

Vergabejuristen und Beschaffer¹: Tipps für gute Zusammenarbeit

*Fünf Grundsätze für bessere Ergebnisse
in der Zusammenarbeit zwischen Vergabejuristen und Beschaffern*

1. Rollenverteilung

Weg von Klischees, hin zum Teamgedanken.

„Das hohe Recht!“ oder „Verklagst du mich eh nicht?“ Oft haben Unternehmensmitarbeiter – seien es Einkäufer oder Vertreter anderer Abteilungen – besonderen Respekt vor Juristen und deren rechtlichem Wissen. Dabei ist eine Rechtsabteilung nur eine von vielen Organisationseinheiten des öffentlichen Auftraggebers – mit nicht mehr und auch nicht weniger Autorität. Und Haftungsgefahr. Umso wichtiger ist es, ein klares Bild von der Rolle der Vergabejuristen in der Organisation des öffentlichen Auftraggebers zu schaffen:

⇒ Vergabejuristen sind Teammitglieder.

Die Rolle des Vergabejuristen liegt in der (vergabe)rechtlichen (BVerG-konformen) Optimierung des Beschaffungsvorgangs. In-house-Juristen neigen manchmal dazu, alle Rechtsfragen auf die denkbar sicherste Weise zu lösen. Die (Vergabe)Rechtsabteilung dient aber nicht dem BVerG 2018 sondern dem Unternehmen. Keine Frage, alle zwingenden Vorgaben des BVerG 2018 sind einzuhalten. In vielen Fällen bestehen aber Interpretationsspielräume.

Tipps für Vergabejuristen: Nutzen Sie diese Interpretationsspielräume mit Blick auf die Interessen des Einkäufers und des Bedarfsträgers

⇒ Vergabejuristen einbeziehen.

Auch Beschaffer müssen ihre Rolle gegenüber Vergabejuristen verantwortungsvoll wahrnehmen: Viele Probleme mit vergaberechtlicher Relevanz werden gar nicht erst zum Vergabejuristen getragen, sei es aus Sorge vor überzogenen Vorgaben oder auch nur weil die vergaberechtliche Relevanz nicht erkannt wird. Darin liegt eine große und häufige Gefahrenquelle, die sich in der nachträglichen Nichtigkeit der falsch durchgeführten Vergabe oder einer Rechnungshofkritik realisieren kann (vgl dazu unten Punkt 5.).

Tipps für Beschaffer und Vergabejuristen: Beschaffer sollten darauf vertrauen (können), dass komplizierte Lösungen von ihnen nur gefordert werden, wenn dies wirklich erforderlich ist.

¹ Zur Vereinfachung sind im Folgenden die Rollen des Einkäufers und des Bedarfsträgers teilweise als „Beschaffer“ zusammengefasst. Im Sinne der sprachlichen Vereinfachung sollen alle Bezeichnungen als geschlechtsneutral zu verstehen sein.

2. Kommunikation

Oft von Missverständnissen geprägt.

Es ist erstaunlich, wie lange manche E-Mail-Konversationen weitergeführt werden, obwohl bereits offensichtlich sein müsste, dass aneinander vorbeigeredet wird oder die Konversation nur noch dem Austausch des Unverständnisses über die andere Position dient.

Gute Zusammenarbeit fußt auf guter Kommunikation!

⇒ **Kommunikation des Sachverhaltes**

Der Vergabejurist muss alle erforderlichen Informationen für eine fundierte Einschätzung erhalten.

Tipp für Beschaffer: Versetzen Sie sich in die Rolle des Vergabejuristen und versuchen Sie, diesem alle erforderlichen Informationen leicht verständlich aufzubereiten. Unzumutbar ist beispielsweise die Weiterleitung einer ewig langen E-Mail-Korrespondenz an den Vergabejuristen und dem lapidaren Satz „Kannst du mir bitte eine juristisch saubere Antwort schicken, die ich weiterleiten kann.“

Tipp für Vergabejuristen: Geben Sie keine Beurteilung ab, wenn möglicherweise noch Sachverhaltselemente unklar sind oder fehlen, sondern fragen Sie zur Sicherheit noch einmal nach.

⇒ **Ergänzende mündliche Erörterung**

Viele Missverständnisse entstehen durch Kommunikation über E-Mail, weil hier am meisten Informationen „zwischen den Zeilen“ verloren gehen können oder Fehlinterpretationen stattfinden.

