verantwortlich: er trägt Kosten in allen Phasen und erhält dafür
Pauschalentgelt → Kostenüberschreitungen bleiben bei ihm



GRENZE RISIKOTRAGUNG



Energieeffizienzsteigerung

Problemstellung:

Gebäude einer Stadtgemeinde (Krankenhäuser, Amtsgebäude, Wohnhäuser etc.) verbrauchen wesentlich mehr Energie als notwendig. Durch eine professionelle Energieoptimierung können € 40.000 im Jahr eingespart werden.

Verworfenene Lösung: Eigendurchführung

Realisierte Lösung:

Die Dienstleistung der Energieeffizienzsteigerung wird an ein privates Spezialunternehmen vergeben.

Dieses sagt Einsparungen (auf Basis heutiger Energiekosten) in Höhe von € 40.000,-/Jahr zu, davon gehen 50% an den Dienstleister.

Aus diesem Budget führt der Dienstleister die erforderlichen Maßnahmen durch (Parametrierung, Schwachstellenbeseitigung, Energiecontrolling, Nutzermotivation, kleinere Umbauten).

Vergaberecht: Direktvergabe möglich?





Einsparcontracting

Problemstellung:

Ein großer Kindergarten soll general-saniert werden. (Geschätzter Auftragswert 1,2 MEURO) Geld aus dem „Investitionsbudget“ ist nicht vorhanden. Die Sanierung soll „maastricht-konform“ erfolgen. Jährliche Energieeinsparungsmöglichkeiten ca. 18.000 EURO

Verworfenne Lösung: Bauauftrag

Realisierte Lösung:

Die thermische Sanierung des Kindergartens erfolgt langfristig aus dem jährlichen Betriebsbudget. (Kann maastricht-konform ausgestaltet werden). Im Zuge des Verhandlungsverfahrens wird eine Lösung entwickelt, bei der der AG (bei einem abgespeckten Projekt, aber gleicher Energieeinsparung) nur mehr einmalig 550.000.- EURO zahlen muss.

Der Rest wird aus den Einsparungen bezahlt.

Bestbieter wurde jener Bieter, welcher die größten Einsparungen garantierte und den niedrigsten Baupreis für die Sanierung anbot.





Kooperation außerhalb des Vergaberechts:

- Bundesvergabegesetz kennt zahlreiche Ausnahmen
 - Es gibt so viele Ausnahmen, wie man suchen will ...
 - Rechtssicherheit lässt sich herstellen (z.B. ex ante-Transparenzbekanntmachung)
- Beispiele:
 - Publikumsfinanzierung
 - Förderung



Faktoren bei Wahl des Modells:

- Wie viel Einfluss will Auftraggeber? Für wie lange?
- Wer stellt Know How bereit? Wie wird es bewahrt?
- Wie viel Kapital stellt Auftraggeber bereit?
Maastricht-Konformität: Auswirkungen auf
Schuldenstand!
- Auslagerung von Mitarbeitern des Auftraggebers?
- Einbindung lokaler Unternehmen / Bürger?
- Steuerliche Fragen: Vorsteuerabzugsberechtigung?



Publikumsfinanzierung

Problemstellung:

Möglichst schnelle Sanierung und Vergrößerung der bestehenden Heiltherme, günstige Finanzierung, langfristige Sicherung des Betriebs

Verworfenener

Lösungsweg:

Ausschreibungen nach BVergG (höhere Preise, Absprachen befürchtet)





Publikumsfinanzierung

Lösung:

Mehrheitsanteile an Heiltherme wurden an lokale Unternehmen veräußert (Hoteliere, Touristikunternehmen, Bauunternehmen, etc.). Rückkaufsmöglichkeit der Mehrheitsanteile wurde durch Eintrittsrechte und Call Optionen teilweise gesichert.

Ziel: Keine Anwendung des Vergaberechts, um lokale Planer und Bauunternehmer beauftragen zu können

Finanzierung durch Begebung von mittel- bis langfristig unkündbaren Gewinnscheinen an echte und atypisch stille Gesellschafter aus der Gemeinde und dem Umland.
(Tourismusunternehmen)

Vorteil: Einbindung der Wirtschafts- und Werkkraft der örtlichen Umgebung – **kein öffentlicher Auftraggeber im Boot**



Förderung

Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag:

- kein marktkonformes Entgelt → Fördervertrag
- Öffentlicher Auftrag liegt hingegen vor, wenn
 - unmittelbares wirtschaftliches Interesse
 - Durchsetzbare Rechtspflichten (Synallagma)
 - Äquivalenz



Betrieb einer Bildungseinrichtung über eine Förderung

Problemstellung:

Betrieb einer bestimmten Erwachsenenbildung an einem bestimmten Ort mit vorgegebenen Inhalten

Verworfenener Lösungsweg:

Gemeinsame Gesellschaft mit einem privaten Investor

Lösung:

- Anschubfinanzierung iHv ca 1/3 der Gesamtkosten
- Keine durchsetzbare Rechtspflichten, aber ganz oder teilweises Rückforderungsrecht der Anschubfinanzierung
- **Auswahl des Fördernehmers durch Grünbuchverfahren**





Ergebnis

- Vergaberecht ist flexibler als sein Ruf
- Wenn diese Flexibilität nicht ausreicht:
Gestaltung außerhalb des Vergaberechts möglich
- Voraussetzung:
 - Qualitätsvolle Planung, Vertragsgestaltung
 - Beratung, Erfahrungsaustausch
- **Mehr Dialog, Austausch nötig!**



SCHRAMM ÖHLER
RECHTSANWÄLTE

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Kontakt:

RA Dr. Matthias Öhler
Schramm Öhler Rechtsanwälte
kanzlei@schramm-oebler.at
Tel. +43 1 409 76 09