

An  
Landesinnungen Bau  
Fachvertretungen Bauindustrie  
Verteiler Bauindustrie  
AS Rechts- und Versicherungsfragen  
Sonderverteiler Coronavirus Q4/20

Bundesinnung Bau und  
Fachverband der Bauindustrie  
Wirtschaftskammer Österreich  
Schaumburggasse 20 | 1040 Wien  
T +43 (0)5 90900-5222 | F +43 (0)5 90900-5223  
E office@bau.or.at  
W www.bau.or.at

Unser Zeichen, Sachbearbeiter  
MW/MS/SN

Datum  
25.6.2021

## RUNDSCHREIBEN Nr. 22

### Rundschreiben des BMJ zu veränderlichen Preisen bei BVergG-Aufträgen

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Bundesministerium für Justiz hat vor Kurzem aus Anlass der aktuellen Preisentwicklungen bei diversen Produkten im Kontext der COVID-19-Pandemie ein Rundschreiben an alle öffentlichen Auftraggeber gerichtet, mit dem auf die gemäß BVergG gebotene Vorgangsweise hingewiesen wird (siehe Beilage).

Demnach hat eine öffentliche Ausschreibung zu veränderlichen Preisen zu erfolgen, wenn

- Leistungen nicht binnen zwölf Monaten ab dem Ende der Angebotsfrist erbracht werden (Ausnahmen sind zulässig, bedürfen aber einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Eine Regelung, wonach für zwölf Monate Festpreise und erst nach Ablauf dieser Frist veränderliche Preise gelten sollen, ist nicht vergaberechtskonform.)

*oder*

- preisbestimmende Kostenanteile starken Schwankungen unterworfen sind und kalkulatorische Risiken begründen, die über das normale unternehmerische Risiko hinausgehen

*oder*

- den Vertragspartnern ansonsten durch langfristige Verträge unzumutbare Unsicherheiten entstehen würden.

Freundliche Grüße



Mag. Michael Steibl  
Geschäftsführer



Mag. Matthias Wohlgemuth  
Referent

An

die Österreichische Präsidentschaftskanzlei,  
die Parlamentsdirektion,  
den Rechnungshof,  
die Volksanwaltschaft,  
den Verfassungsgerichtshof,  
den Verwaltungsgerichtshof,  
das Bundesverwaltungsgericht,  
das Bundesfinanzgericht,  
alle Landesverwaltungsgerichte,  
alle Bundesministerien,  
den Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt,  
alle Ämter der Landesregierungen,  
die Verbindungsstelle der Bundesländer,  
die Bundeswettbewerbsbehörde,  
die Datenschutzbehörde,  
den Rat für Forschung und Technologieentwicklung,  
die Kommunikationsbehörde Austria,  
das Präsidium der Finanzprokurator,  
die Bundesgeschäftsstelle des  
Arbeitsmarktservice Österreich,  
den Dachverband der Sozialversicherungsträger,  
die Telekom-Control-Kommission,  
die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH,  
die Finanzmarktaufsicht,  
den österreichischen Statistikrat,  
die Bundesanstalt „Statistik Österreich“,  
die Buchhaltungsagentur des Bundes,  
die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur,  
den Österreichischen Gemeindebund,  
den Österreichischen Städtebund,  
die Wirtschaftskammer Österreich,  
die Bundesarbeitskammer,  
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern  
Österreichs (Landwirtschaftskammer Österreich – LKÖ),  
den Österreichischen Landarbeiterkammertag,  
den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag,  
die Österreichische Notariatskammer,

**Mag. Claudia Simon**  
Sachbearbeiterin

[claudia.simon@bmj.gv.at](mailto:claudia.simon@bmj.gv.at)  
+43 1 521 52-302167  
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte  
unter Anführung der Geschäftszahl an  
[team.pr@bmj.gv.at](mailto:team.pr@bmj.gv.at) zu richten.

die Österreichische Patentanwaltskammer,  
die Österreichische Ärztekammer,  
die Österreichische Zahnärztekammer,  
die Bundeskammer der Tierärzte Österreichs,  
die Österreichische Apothekerkammer,  
die Bundeskammer der Architekten und  
Ingenieurkonsulenten,  
die Kammer der Wirtschaftstreuhandler,  
den Verband der Öffentlichen Wirtschaft und  
Gemeinwirtschaft Österreichs,  
das Austrian Standards Institute,  
die Gesellschaft des Österreichischen Roten Kreuzes,  
die ASFINAG,  
die Bundesbeschaffung GmbH,  
die Bundestheater-Holding GmbH,  
die ÖBB-Holding AG,  
die Österreichische Bundesforste AG,  
die Österreichische Post AG,  
den Österreichischen Rundfunk,  
die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H – BIG,  
den Verband der Elektrizitätswerke Österreichs,  
den Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverband,  
den Verband österreichischer Entsorgungsbetriebe,  
die Bundesrechenzentrum GmbH,  
die Via Donau – Österreichische Wasserstraßen-  
Gesellschaft mbH,  
die AIT Austrian Institute of Technology GmbH,  
die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft  
mbH und  
die Austro Control GmbH

