



C_ADOBE STOCK

Was liegt, das pickt

Vergaberecht. Unsere Rechtsexperten **Johann Hwezda** und **Nina Anzeletti** über Risiken der Angebotsabgabe im Vergabeverfahren und Strategien zur Minimierung der Gefahren in Covid-19-Zeiten.

In einem Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz können Bieter über mehrere Monate an ihr Angebot gebunden werden. Diese Bindungswirkung ist für Unternehmen vor allem dann problematisch, wenn zwischen Angebotskalkulation und Zuschlagserteilung bzw. Leistungserbringung (kalkulations-)relevante Änderungen der äußeren Umstände eintreten. Mit dieser Problematik waren im Besonderen einige Unternehmen, die vor dem pandemiebedingten „Lock-Down“ im Frühjahr 2020 ein Angebot abgegeben haben, konfrontiert. Wie man etwaige Risiken in diesem Zusammenhang minimieren kann und was man hierbei (in den nächsten Monaten) besonders beachten muss.

Bindungsfrist – Grundsätzliches

Die typische Angebotsbindung in Vergabeverfahren ist im Vergleich zur Dauer der Angebotsbindung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln relativ lang. Für öffentliche Auftragsvergaben sind Bieter innerhalb der sogenannten Zu-

schlagsfrist (§ 131 BVerG) an ihr Angebot gebunden. Sie können in dieser Zeit ihr Angebot grundsätzlich weder verändern noch zurückziehen und das unabhängig davon, ob sich die äußeren Umstände und damit u. a. Preise, Liefermöglichkeiten, Personalverfügbarkeit usw. geändert haben. Die Verletzung dieser Pflicht (wenn also der Bieter innerhalb der Zuschlagsfrist den Zuschlag erhält und nicht seinem Angebot entsprechend erfüllt) kann letztlich insbesondere zu schadenersatzrechtlicher Haftung führen.

Die Zuschlagsfrist beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist und ist vom Auftraggeber so kurz wie möglich zu halten. Auftraggeber haben in den Ausschreibungsunterlagen prinzipiell vorab die Bindungsfrist festzulegen. Ist in der Ausschreibung keine Bindungsfrist angegeben, beträgt sie einen Monat.

Der vom Auftraggeber gewählte Bindungszeitraum darf grundsätzlich nicht mehr als fünf Monate betragen und wird in der Praxis – vorsichtshalber – auch gerne in dieser Länge festgelegt. Nur aus-

nahmsweise darf eine noch längere Frist vorgesehen werden, wobei diese maximal sieben Monate betragen darf. Im Fall eines Nachprüfungsverfahrens, wenn also etwa

PRAXISTIPPS

- ▶ Bieter sollten vor der **Angebotsabgabe** die vom Auftraggeber festgelegte **Zuschlags- bzw. Bindungsfrist prüfen** und bei ihrer Angebotskalkulation berücksichtigen.
- ▶ **Unangemessen lange Zuschlagsfristen müssen nicht hingenommen werden**; theoretisch steht dagegen auch der Rechtsweg offen, praktisch reicht vielfach schon ein Hinweis im Anfrageweg, um eine Korrektur zu erreichen.
- ▶ Insbesondere **COVID-19-bedingte Unsicherheiten sollten vom Auftraggeber als solche im Leistungsverzeichnis berücksichtigt und vom Bieter entsprechend ausgewiesen werden können**; auch hier kann etwa über Bieterfragen (mit konkreten Vorschlägen) oftmals eine Nachbesserung durch den Auftraggeber erreicht werden.

die Zuschlagsentscheidung angefochten wird, ist der Fortlauf der Zuschlagsfrist gehemmt, d. h. die Frist ist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens unterbrochen und die Restfrist läuft erst nach Ende des Nachprüfungsverfahrens ab. In Summe ergibt sich damit häufig ein Zeitraum von vielen Monaten, in denen der Bieter an sein Angebot gebunden bleibt (und dementsprechende Ressourcen bereithalten muss), ohne die Sicherheit einer späteren Beauftragung zu haben.

Das Bundesvergabe-gesetz nimmt dieses Ungleichgewicht als ablauftechnische Notwendigkeit im Wesentlichen hin. Lediglich eine kleine Erleichterung wird geboten: „Auf Ersuchen eines Bieters, dessen Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt, kann der öffentliche Auftraggeber diesen aus der Bindung an sein Angebot entlassen.“ (§ 131 Abs 2 BVergG). Diese Regelung hilft jedoch v. a. Bietern, deren Angebot weit hinten gereiht ist und deren „Risiko“ für eine Zuschlagserteilung ohnedies gering ist.

Auch nach Ablauf der Zuschlagsfrist kann der Auftraggeber die Bieter eines Vergabeverfahrens um eine Verlängerung der Angebotsbindung ersuchen. Eine Pflicht, diesem Ersuchen nachzukommen, besteht in diesem Fall aber nicht. Über die gesetzliche Zuschlagsfrist hinaus kommt daher nurmehr eine einvernehmliche Festlegung in Betracht.

