



# Augen auf beim Anfechtungsgegenstand!

**VERGABERECHT.** Unser Rechtsexperte Dominik König erklärt auf Basis einer aktuellen Entscheidung, worauf bei Anfechtungen von Bieterfragen zu achten ist

„Was würde es der Antragstellerin bringen, wenn die Bieterfragenbeantwortungen für nichtig erklärt werden würden?“, fragte der vorsitzende Richter im Verhandlungssaal des Verwaltungsgerichts Wien sinngemäß. Diese Frage stand im Mittelpunkt der gegenständlichen Entscheidung, welche vor dem Hintergrund einer Bauausschreibung im Bereich HKLS eines Krankenanstaltsträgers erging. Im konkreten Vergabeverfahren stellte die Antragstellerin eine Vielzahl an Fragen zum Leistungsverzeichnis und den restlichen Ausschreibungsunterlagen, welche die Auftraggeberin inhaltlich beantwortet hat.

Diese Antworten stellten die Antragstellerin jedoch nicht zufrieden, weshalb sie mittels Nachprüfungsantrag die Bieterfragenbeantwortung für nichtig erklärt haben wollte. Sie brachte in ihrem Nachprüfungsantrag insbesondere vor, die Auftraggeberin hätte mit der Fragebeantwortung behauptete Mängel und Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen nicht beseitigt und die gestellten Fragen teilweise unzureichend beantwortet. Ge-

gen die Ausschreibungsunterlagen selbst, welche den Bieterfragen zugrunde gelegen sind, hatte die Antragstellerin jedoch keinen Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht. Die Ausschreibungsunterlagen wurden folglich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens bestandsfest.

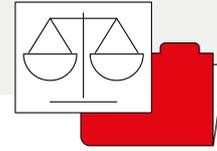
## Nachprüfung von Bieterfragenbeantwortungen

Eine Nachprüfung von Fragenbeantwortungen ist – so das Gericht im vorliegenden Fall – nur dann möglich, wenn damit Festlegungen getroffen werden, die von den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen abweichen. Denn nur eine Aufhebung einer rechtswidrigen Festlegung in der Fragenbeantwortung, welche sich nicht in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen findet, könnte für den Antragsteller im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens von Vorteil sein.

Im Anlassfall erkannte das Gericht, dass in den Fragenbeantwortungen keine von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Festlegungen getroffen wurden, da die Fragenbeantwortungen zum einen den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen



**Dominik König, LL.M.** ist Rechtsanwaltsanwärter im Vergaberechtsteam von Wolf Theiss. Er betreut ebenfalls regelmäßig Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung von Bauleistungen und baunahen Dienstleistungen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite.



## Praxistipps

wiedergaben und zum anderen die in den Ausschreibungsbedingungen getroffenen Festlegungen lediglich näher erläuterten. Das Gericht kam daher zum Schluss, dass eine Nichtigerklärung dieser Fragenbeantwortungen keinen Mehrwert für die Antragstellerin hätte, da bei Nichtigerklärung der Fragenbeantwortungen die behaupteten Rechtswidrigkeiten weiterhin in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen zu finden wären.

Das Gericht wies den Nachprüfungsantrag folglich ab und schob damit auch der versuchten Umgehung einer Anfechtung von bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen über den Umweg von Fragenbeantwortungen einen Riegel vor. Hätte das Gericht diesen Umweg hingegen erlaubt, wäre damit der vergaberechtliche Grundsatz der Bestandskraft von nicht rechtzeitig angefochtenen Entscheidungen ad absurdum geführt worden. Diesbezüglich hat der VwGH erst wieder in einer kürzlichen Entscheidung bekräftigt, dass eine Durchbrechung der Bestandskraft nur in absoluten Ausnahmefällen überhaupt in Betracht kommt, wo der effektive Rechtsschutz gefährdet werden würde.