Geschäftszahl: 2021-0.324.324

## **Ausschreibung zu Festpreisen oder zu veränderlichen Preisen gemäß § 29 Abs. 5 BVergG 2018; Rundschreiben**

Das Bundesministerium für Justiz ruft das Rundschreiben des BKA-VD vom 11.11.2008, GZ BKA-600.883/0047-V/8/2008, betreffend Ausschreibung zu Festpreisen oder zu veränderlichen Preisen in Erinnerung und weist angesichts der rezenten Preisentwicklungen bei diversen Produkten im Kontext der COVID-19 Pandemie auf folgende, gemäß dem BVergG 2018 gebotene Vorgangsweise im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge hin:

## 1. Rechtslage

§ 29 Abs. 5 BVergG 2018 enthält nähere Vorgaben für Auftraggeber, unter welchen Voraussetzungen eine Ausschreibung zu Festpreisen bzw. zu veränderlichen Preisen zu erfolgen hat. Die Bestimmung lautet wie folgt:

*„(5) Zu Festpreisen ist auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn den Vertragspartnern nicht durch langfristige Verträge oder durch preisbestimmende Kostenanteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind, unzumutbare Unsicherheiten entstehen. In diesem Fall ist zu veränderlichen Preisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Der Zeitraum für die Geltung fester Preise darf grundsätzlich die Dauer von zwölf Monaten nicht übersteigen.“*

In den Erläuterungen zu § 29 BVergG 2018 (RV 69 d. B. XXVI. GP 62) wird dazu Folgendes ausgeführt:

*„Obwohl gemäß Abs. 5 grundsätzlich eine Präferenz für feste Preise besteht, wird insbesondere bei börsennotierten Rohstoffen oder Rohstoffen, deren Preis weltmarktbedingt stark schwankt (zB Erdöl, Stahl), aus Gründen des fairen Wettbewerbes die Kostenberechnung auf der Basis veränderlicher Preise vorzunehmen sein. Ein Mischsystem von festen und veränderlichen Preisen bei derartigen Leistungen ist unzulässig. Der Zeitraum für die Geltung fester Preise beginnt mit dem Ende der Angebotsfrist (vgl § 71 und 76). Mit der Regelung des letzten Satzes des Abs. 5 soll die Geltungsdauer einer Festpreisregelung grundsätzlich mit zwölf Monaten beschränkt werden. Durch die Textierung ist aber auch klargestellt, dass in Ausnahmefällen mit besonderer sachlicher Rechtfertigung der Zeitraum für die Geltung fester Preise durchaus auch zwölf Monate übersteigen kann (arg. „grundsätzlich“).“*

Was unter Festpreisen und veränderlichen Preisen zu verstehen ist, wird wiederum in § 2 Z 26 lit. c und g BVergG 2018 definiert:

*„c) **Festpreis** ist der Preis, der auch beim Eintreten von Änderungen der Preisgrundlagen (wie insbesondere Kollektivvertragslöhne, Materialpreise) für den vereinbarten Zeitraum unveränderlich bleibt.“*

*„g) **Veränderlicher Preis** ist der Preis, der bei Änderung vereinbarter Grundlagen geändert werden kann.“*

## 2. Festlegung durch den Auftraggeber

In jeder Ausschreibung ist festzulegen, ob Festpreise oder veränderliche Preise gelten (§ 29 Abs. 5 BVergG 2018; vgl. dazu VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200). Wird zu veränderlichen Preisen ausgeschrieben, sind in den Ausschreibungsunterlagen die Regeln und Voraussetzungen festzulegen, die eine eindeutige Preisumrechnung ermöglichen, sofern nicht entsprechende ÖNORMEN vorhanden und für anwendbar erklärt worden sind (§ 110 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018).