Änderungen der Umstände zwischen Angebotskalkulation und Zuschlag

Da Vergabeverfahren schon bis zur Zuschlagsentscheidung i. d. R. mehrere Monate dauern und danach noch eine Angebotsbindung über wiederum mehrere Monate besteht, können sich die wirtschaftlich relevanten Umstände zwischen dem Zeitraum der Angebotskalkulation und dem Zeitpunkt des Zuschlages wesentlich ändern. Bei ungewöhnlich langen Verzögerungen der Zuschlagserteilung kann zwar für den Zuschlagsempfänger – in Ausnahmefällen – ein Anspruch auf Vertragsanpassung hinsichtlich Leistungsfrist und Leistungsentgelt bestehen, in der Praxis ist die Durchsetzung der Anpassung für den Zuschlagsempfänger jedoch langwierig und problembehaftet.

Für Bieter ist es daher einerseits essentiell, Angebote so zu kalkulieren, dass die Entwicklungen bis zur Leistungserbringung und Abrechnung weitestgehend mitberücksichtigt werden. Dies ist in unsicheren Zeiten – so wie derzeit aufgrund der COVID-19-Pandemie – naturgemäß besonders heikel. Dieser Tatsache sind sich auch viele Auftraggeber bewusst und sind (u. a. durch die ÖBV – Österreichische Bautechnik Vereinigung) angehalten, entsprechende „COVID-19“-Positionen in die Leistungsverzeichnisse aufzunehmen und die bauvertragliche Risikozuordnung gemäß der gesetzlichen Bestimmungen zu ergänzen bzw. klarzustellen.

Generell werden an die Gestaltung von Ausschreibungen und insbesondere die Vertragsdokumente bzw. Leistungsverzeichnisse in Zukunft noch strengere Maßstäbe anzulegen sein. Gerade in der aktuellen Situation ist es unerlässlich, für mögliche Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vertraglich Vorsorge zu treffen, da eine Berufung auf die völlige Unvorhersehbarkeit der Pandemie, die noch in den ersten Monaten nach deren Ausbruch sicherlich eine Berechtigung hatte, zunehmend mit Vorbehalt zu betrachten ist.

Umgang mit Risiken

Hinsichtlich der Abmilderung der Risiken für Bieter während der Zuschlagsfrist liegt somit – beginnend bei der Festlegung von deren Dauer bis zur Entwicklung geeigneter Vertragsunterlagen – vieles in den Händen der Auftraggeber. Die Bieter sind jedoch nicht zur Tatenlosigkeit verurteilt und können insbesondere im Verlauf des Vergabeverfahrens viel dazu beitragen, ihr eigenes Risiko in einem noch beherrschbaren Rahmen zu halten.

Sofern in Ausschreibungen bzw. den darin enthaltenen Vertragsgrundlagen etwa keine geeigneten Regelungen für den Umgang mit potentiell veränderten Umständen enthalten sind, kann im Rahmen einer Bieteranfrage an den Auftraggeber darauf hingewiesen und auch auf eine konkrete Änderung gedrängt werden.

Gleiches gilt für die Länge der Zuschlagsfrist, die zwar grundsätzlich vom Auftraggeber zu bestimmen, jedoch nicht nach „Gutdünken“, sondern jeweils ange-

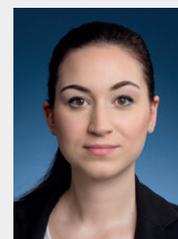
messsen (und zwar möglichst kurz) festzusetzen ist. Die Ausschöpfung der gesetzlichen Maximalfrist wird daher allenfalls für komplexere Ausschreibungen in Betracht kommen und bei „Standardausschreibungen“ i. d. R. als überschießend anzusehen sein.

Theoretisch stehen sowohl zur Durchsetzung eines hinreichend genauen Vertrages bzw. Leistungsverzeichnisses wie auch einer angemessenen Zuschlagsfrist Rechtsschutzmöglichkeiten offen (Nachprüfungsantrag beim jeweiligen Verwaltungsgericht). Deren Inanspruchnahme wird von Bietern in einer frühen Phase der Ausschreibung jedoch meist gescheut. Schon der bloße Verweis auf die gesetzlichen Anforderungen im Rahmen einer Bieterfrage kann aber bei manchem öffentlichen Auftraggeber zu einem Umdenken führen, ohne dass der Rechtsschutzweg tatsächlich beschritten werden muss. So kann in vielen Fällen mit geringem Aufwand und ohne (Prozess-)Risiko eine Verbesserung erreicht werden. ◇



projekte und PPP-Themen spezialisiert

Mag. **Johann Hwezda** ist Rechtsanwalt im Vergaberechtsteam von WOLF THEISS. Innerhalb des Vergaberechts hat er sich insbesondere auf Vergabeverfahren für komplexe Planungsaufträge, Bau-



Dienstleistungen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite.

Mag. **Nina Anzeletti** ist Rechtsanwaltsanwältin im Vergaberechtsteam von WOLF THEISS. Sie betreut regelmäßig Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung von Bauleistungen und baunahen