

## VERGABERECHT.

Unsere Experten haben uns eine – subjektive – Liste der fünf häufigsten Vergaberechtsmythen als „Countdown“ zusammengestellt. Damit Sie bei öffentlichen Ausschreibungen nicht scheitern.



C.-ADOBE STOCK



Mag. **Johann Hwezda** ist Rechtsanwalt im Vergaberechtsteam von Wolf Theiss. Innerhalb des Vergaberechts, hat er sich insbesondere auf Vergabeverfahren für komplexe Planungsaufträge, Bauprojekte und PPP Themen spezialisiert.



**Nemanja Regoda** ist juristischer Mitarbeiter bei Wolf Theiss im Bereich Vergaberecht und beschäftigt sich insbesondere mit der Abwicklung von Vergabeverfahren im Bausektor und dem baunahen Dienstleistungsbereich.

# Die fünf größten Vergaberechtsmythen

**D**ie Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen ist in der Regel mit erheblichem Aufwand verbunden und – der Natur des Wettbewerbes geschuldet – ohnedies oft genug „vergeblich“. Umso ärgerlicher ist es, wenn die (weitere) Verfahrensteilnahme an verfahrenstechnischen Dingen scheitert.

## **5** Abgabe möglichst kurz vor Ablauf der Frist

Aus den Erfahrungen vor Einführung der e-Vergabe lässt sich vermutlich unsere Nummer fünf erklären; der Mythos, dass Teilnahmeanträge und vor allem Angebote möglichst kurz vor Ablauf der Frist abgegeben werden sollen.

Dieser Mythos ist falsch.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Unternehmen bei monatelanger Teilnahme- und Angebotsfrist auffällig spät, oft in der letzten Stunde vor Ablauf der Frist abgeben. Das ist vermutlich auf die Erfahrungen aus der Zeit vor Einführung des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerGG) und somit der e-Vergabe zurückzuführen, in der die physische Angebotsabgabe und direkt anschließende Teilnahme an der Angebotsöffnung der Regelfall waren. Außerdem hat sich – ebenfalls besonders im Zusammenhang mit nichtelektronischen Vergabeverfahren – das Gerücht gehalten, dass eine „verfrühte“ Angebotsabgabe mit dem Risiko verbunden sei, dass die eigenen Preise bei Mitbewerbern landen.

Beides stellt spätestens seit der Einführung der verpflichtenden e-Vergabe (im Oberschwellenbereich) keine valide Begründung mehr für eine späte Teilnahmeantrags- und Angebotsabgabe dar. Die digitale Erfassung jedes Verfahrensschritts macht Unregelmäßigkeiten de facto unmöglich. Der öffentliche Auftraggeber

kann einen früher abgegebenen Teilnahmeantrag bzw. ein früher abgegebenes Angebot vor Ablauf der Frist technisch praktisch gar nicht öffnen (und nicht einmal die Identität des Unternehmens feststellen) und wenn, würde dies eine eindeutige digitale „Spur“ hinterlassen. Ein derartiges Risiko wird kaum ein öffentlicher Auftraggeber eingehen.

Eine nach Ablauf der Frist erfolgte Abgabe kann jedenfalls vergaberechtlich nicht mehr saniert werden und ist daher für das betreffende Unternehmen ein K.o.

## **4** Es gibt Unterpreise, aber keine Überpreise

Unsere Nummer vier betrifft einen vergaberechtlichen Kalkulationsmythos, der insbesondere im Baubereich verbreitet ist. Öffentliche Auftraggeber dürfen nach dem BVerGG Aufträge nur zu angemessenen Preisen vergeben. Das BVerGG enthält aber keine abschließende Definition, was darunter zu verstehen ist, sondern stellt generell auf die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit bzw. Plausibilität ab. Viele Vergabepraktiker meinen nun, dass es zwar „Unterpreise“, aber keine „Überpreise“ gibt.

Der Mythos ist rechtlich genauso falsch wie unser Mythos 5; aber hier gibt es einen wahren Kern.

Die Begriffe „Überpreis“ und „Unterpreis“ sind dem BVerGG fremd. Relevant ist allein die Angemessenheit des Preises und ein unangemessen hoher Preis ist aus rechtlicher Sicht genauso vergaberechtswidrig wie ein unangemessen niedriger Preis. Allerdings hat der gegenständliche Mythos eine reale Grundlage.

Praktisch sind „Unterpreise“ nämlich deutlich leichter aufzugreifen als „Überpreise“. Ungeachtet der in der Regel ohne-

hin schlechteren Angebotsreihung, gibt es für überhöhte Preise im Vergleich mit zu niedrigen Preisen kaum starre Grenzen, wie etwa Kollektivverträge, Materialpreise o.dgl. Es gibt also nach oben hin mehr Spielraum bei der Preiskalkulation. Und selbst wenn ein Auftraggeber einmal einen unplausibel hohen Angebotspreis vermutet, geht er oft eher den Weg in Richtung eines Verfahrenswiderrufs, der vergaberechtlich oftmals leichter begründbar ist.

### 3 Vergabeverstöße in der Ausschreibung können erst mit der Zuschlagsentscheidung aufgegriffen werden

Unsere Nummer drei ist ein Klassiker unter den Vergaberechtsmythen. Viele Unternehmen unterliegen dem grundlegenden Irrtum, dass sie mit der Anfechtung unfairer und/oder diskriminierender Bestimmungen in Ausschreibungen bis zur Zuschlagsentscheidung abwarten müssen.