Tipp für Vergabejuristen: Bei kritischen Situationen lohnt es sich, den Beschaffer eher früher als später anzurufen oder persönlich zu treffen. Ein 5-minütiges Telefonat kann stundenlanges nachträgliches Aufarbeiten von Mangelhaftigkeiten ersparen, die durch fehlerhafte E-Mail-Kommunikation entstanden sind.

⇒ **Einkalkulieren von Fehlkommunikation**

Sowohl Vergabejuristen als auch Beschaffer treffen im Rahmen der Kommunikation laufend Annahmen. Gefährlich wird es, wenn unzutreffende Annahmen nicht ausgesprochen werden. Ein Klassiker sind unterschiedliche Annahmen über die Einrechnung von Umsatzsteuer bei der Auftragswertschätzung.

Tipp für Beschaffer und Vergabejuristen: Bleiben Sie kritisch, ob Ihr Gegenüber den Sinn Ihrer Ausführungen richtig versteht und stellen Sie bei wichtigen Themen laufend Kontrollfragen: „Reden wir von Netto-Werten?“ oder „Habe ich richtig verstanden, dass ich den Bieter deshalb ausscheiden muss?“

⇒ Kommunikation der vergaberechtlichen Einschätzung

Bei der Kommunikation der vergaberechtlichen Einschätzung sollte die goldene Mitte angestrebt werden:

(1) Manche Juristen neigen dazu, ihre Einschätzungen ausführlich darzulegen. Dabei kommt es mitunter vor, dass der Anwender nach dem Lesen der Einschätzung gar nicht weiß, was für seinen konkreten Fall nun die Lösung ist.

Tipps für Vergabejuristen:

- Geben Sie in der Einschätzung nicht den gesamten Sachverhalt nochmals wieder aber weisen Sie sehr wohl auf Annahmen, die im Hinblick auf den Sachverhalt getroffen wurden, hin.
- Verfassen Sie keine langen rechtlichen Ausführungen: Für Beschaffer geeignete rechtliche Einschätzungen kommen ohne Paraphrasen und lange rechtliche Ausführungen aus. Sie befassen sich vielmehr gleich mit der konkreten fallbezogenen Frage und klären diese mit einer kurzen aber leicht verständlichen Aussage auf.

(2) Andere Juristen geben reine Handlungsanweisungen ab, ohne auf den juristischen Hintergrund einzugehen. Das bringt die Gefahr mit sich, dass der Beschaffer keine Akzeptanz für die Lösung hat. Verständnis für die Lösung zu schaffen zahlt sich aus! Die Beschaffer setzen Lösungen besser um, wenn sie von deren Sinnhaftigkeit überzeugt sind. Zudem bekommen Beschaffer (vor allem Einkäufer) dadurch auch ein besseres Gespür für Vergaberecht, was langfristig gesehen die Fehleranfälligkeit reduziert.

Beispiel: Weil die geforderte Bankerklärung nicht erlangt werden konnte, wurde vom Bieter nur eine Eigenerklärung abgegeben.

- Zu viel wäre: *„Gemäß § 84 Abs 2 BVergG 2018 kann ein Unternehmen Zu hinterfragen ist, ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall vorliegen. Zur Glaubhaftmachung steht in den Gesetzesmaterialien ... und der EuGH hat in der Rs „Ingsteel“ ausgeführt, dass ... Im Ergebnis ist somit zu prüfen, ob das konkrete Schreiben ...“.*
- Zu wenig wäre: *„Der Bieter ist auszuschneiden.“*
- **Empfehlung:** *„Es gibt die gesetzliche Möglichkeit, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Vorlage eines anderen Nachweises erfüllen. Die konkret vorgelegte 'Eigenerklärung' des Bieters ist jedoch nicht als geeignet, weil sie nicht das gleiche Niveau wie ein KSV-Rating hat“*

3. Servicegedanke

Eine Frage der Ressourcen.

Ein wesentlicher Faktor für die gute Zusammenarbeit ist der Servicegedanke: Wenn ausreichend Kapazitäten in den (Vergabe)Rechtsabteilungen vorhanden sind, sollte sich der Vergabejurist interessiert in den Sachverhalt eindenken, gut auf die Bedürfnisse des Beschaffers eingehen, die Einschätzung verständlich aufbereiten, über den Tellerrand blicken (zB durch Hinweise auf mögliche steuerrechtliche, arbeitsrechtliche oder innerorganisatorische Themen) und Zusatzleistungen wie die Formulierung konkreter Klauseln oder die Vorbereitung von Mustern für verschiedene Dokumente für den Beschaffer erbringen. Und all das im Idealfall mit kurzer Reaktionszeit und pragmatischen Handlungsanweisungen, die der Beschaffer sofort umsetzen kann und die ihm seine Arbeit erleichtern.

