

SCHWERPUNKT VERGABERECHT DIE AUSSCHREIBUNG

VIER TEILE. Das Vergaberecht umfasst wesentliche Regeln, die ein Träger öffentlicher Gewalt, bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen zu beachten hat, aber auch einen Rechtsschutz für Bieter wegen der Verletzung der Verfahrensregeln. Eine neue Interviewserie des WirtschaftsBlatts.

ANFORDERUNGEN. Für Bieter wird es immer wichtiger, sich bereits in der Angebotsphase mit der Ausschreibung nicht nur aus technischer, sondern auch aus rechtlicher Sicht auseinanderzusetzen. Ausschreibungsbedingungen sind oft widersprüchlich, unvollständig und fehlerhaft. Von öffentlichen Auftraggebern wird auch immer wieder versucht, nicht kalkulierbare Risiken auf Bieter zu überwälzen. Bieter sollten daher darüber Bescheid wissen, dass das Bundesvergabegesetz (BVerG) klare Vorgaben enthält, wie Ausschreibungsunterlagen zu gestalten sind. Die Ausschreibungsunterlagen sind unter anderem so zu erstellen, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermitteln werden können. Angebote müssen von Bietern ohne umfangreiche Vorarbeiten erstellt werden können. Dementsprechend sieht das BVerG vor, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, geeignete Leitlinien, dazu zählt insbesondere auch die ÖNORM B 2110, zu verwenden. Der Auftraggeber ist weiters verpflichtet, die Leistung umfassend zu beschreiben. Es muss für Bieter eindeutig sein, auf welche Leistungen und auf welchen Leistungsumfang sich der Angebotspreis bezieht. In der Praxis werden bei der Erstellung der Ausschreibungsbedingungen die im BVerG vorgegebenen Anforderungen oft nicht eingehalten, obwohl die Auftraggeber dazu verpflichtet sind.

UNKALKULIERBARES. Ohne darüber Bescheid zu wissen, welchen Anforderungen öffentliche Ausschreibungen entsprechen müssen, ist es für Bieter nicht möglich, vergaberechtswidrige Festlegungen erkennen zu können. Bieter sind daher gefordert, sich ein Mindestmaß an rechtlichem Know-how anzueignen. Insbesondere die Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken führt in der Praxis immer wieder zu Problemen. Bieter erkennen im Zuge der Angebotsphase nicht, dass nicht kalkulierbare Risiken auf sie überwälzt wer-

den. Verwirklicht sich in der Folge ein überwältigtes Risiko, kann dies in Extremfällen auch zum wirtschaftlichen Ruin des Bieters führen. Vielfach werden Risiken pauschal auf Bieter überwälzt. Klauseln wie „sämtliche Behinderungen sind einzukalkulieren; sämtliche Leistungen, die im Leistungsverzeichnis nicht angeführt sind, aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind, sind in die Einheitspreise einzukalkulieren“ finden sich immer wieder in Ausschreibungsbedingungen. Mit derartigen pauschalen Risikoüberwälzungen werden nicht kalkulierbare Risiken auf Bieter überwälzt, was laut BVerG unzulässig ist.

BESTANDSFEST. Zu berücksichtigen ist, dass Ausschreibungen, die nicht rechtzeitig bekämpft werden, bestandsfest werden. Trifft der Auftraggeber vergaberechtswidrigen Festlegungen und wird die Ausschreibung nicht bekämpft, können sich Bieter nicht nachträglich darauf berufen, dass der Auftraggeber vergaberechtswidrige Festlegungen getroffen hat. Der Auftraggeber ist in diesem Fall verpflichtet, sämtliche Angebote auf Basis der (vergaberechtswidrigen) Ausschreibung zu prüfen. Verlangt daher der Auftraggeber bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe z.B. die Vorlage sämtlicher K7-Blätter bei sonstigen Ausscheiden, sind sämtliche Bieter verpflichtet, alle K7-Blätter bereits bei Angebotsabgabe vorzulegen. Es ist unstrittig, dass es sich hierbei um eine vergaberechtswidrige Festlegung handelt. Trotzdem muss der Auftraggeber, wenn die Ausschreibung nicht bekämpft wird, sämtliche Angebote, denen die K7-Blätter nicht bereits bei Angebotsabgabe beigelegt sind, ausscheiden.