### Kein Recht auf eine bestimmte Antwort

Um Fragenbeantwortungen in einen breiteren rechtlichen Kontext einzubetten, ist auf Art 47 Abs 3 VergabeRL 2014 zu verweisen. Dieser legt als Grundsatz fest, dass öffentliche Auftraggeber alle erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen müssen, welche Unternehmen für die Erstellung von Angeboten benötigen. Zu diesem Zweck wurde im nationalen Recht mit § 72 Abs 1 BVergG das Recht von Interessenten eingeführt, Fragen zu Ausschreibungsunterlagen an Auftraggeber zu stellen. Den Auftraggebern wurde spiegelgleich die Verpflichtung auferlegt, unverzüglich – jedenfalls aber spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist – auf die Fragen zu antworten. Fragen der Interessenten sollen dem Auftraggeber insbesondere die Möglichkeit eröffnen, fehlende oder ungeeignete Festlegungen bereits vor einem allfälligen Nachprüfungsverfahren zu erkennen und diese Festlegungen er-

forderlichenfalls zu berichtigen, fehlende Festlegungen zu treffen oder im Äußersten, die Ausschreibung zu widerrufen. Aus dieser grundsätzlichen Verpflichtung des Auftraggebers, Fragen zu beantworten kann jedoch – wie der vorliegende Fall zeigt – kein Recht von Interessenten auf eine bestimmte Antwort abgeleitet werden.

### Sanktionen bei unbeantworteten Fragen?

Auch wenn ein Interessent kein Recht auf eine bestimmte, von ihm gewünschte Antwort hat, stellt sich dennoch die Frage nach möglichen Konsequenzen, wenn ein Auftraggeber auf Fragen überhaupt nicht reagiert. Hier haben die Verwaltungsgerichte bereits mehrmals ausgeführt, dass ein Auftraggeber nicht zur Beantwortung von Bieterfragen gezwungen werden kann. Dies schon deshalb nicht, da in Nachprüfungsverfahren nur gesetzte Handlungen eines Auftraggebers für nichtig erklärt werden können, es aber keine gesetzliche Möglichkeit gibt, einem Auftraggeber die Nachholung unterlassener Handlungen aufzutragen. Dessen ungeachtet kann sich ein öffentlicher Auftraggeber bei der Beantwortung von Bieterfrage dennoch nicht einfach zurücklehnen und gänzlich untätig bleiben. Aus einer solchen Untätigkeit können sich durchaus Folgen für den Auftraggeber ergeben.

Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich verpflichtet, die anzubietenden Leistungen so konkret zu beschreiben, dass sämtliche Umstände hinreichend genau angeführt werden, die für die Leistungserbringung und sohin auch für die Angebotskalkulation von Relevanz sind. Wird von einem Interessenten in einer Frage aufgezeigt, dass dies in der jeweiligen Ausschreibung nicht der Fall sein sollte, so muss der Auftraggeber tätig werden, da ansonsten die (teilweise oder vollständige) Nichtigerklärung der Ausschreibung drohen könnte. Bei einer unvollständigen oder fehlerhaften Leistungsbeschreibung sollte es daher das ureigene Interesse des Auftraggebers sein, Fragen von Interessenten hinreichend genau zu beantworten bzw fehlerhafte oder fehlende Festlegungen zu berichtigen. //

// Bei Unklarheiten in der Ausschreibung sollten **Bieterfragen hinreichend genau formuliert** werden, sodass ein öffentlicher Auftraggeber in der Regel nur mehr mit ja oder nein antworten kann.

// Die **isolierte Anfechtung von Fragenbeantwortungen** empfiehlt sich nur dann, wenn sich darin unzweifelhaft neue Festlegungen des Auftraggebers finden, die von den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen abweichen. Bloße Erläuterungen der Ausschreibungsunterlagen sind hingegen keiner Nichtigerklärung zugänglich. Aus Vorsichtsgründen empfiehlt es sich in der Regel, **Fragenbeantwortungen stets gleichzeitig** mit den zugrundeliegenden Ausschreibungsunterlagen anzufechten.

// Ausschreibungsunterlagen und Fragenbeantwortungen können **unterschiedliche Anfechtungsfristen** aufweisen und werden daher oftmals zu verschiedenen Zeitpunkten bestandsfest/unanfechtbar. Während Ausschreibungsunterlagen in der Regel bis sieben Tage vor Ende der Angebots- oder Teilnahmefrist angefochten werden können, läuft die Frist für Fragenbeantwortungen zehn Tage nach deren Beantwortung aus.

// Es besteht das **Recht eines Interessenten**, Aufklärung zu einzelnen Fragen zu erhalten. Dieses Recht umfasst aber keine bestimmten, von ihm gewünschten Antworten.

// Die Beantwortung von Fragen kann vor Gericht nicht erzwungen werden (keine Nichtigerklärung von unterlassenen Handlungen). Eine **Nichtbeantwortung** von Fragen kann allerdings dazu führen, dass die Ausschreibung aufgrund fehlender oder fehlerhafter Angaben teilweise oder gänzlich für nichtig erklärt wird.