



Newsletter Bau- und Vergaberecht Issue 2|2024

DAS PROBLEM MIT BIETERLÜCKEN – FEHLERQUELLE IN ÖFFENTLICHEN VERGABEVERFAHREN!

Für eine neutrale Ausschreibung, wie es das BVergG 2018 vorsieht, werden im Vergabeverfahren Bieterlücken als wichtiges Instrument eingesetzt. Dabei handelt es sich um freie Zeilen bzw. Teile eines Leistungsverzeichnisses, in die ein Bieter das von ihm angebotene Produkt, Verfahren oder anderes Leistungsmerkmal einträgt. Auftraggeber können somit bei neutraler Ausschreibung das vom Bieter angebotene Produkt konkret abfragen. Bei der Anwendung solcher Bieterlücken kommt es in der Praxis jedoch immer wieder zu Fehlern, was für viele Bieter einen Ausscheidungsgrund ihres Angebots bedeutet.

Echte und unechte Bieterlücken

Von einer echten Bieterlücke ist die Rede, wenn kein Leitprodukt in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben wird. Wird eine solche echte Bieterlücke nicht ausgefüllt, liegt ein unvollständiges Angebot vor, das vom Auftraggeber zwingend auszuschneiden ist. Eine Verbesserungsmöglichkeit steht dem Bieter hierbei nicht zu.

Eine unechte Bieterlücke liegt hingegen vor, wenn ein Leitprodukt samt Gleichwertigkeitsvermerk in den Ausschreibungsunterlagen angeführt wird. Werden unechte Bieterlücken nicht ausgefüllt, gilt nach dem Gesetz das jeweilige Leitprodukt dennoch als angeboten. Entspricht hingegen ein vom Bieter genanntes Produkt nicht den ausgeschriebenen Kriterien der Gleichwertigkeit, so gilt das exemplarisch ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn dieses in einem Begleitschreiben auch ausdrücklich zum Angebot erklärt wird. Es ist für Bieter daher ratsam, das ausgeschriebene Leitprodukt in einer gesonderten Erklärung ebenfalls zum Angebot zu erheben, um der Gefahr, ein nicht gleichwertiges Produkt und damit ein mangelhaftes Angebot zu legen, entgegenzuwirken.

Richtiges Ausfüllen von Bieterlücken

In jede Bieterlücke ist zwingend der Hersteller und das Produkt genau anzuführen. Sollten diese Angaben unvollständig oder nicht eindeutig ausgefüllt werden, liegt ein unbehebbarer Mangel vor. Eine Verbesserungsmöglichkeit würde zu einer unzulässigen materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung im Vergleich zu anderen Bietern führen, die die Bieterlücke ursprünglich bereits



works

ausschreibungskonform ausgefüllt haben. Dies resultiert aus dem Zweck, dass der Auftraggeber das Angebot sachverständig prüfen kann und weder dem Auftraggeber noch dem Bieter ein Wahlrechtzukommen darf, das gegen das Verhandlungsverbot verstoßen würde.

Unzulässigkeit des Zusatzes „oder gleichwertig“

Eine unechte Bieterlücke ermöglicht dem Bieter zwar wahlweise das Leitprodukt oder ein gleichwertiges Produkt anzubieten. Keinesfalls führt dies aber dazu, dass die angebotene Leistung nicht zu konkretisieren wäre und so die gebotene Festlegung auf das Leitprodukt bzw. ein gleichwertiges Produktumgangen wird. Umso mehr gilt dies für echte Bieterlücken. Durch den Zusatz „oder gleichwertig“ bei der Bezeichnung eines angebotenen Produktes legt sich ein Bieter eben nicht auf ein bestimmtes Produkt fest, wodurch er zum einen nicht nur mehr Zeit für die Ausarbeitung seines Angebots hätte, sondern auch einen materiellen Wettbewerbsvorteil in wirtschaftlicher Hinsicht erlangen könnte. Das angebotene Produkt ist darüber hinaus auch nicht für den AG zu erkennen, weshalb der Zusatz „oder gleichwertig“ einen Mangel des Angebots darstellt, der nach ständiger Rechtsprechung nicht behoben werden kann.

Fazit

In jede Bieterlücke sind zwingend die genaue Bezeichnung von Hersteller und Produkt anzuführen. Nicht zulässig ist der produktbeschreibende Zusatz „oder gleichwertig“. Entspricht ein Produkt bloß den Kriterien der Gleichwertigkeit nicht, so gilt das exemplarisch ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten, wenn dies in einem Begleitschreiben ausdrücklich zum Angebot erklärt wird.

Für offene Fragen zum Thema Bieterlücken stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung!

Bernhard Kall / Sebastian Wiederkumm



works



Information

Dr. Bernhard Kall
T +43 1 535 8008, E b.kall@mplaw.at

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH
Rockgasse 6, 1010 Wien
www.mplaw.at