BIETERFRAGEN. Bieter müssen sich daher bereits vor Angebotsabgabe gegen vergaberechtswidrige Ausschreibungsbedingungen zur Wehr setzen. In der Praxis besteht eine gewisse Zurückhaltung der Bieter, Ausschreibungen zu bekämpfen, da sich viele Bieter nicht bereits vor

Angebotsabgabe mit dem Auftraggeber anlegen wollen. Ein viel zu wenig in Anspruch genommenes Recht der Bieter in diesem Zusammenhang ist die Stellung von Bieterfragen. Bieter können Fragen an den Auftraggeber stellen, um damit z.B. auf die ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrigen Festlegungen in der Ausschreibung hinzuweisen. Für Bieterfragen besteht kein bestimmtes Formerfordernis. Es genügt ein einfaches E-Mail, mit dem der Auftraggeber um Aufklärung ersucht wird. Wichtig ist, dass Bieterfragen sachlich formuliert werden und wenn notwendig auch klar zum Ausdruck gebracht wird, dass die Ausschreibung bekämpft wird, wenn der Auftraggeber die Ausschreibung nicht berichtigt.

RECHTSCHUTZ. Unabhängig von Bieterfragen besteht für Bieter die Möglichkeit, die Ausschreibung mittels Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde überprüfen zu lassen. Bei elektronischer Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen muss der Nachprüfungsantrag im Unterschwellenbereich bis spätestens 7 Tage und im Oberschwellenbereich bis spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde einlangen. Der Nachprüfungsantrag ist gleichzeitig mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verbinden. Mit der einstweiligen Verfügung wird dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote bis zur Entscheidung, ob die Ausschreibung vergaberechtswidrig ist oder nicht, untersagt. Die Erfolgchancen für die erfolgreiche Bekämpfung einer Ausschreibung sind sehr hoch, da es für einen erfolgreichen Nachprüfungsantrag ausreicht, wenn nur eine einzige Bestimmung der Ausschreibung vergaberechtswidrig ist.

FAZIT. In Zeiten, in denen die Wettbewerbsbedingungen immer härter werden, sind Bieter gut beraten, sich bereits in der Angebotsphase insbesondere auch mit den rechtlichen



Dr. Bernhard Kall ist Rechtsanwalt bei Willheim Müller Rechtsanwälte und Spezialist für Vergaberecht

Ausschreibungsbedingungen zu befassen. Wenn sich Bieter nicht selbst mit rechtlichen Bedingungen auseinandersetzen möchten oder nicht über das

notwendige Wissen verfügen, empfiehlt es sich, vor Angebotsabgabe die rechtlichen Bedingungen von einem versierten Vergabeexperten überprüfen

zu lassen, damit es nicht später im Projekt zu einem unangenehmen Aha-Erlebnis kommt.

Dr. Bernhard Kall
b.kall@wmlaw.at

Unter allen Strategien und Techniken zur Problemlösung verwenden wir eine ganz besonders oft: intensives Nachdenken

4 TEILE AUF EINEN BLICK

- TEIL 1** Anforderungen an Ausschreibungen, Erkennen von unkalkulierbaren Risiken, Vergaberechtswidrige Festlegungen des Auftraggebers, Bieterfragen und wie wehre ich mich gegen vergaberechtswidrige Ausschreibungen
- TEIL 2** Notwendiger Angebotsinhalt, Subunternehmer, Nachweissystem für Eignung, Vadium, Alternativangebote, Spekulativer Preis
- TEIL 3** Nichtausfüllen einer Bieterlücke, Unverbindliche Angebote, Der Ausschreibung widersprechende Angebote, Mangelnde oder nicht rechtzeitige Aufklärung im Zuge von Aufklärungsgesprächen
- TEIL 4** Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren, Einstweilige Verfügung, Rechtsmittelfristen, Schadenersatz