

Berichtigung der Ausschreibung

Bei Ausschreibungsmängeln müssen rechtzeitig geeignete Maßnahmen ergriffen werden.

Das mit dem Bundesvergabegesetz 2002 geschaffene und im Bundesvergabegesetz 2018 beibehaltene Rechtsschutzsystem, wonach unter einer Bindung an genau festgelegte Fristen (sog. Präklusionsfristen) nur bestimmte Entscheidungen (sog. gesondert anfechtbare Entscheidungen) im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens angefochten werden können, setzt Bieter unter Druck, bei Ausschreibungsmängeln rechtzeitig geeignete Maßnahmen zu ergreifen.

Wichtig!

Allfällige Ausschreibungsmängel – wozu auch diverse Vergabeverstöße des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen zählen können – werden daher präkludiert (d.h. sie können nach Ablauf der im BVergG genau geregelten Anfechtungsfristen nicht mehr geltend gemacht werden), wenn nicht innerhalb dieser Fristen ein Vergabekontrollverfahren beantragt worden ist.

Rechtzeitige Antragstellung

Gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes ist das Einbringen eines Nachprüfungsantrags beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) bzw. dem jeweils örtlich zuständigen Landesverwaltungsgericht (LVwG) hinsichtlich der Ausschreibung und sonstiger Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist nur zulässig, wenn die Antragstellung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen erfolgt.

Demnach sind gemäß § 343 Abs 3 BVergG Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten in einem einstufigen Verfahren, der Teilnahmeantragsfrist oder der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten in einem zweistufigen Verfahren einzubringen. Da die Mindestfrist von 10 Tagen nicht unterschritten werden darf, kommt diese Ausweitung erst dann in Betracht, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten bzw. die Teilnahmeantragsfrist zumindest 18 Tage beträgt.

Achtung!

Die Ausschreibung ist auch in einem zweistufigen Verfahren bereits zu Beginn des Verfahrens zur Verfügung zu stellen. Die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung endet in zweistufigen Verfahren daher nunmehr bereits 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist und beginnt nicht noch einmal neu mit der Aufforderung der Angebotsabgabe zu laufen.

Praxistipp:

Bevor man als Bieter allerdings einen (gebührenpflichtigen) Nachprüfungsantrag stellt, empfiehlt es sich, ein Berichtigungersuchen an den Auftraggeber zu richten.

Welche Pflichten einerseits den Auftraggeber bei der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen treffen sowie andererseits welche „Einspruchsrechte“ den Bieter gegen allfällige Mängel in den Ausschreibungsunterlagen hat, ist im Bundesvergabegesetz genau geregelt.

Der Rahmen der Gestaltungsverantwortung des Auftraggebers findet sich in mehreren Passagen des BVergG (Grundsätze der Ausschreibung, Beschreibung der Leistung, sonstige Bestimmungen betreffend den Leistungsvertrag).

Mitteilung an den Auftraggeber

Bei erkennbaren Mängeln der Ausschreibungsunterlagen soll der Bieter daher nicht wegschauen, sondern dem Auftraggeber zeitgerecht mitteilen, welche Berichtigung er für erforderlich hält.

Konkret heißt es dazu im § 125 Abs 6 BVergG: „Ist aus der Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, so hat er dies umgehend dem öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 101 BVergG durchzuführen.“

Frist für Berichtigungersuchen

Eine Fristsetzung für die Erfüllung der Mitteilungsobliegenheit kennt das BVergG nicht; sie wird wohl dem Bieter bis zum Tag der Angebotseinreichung offen stehen, damit letztlich bis zum Ablauf der Angebotsfrist (also nicht nur bis zum Ende der Frist für Anträge an das BVwG bzw. LVwG betreffend ein Nachprüfungsverfahren im Zusammenhang mit Ausschreibungsbedingungen und Ausschreibungsunterlagen).

Keine Prüf- und Warnpflicht

Die vergaberechtliche Mitteilungsobliegenheit ist jedenfalls von der zivilrechtlichen Prüf- und Warnpflicht bei Werkverträgen (§ 1068 a ABGB) zu unterscheiden.

Es besteht im Zeitraum der Angebotsbearbeitung und auch in der Zuschlagsphase noch kein Vertragsverhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber, sondern lediglich ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Aus diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis auf Seiten des Bieters ist daher eine umfassende Warnpflicht für die Ausschreibungsbestimmungen bei Werkverträgen (also bei Bau- und Dienstleistungsverträgen) nicht abzuleiten. In Frage kommt unter Umständen nur eine beschränkte Prüf- und Warnpflicht betreffend (vor allem technische) Ausschreibungsunterlagen mit Mängeln, die ein Mislingen des Werkes zur Folge haben könnten.

Berichtigungspflicht

Wenn die Berichtigungsmitteilung des Bieters während der Angebotsfrist einlangt und berechtigt ist – insofern eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist – sind vom Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen und falls erforderlich auch die Bekanntmachung zu berichtigen.

Wenn nun die Berichtigung auf die Erstellung der Angebote wesentlichen Einfluss hat, ist die Angebotsfrist vom Auftraggeber zu verlängern.

Stand: 21.01.2020