Klar ist aber: Vergabejuristen sind „Overheads“ und die werden üblicherweise in der Organisation schlank gehalten. Vergabejuristen können daher nur selten auf dem oben dargestellten Niveau arbeiten, so erstrebenswert dies auch wäre. Aus diesem Grund **drei Tipps für (Vergabe)Rechtsabteilungen mit knappen Ressourcen:**

⇒ Empfang bestätigen

Auch bei knappen Kapazitäten sollte Ihr Gegenüber jedenfalls wissen, dass Sie die Anfrage erhalten haben und wann womit zu rechnen ist. Ein No-Go ist es beispielsweise, auf E-Mails zwei Wochen lang nicht zu reagieren. Auch wenn es Personen sind, die laufend Fragen stellen, die sie sich Ihrer Meinung nach auch selbst beantworten könnten oder die ihre E-Mails ständig mit hoher Dringlichkeit kennzeichnen.

⇒ Möglichst einfache und unkomplizierte Unterstützung

Reagieren Sie zeitnahe, rufen Sie bei kurzen Fragen an und versuchen Sie, Pragmatismus bei der Lösungsfindung zu zeigen. Beschaffer sollen unter allen Umständen gerne mit Anfragen zu Ihnen kommen.

⇒ In-House-Schulungen

Es ist wichtig, die Beschaffer (insbesondere die Einkäufer aber im Idealfall auch die Bedarfsträger) mit jenem Wissen auszustatten, das Sie ihnen mangels zeitlicher Ressourcen nicht zur Verfügung stellen können. Deshalb sollte gerade bei Auftraggebern mit knappen vergaberechtlichen Ressourcen verstärkt auf Weiterbildungen der Beschaffer gesetzt werden (im Idealfall nicht nur zum Vergaberecht, sondern auch zum Vertragsrecht). In-House-Schulungen haben den positiven Nebeneffekt, dass die Vergabejuristen dann auch persönlich gekannt werden. Aber auch eLearnings machen Sinn (wir bieten zB in der Kanzlei auch die Erstellung von speziellen eLearnings (basierend auf „Articulate Storyline“) an: Diese gehen bei Einkäufern wesentlich mehr in die Tiefe aber auch für Bedarfsträger lohnt sich ein kurzes "Einstiegs-eLearning", das die wichtigsten Grundsätze des BVergG 2018 kurz, prägnant und leicht verständlich vermittelt).

4. Flexibilität

Eine Frage der Risikoabwägung.

„Wenn die Rechtsabteilung involviert wird, wird es kompliziert“ oder „Das Vergaberecht verhindert wieder einmal eine sinnvolle Lösung“. Diese Sorge ist nicht selten zu vernehmen und fußt oft durchaus auf berechtigten Erfahrungen. Tatsächlich sollte es genau umgekehrt sein: Vergabejuristen sind aufgrund ihrer Kenntnisse und Erfahrung in der Lage, schwierige Situationen richtig einzuschätzen und geeignete Lösungen vorzuschlagen.

Tipps für Vergabejuristen:

⇒ Risiken abwägen und kreative Auslegungen zulassen

Treffen Sie Risikoabwägungen und trauen Sie sich, bei geringerem Risiko auch kreativere Auslegungen zuzulassen (natürlich trotzdem übereinstimmend mit dem Vergaberecht).

Auch der VwGH verfolgt immer wieder solche kreativen Lösungsansätze (zB in seiner Judikaturlinie, wonach ein Bieter mit dem Verweis auf seine AGB im Angebot noch nicht klar zum Ausdruck gebracht hat, dass er ein Angebot auf Basis seiner AGB legen möchte - VwGH 2006/04/0200 und VwGH 2007/04/0007)!

⇒ Zeigen Sie Flexibilität, indem Sie sich in die Welt des Beschaffers begeben:

- **Verwenden Sie Begriffe der Beschaffer:** Zur Lösung des Problems müssen Juristen zunächst die relevanten Sachverhaltselemente in die vergaberechtliche Sprache übersetzen. Erfolgt bei der Erklärung der Lösung dann keine Rückübersetzung in Begriffe, die dem Beschaffer bekannt sind, führt das zu Unverständnis und dem Beschaffer erscheint die Lösung kompliziert. Typische vergaberechtliche Begriffe wie „Auswahlkriterien“, „erforderliche Subunternehmer“, „Rahmenvereinbarung“ oder „losweise Vergabe“ sind zumindest den Bedarfsträgern häufig nicht bekannt.