Die Ausführungen iZm allfällig anwendbaren Vertragsnormen bezüglich eines sechsmonatigen Festpreiszeitraumes (vgl. ÖNORM B 2110, Ausgabe 2013-03-15, Abschn. 6.3.1.1; sowie vergleichbare Bestimmungen in sonstigen ÖNORMEN) gelangen nur dann zur Anwendung, wenn im Leistungsvertrag die Dauer des Festpreiszeitraumes entweder mit sechs Monaten vereinbart wurde oder die Ausschreibung keinerlei Angaben zur Geltung von Festpreisen oder veränderlichen Preisen enthält, aber die Leistung binnen sechs Monaten ab Ende der Angebotsfrist beendet ist. Im Übrigen gilt die Vermutung der Vereinbarung von veränderlichen Preisen nach den Vertragsnormen nur dann, wenn der Vertrag nicht erkennen lässt, ob Festpreise vereinbart sind (vgl. dazu wiederum VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200).

## 3. Festpreise oder veränderliche Preise

Gemäß § 29 Abs. 5 BVergG erster Satz 2018 ist – im Regelfall – zu Festpreisen auszuschreiben. Auch wenn dies aus dem Text des BVergG 2018 nicht ausdrücklich zu ersehen ist, beginnt der Zeitraum für die Geltung fester Preise mit dem Ende der Angebotsfrist (so explizit die zitierten Erläuterungen; dieser Zeitpunkt wird mitunter auch als „Angebotsstichtag“ bezeichnet) und nicht mit dem in der Ausschreibung vorgesehenen oder dem tatsächlichen Beginn der Erbringung der vertragsgemäßen Leistung.

Abweichend vom Regelfall hat unter folgenden Voraussetzungen eine Ausschreibung zu veränderlichen Preisen zu erfolgen:

- 3.1. Da die Dauer für die Geltung fester Preise grundsätzlich zwölf Monate nicht übersteigen darf, sind Leistungen, die nicht binnen zwölf Monaten – ab dem Ende der Angebotsfrist – erbracht werden, zu veränderlichen Preisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Eine Regelung, wonach für zwölf Monate Festpreise

und erst nach Ablauf dieser Frist veränderliche Preise gelten, steht nicht im Einklang mit dieser Bestimmung (so auch explizit die oben zitierten Erläuterungen).

Die Beschränkung der Geltung von Festpreisen auf höchstens zwölf Monaten ist eine grundsätzliche. Ausnahmen sind zulässig, bedürfen aber gemäß den Erläuterungen zu § 29 Abs. 5 BVergG 2018 einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Die sachliche Rechtfertigung muss sich konkret auf jene Kostenanteile beziehen, für die ein längerer Geltungszeitraum vorgesehen wird.

- 3.2. Preisbestimmende Kostenanteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind (in den Erläuterungen werden beispielhaft Erdöl und Stahl genannt) und die kalkulatorische Risiken begründen, die über das normale unternehmerische Risiko hinausgehen, sind aus Gründen des fairen Wettbewerbs jedenfalls (also auch dann, wenn die Leistung binnen zwölf Monaten nach dem Ende der Angebotsfrist erbracht wird) zu veränderlichen Preisen auszuschreiben. Maßgebliches Kriterium hierfür sind die ansonsten (bei einer Ausschreibung zu Festpreisen) resultierenden unzumutbaren Unsicherheiten (für den Unternehmer oder für den Auftraggeber). Dies ist auch in Zusammenhang mit dem Grundsatz des § 88 Abs. 2 Satz 1 BVergG 2018 zu sehen, wonach den Bietern mit der Ausschreibung nicht unkalkulierbare Risiken übertragen werden dürfen (vgl. zum unzumutbaren Kalkulationsrisiko etwa VwGH 21.01.2014, 2012/04/0124 mwN).

Die Regel für die (grundsätzlich zwölfmonatige) Geltung von Festpreisen wird aber nur für jene preisbestimmenden Kostenanteile durchbrochen, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind; der dafür maßgebliche Beurteilungszeitpunkt ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (vgl. § 13 Abs. 3 BVergG 2018; siehe dazu auch die Erläuterungen in 69 d. B. XXVI. GP 48). Als Beurteilungsgrundlage können einschlägige Indizes herangezogen werden: Sprünge von mehreren Punkten pro Monat sind ein Indiz für das Vorliegen von „starken Preisschwankungen“. Das BVergG 2018 verlangt in derartigen Fällen nicht, dass Leistungen, die innerhalb von zwölf Monaten ab Ende der Angebotsfrist erbracht werden, zur Gänze zu veränderlichen Preisen auszuschreiben sind, sondern stellt eben auf jene preisbestimmenden Kostenanteile ab, die starken Preisschwankungen unterworfen sind.

- 3.3. Schließlich hat eine Ausschreibung zu veränderlichen Preisen dann zu erfolgen, wenn den Vertragspartnern (ansonsten) durch langfristige Verträge unzumutbare Unsicherheiten entstehen würden.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen.

25. Mai 2021

Für die Bundesministerin:

FRUHMANN

Elektronisch gefertigt