Auch dieser Mythos ist falsch, und zwar nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch.

(Erst) im Zusammenhang mit Zuschlags- bzw. Auswahlentscheidungen berufen sich Unternehmen häufig auf unfaire und/oder diskriminierende Festlegungen in der Ausschreibung. Eine darauf gestützte Anfechtung wird in aller Regel erfolglos bleiben, da die Ausschreibungsunterlagen zu diesem Zeitpunkt längst bestandfest sind. Die Bestandfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen ist ein Spezifikum des Vergaberechts, das eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren sicherstellen soll. Wird eine vergaberechtlich unzulässige Festlegung nicht rechtzeitig bekämpft (in der Regel sieben Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist), wird sie bestandfest und ist jeder weiteren Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zugrunde zu legen.

Abgesehen von besonders schwerwiegenden Vergaberechtsverstößen, die in der Praxis selten sind, können somit viele Rechtswidrigkeiten gewissermaßen „rechtskräftig“ werden. Weder der Auftraggeber noch der Bieter kann sich dann noch auf deren ursprüngliche Rechtswidrigkeit berufen. Werden sie erst im Rahmen der Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung angefochten, ist es dafür also

schlicht zu spät. An diesem Umstand scheitern besonders viele Anfechtungen.

### 2 Ausschreibungswidrigkeiten und Eignungsmängel heilen

Der Nummer zwei unserer Liste kommt besonders bei zweistufigen Vergabeverfahren Bedeutung zu.

Aufträge in Vergabeverfahren dürfen nach dem BVergG immer nur an zuverlässige, befugte und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden. Fehlt diese Eignung zum Erhalt öffentlicher Aufträge im Sinne des BVergG, hat der öffentliche Auftraggeber den Teilnahmeantrag bzw. das Angebot auszuschneiden. Auch gewisse Angebotsmängel führen zwingend zum Ausscheiden von Angeboten. Dabei herrscht der Mythos, dass derartige Mängel frühzeitig aufgegriffen werden müssen und ansonsten ab einem gewissen Zeitpunkt heilen.

Dieser Mythos ist vergaberechtlich falsch, wenn auch vieles für einen frühzeitigen Aufgriff von Mängeln spricht.

In der Praxis wird häufig die Eignungs- und Angebotsprüfung erst in einem späten Verfahrensstadium abgeschlossen. Das kann dazu führen, dass ein Bewerber/Bieter bzw. dessen Angebot erst lange nach Ende der Teilnahmephase und oft auch lange nach dem Erstangebot oder sogar noch nach dem Letztangebot aufgrund fehlender Eignung oder eines Angebotsmangels ausgeschieden wird. Obwohl es dafür in vielen Fällen nachvollziehbare Gründe gibt, birgt dies für Auftraggeber große Risiken. Insbesondere kann eine Schadenersatzpflicht entstehen. Aber auch für Bieter ist ein spätes Ausscheiden verständlicherweise oft schwer nachvollziehbar. Bieter erwarten zu Recht, dass Auftraggeber ihnen nicht unnötigerweise „leere Kilometer“ beschenken.

Vergaberechtlich liegt die Sache allerdings anders. Mängel bei Eignung und Angeboten heilen nämlich vergaberechtlich grundsätzlich nicht. Sie können in jeder Lage des Verfahrens, im Extremfall sogar noch nach Zuschlagsentscheidung, aufgegriffen werden.

Für Auftraggeber gilt es dennoch, späte Aufgriffe von Mängeln tunlichst zu vermeiden. Abgesehen von den schon erwähnten Schadenersatzrisiken kann nämlich besonders in zweistufigen Ver-

gabeverfahren durch einen zu späten Aufgriff von Eignungsmängeln ein „falscher“ Bieterkreis in die zweite Verfahrensstufe gelangen. Das kann das gesamte Vergabeverfahren sprengen.

### 1 Vermeintliche Freiheiten der Bewertungskommission

Unser „Sieger“ und zugleich einer der verhängnisvollsten Vergaberechtsmythen ist, dass Bewertungskommissionen bei der subjektiven Bewertung uneingeschränkten Entscheidungsspielraum haben und ihre Entscheidung frei begründen können.

Auch dieser Mythos ist – sie werden es erraten haben – falsch.

Bewertungskommissionen sind eine beliebte Bewertungsmethode für die Qualitätsbewertung verschiedenster Leistungen und zunehmend sogar von Bauleistungen. Konzepte, Hearings und vieles mehr können tatsächlich oft sehr gut von fachkundigen Kommissionen bewertet werden. Tatsächlich können Bewertungskommissionen dabei bis zu einem gewissen Grad subjektiv bewerten; die Bewertung muss aber stets auf Basis konkreter Bewertungskriterien erfolgen. Diese vorab klar festzulegenden Kriterien stellen den äußersten Rahmen der subjektiven (Bewertungs-)Freiheit dar. Wird dieser Rahmen überschritten, und das ist in der Praxis sehr häufig, liegt eine angreifbare Bewertung vor. Gleiches gilt bei einer inkonsistenten verbalen Begründung. //

### Tipps für die Vergabepraxis



// Teilnahmeanträge und/oder Angebote möglichst nicht erst am letzten Tag der Frist abgeben.

// Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen prüfen und bei Bedarf bekämpfen, bevor sie bestandfest werden.

// Bei der Überprüfung der subjektiven Bewertung der Bewertungskommission diese mit den festgelegten Kriterien der Ausschreibung abgleichen und auf Konsistenz prüfen.