Wenn Sie sich fragen, warum Ihr Gegenüber eine aus Ihrer Sicht simple Lösung nicht akzeptiert oder ablehnend reagiert, kann es sich lohnen, die Lösung nochmals in seiner Sprache anzubieten.

- Suchen Sie eine **vergaberechtliche Lösung, die an die wirtschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen angepasst ist.**

So wie es nicht funktioniert, einen Ferrari-Motor in einen VW Golf einzubauen, funktioniert es häufig nicht, die vergaberechtliche Lehrbuch-Lösung auf einen konkreten Problemfall zu pressen.

Ein Negativbeispiel ist die Einheitliche Europäische Eigenerklärung. Der Europäische Gesetzgeber wollte die Eignungsprüfung durch die Möglichkeit der Vorlage einer Eigenerklärung vereinfachen. Das vorgegebene Standardformular dafür mag aus vergaberechtlicher Sicht sehr rechtssicher sein, aber es für die Praxis viel zu komplex. Auftraggeber lassen daher weiterhin zusätzlich ihre eigenen, kürzeren Eigenerklärungen zu.

5. Direktvergaben

Stiefkind mit Potenzial.

Direktvergaben machen die meisten Vertragsabschlüsse und einen beträchtlichen Teil des Beschaffungsvolumens jedes öffentlichen Auftraggebers aus. Trotzdem erfolgen Direktvergaben häufig „unter dem Radar“ der Vergaberechtsabteilung. Wie bereits dargelegt, reichen die ohnehin häufig knappen Ressourcen für vergaberechtliche Beratung nicht für einen Blick auf jede „kleine“ Beauftragung.

Mögliche Maßnahmen für den Vergabejuristen:

⇒ **Musterunterlagen für ihre Direktvergaben**

Stellen Sie den Beschaffern leicht zugängliche Musterunterlagen für ihre Direktvergaben zur Verfügung (insbesondere Einladungstext zur Angebotslegung, Mustervertrag, Grundgerüst für eine Leistungsbeschreibung mit Kommentaren zur Anleitung und Tabelle zur Angebotsprüfung und -bewertung).

⇒ **Dezentrale Beschaffungsstellen**

Setzen Sie dezentrale Beschaffungsstellen ein, die bei Direktvergaben zumindest einen Qualitäts-Check machen. Den Leistungserbringer bereits vor Augen verlieren manche Bedarfsträger den Blick auf die Unternehmensanforderungen an Direktvergaben (beispielsweise, wenn Vergleichsangebote einzuholen wären oder der zukünftige Leistungserbringer besondere Haftungsausschlüsse im Vertrag haben möchte). Dezentrale Beschaffungsstellen tun sich leichter, die Einhaltung der Unternehmensanforderungen sicherzustellen.

⇒ **Von Fehlern Anderer lernen**

Der Rechnungshof-Bericht über die Prüfung des Internen Kontrollsystems bei Direktvergaben in ausgewählten Ressorts BMVIT und BMWFW (Bericht Bund 2015/6 - abrufbar [hier](#)) aus dem Jahr 2015 enthält einige Themen, die für öffentliche Auftraggeber verallgemeinerungsfähig sind. Prüfen Sie diesen und nehmen sie erforderlichenfalls Anpassungen vor.

⇒ **In-House-Schulungen durchführen**

Karlheinz Moick

FSM-Partner Karlheinz Moick war vor seinem Einstieg in die Kanzlei mehr als fünf Jahre bei einem öffentlichen Auftraggeber beschäftigt. Er war zum einen hauptverantwortlich für die vergaberechtliche Begleitung von Beschaffungen und zum anderen thematischer Leiter des gesamten (dezentralen) Einkaufsbereichs. In diesen Funktionen zeichnete Karlheinz Moick unter anderem für die grundlegende Erneuerung der Beschaffungsprozesse dieses öffentlichen Auftraggebers und deren Optimierung im Hinblick auf Rechnungshof-Vorgaben verantwortlich.

Die genannten Grundsätze entstammen seiner Erfahrung in diesen verschiedenen Rollen. Sie können nicht als „Patentrezepte“ herangezogen werden, ihre Anwendbarkeit und Praktikabilität ist im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen.

RA Dr. Karlheinz Moick | Feuchtmüller Stockert Moick Rechtsanwälte GmbH & Co KG | moick@fsm.law