

# Das Angebotsöffnungsprotokoll

Für jeden Bieter ist die Information über den Ausgang des freiwilligen Vergabeverfahrens bedeutend. Vor der Zuschlagsentscheidung ist – abhängig von der vom Auftraggeber gewählten Verfahrensart – das Öffnungsprotokoll der Angebote eine wesentliche Informationsquelle. In der Praxis wird der Umgang mit dem Angebotsöffnungsprotokoll jedoch unterschiedlich gehandhabt, was oftmals zu Klärungsbedarf führt.

## Die gesetzlichen Vorgaben

Die Durchführung einer Angebotsöffnung mit Bieterpartizipation ist nach dem Bundesvergabegesetz 2018 (in der Folge „BVerG 2018“) – unabhängig von der Verfahrensart – für keinen Auftraggeber mehr verpflichtend. Vielmehr sieht § 133 Abs 4 BVerG 2018 vor, dass *„der öffentliche Auftraggeber [...] beim offenen und beim nicht offenen Verfahren eine Öffnung der Angebote unter Beteiligung der Bieter vornehmen [kann]“*. Es obliegt daher dem Auftraggeber, eine (freiwillige) öffentliche Angebotsöffnung durchzuführen. Erfolgt eine öffentliche Angebotsöffnung, hat der Auftraggeber den Bietern eine Partizipationsmöglichkeit einzuräumen. Dies ist beispielsweise durch Einladung zur öffentlichen Sitzung oder auch durch Einrichtung einer sonstigen Partizipationsmöglichkeit (zB elektronisch via Skype) möglich.

Einer allfälligen Verlesung im Rahmen der (freiwilligen) öffentlichen Sitzung kommt jedoch keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Rügen betreffend Verlesungsfehler können im Rahmen der Verlesung zwar vorgebracht werden, wesentlich ist jedoch ein Einspruch gegen das Angebotsöffnungsprotokoll. Die Bedeutung des Angebotsöffnungsprotokolls hat bei offenen und nicht offenen Verfahren somit entsprechend zugenommen.

Bei Verhandlungsverfahren ist hingegen das Ergebnis der Öffnung zur Sicherstellung des Wettbewerbs wie bisher geheim zu halten (§ 133 Abs 1 BVerG 2018). Dies betrifft sowohl die Öffnung der Erstangebote als auch die Öffnung aller anschließenden Angebote im Rahmen der Verhandlungsrunden. Gemäß § 133 Abs 5 BVerG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber beim offenen und beim nicht offenen Verfahren ein Protokoll über die Angebotsöffnung zu verfassen.

Das BVerG 2018 sieht zum Umfang des Angebotsöffnungsprotokolls in § 133 Abs 5 folgende Vorgaben vor:

- Der Auftraggeber muss ein Protokoll über die Angebotsöffnung mit bestimmten Mindestinhalten verfassen: Name und Geschäftssitz der Bieter; Gesamtpreis oder Angebotspreis inklusive allfälliger Nachlässe und Aufschläge, bei Losen oder Varianten auch die Lospreise und die Variantenangebotspreise; wesentliche Bietererklärungen;

sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben (soweit in der Ausschreibung diese Bekanntgabe im Angebotsöffnungsprotokoll angekündigt wurde); Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel; Geschäftszahl sowie Namen der Mitglieder der Angebotsöffnungskommission.

- Das Angebotsöffnungsprotokoll ist jedem Bieter zu übermitteln bzw. bei elektronischen Vergabeverfahren bereitzustellen.

Diese Verpflichtungen treffen nach dem BVergG 2018 nur öffentliche Auftraggeber, nicht aber Sektorenauftraggeber. Bei letzteren ist gemäß § 298 Abs 5 BVergG 2018 „*keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich*“. Allerdings haben auch Sektorenauftraggeber die Verpflichtung, die wesentlichen Abläufe des Vergabeverfahrens im Vergabeakt zu dokumentieren. Eine Übermittlung des Angebotsöffnungsprotokolls an die Bieter ist aber nicht vorgesehen. Auch beim Verhandlungsverfahren ist eine formalisierte Angebotsöffnung nicht erforderlich. Zum Schutze des Wettbewerbs im Rahmen der weiteren Verhandlungen muss das Ergebnis der Angebotsöffnung geheim gehalten werden. Um die Grundsätze des § 20 BVergG 2018 einzuhalten, empfiehlt es sich jedoch, auch beim Verhandlungsverfahren die Angebotsöffnung zu dokumentieren.

### Ausgewählte Bestimmungen des § 133 Abs 5 BVergG 2018

#### Name und Geschäftssitz der Bieter

Das Protokoll über die Öffnung der Angebote muss den Namen und den Geschäftssitz der Bieter enthalten. Eine ungenaue Bieterbezeichnung kann sowohl beim Auftraggeber als auch bei Mitbietern Zweifel an der Identität des betreffenden Bieters aufwerfen. Bestehen nach Angebotsöffnung und Übermittlung des Angebotsöffnungsprotokolls entsprechende Unklarheiten, muss dies aber nicht zwingend zum Ausschluss des Angebots führen. Enthält das Angebotsöffnungsprotokoll zB eine nicht eindeutig zuordenbare Geschäftsbezeichnung, kann etwa der Geschäftssitz mitberücksichtigt und die Angebotsunterlagen herangezogen werden. Sofern eine Auswechslungs- oder Manipulationsgefahr im Vergabeverfahren nicht gegeben war und die Bieteridentität gewährleistet ist, handelt es sich um einen aufklärungs- und verbesserungsfähigen Mangel (VwG Wien, 29.04.2020, VGW-123/074/2429/2020).

#### Namen der Mitglieder der Angebotsöffnungskommission

Die Angabe der Namen der Kommissionsmitglieder ist nur erforderlich, wenn eine kommissionelle Öffnung stattgefunden hat. Die Kommission hat dabei aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers zu bestehen. Eine kommissionelle Öffnung ist beim offenen und nicht offenen Verfahren lediglich bei Papierangeboten verpflichtend (§ 133 Abs 1 BVergG 2018). Beim Verhandlungsverfahren ist keine formalisierte Angebotsöffnung vorgesehen.

#### „Wesentliche Bietererklärungen“

Die häufigste Zweifelsfrage ist, was das Gesetz mit „*wesentlichen Bietererklärungen*“ (§ 133 Abs 5 Z 3 BVergG

2018) meint. Verallgemeinerungsfähige Judikatur besteht dafür keine. Im Hinblick darauf, dass die Öffnung der Angebote aber nicht schon ihrer Prüfung dient, und daher auch hinsichtlich Angebotsmängel nur solche Mängel protokolliert werden müssen, die „*offensichtlich*“ sind, wird diese Bestimmung sehr einschränkend zu interpretieren sein. Der Auftraggeber ist wohl nicht dazu verpflichtet, bei der Angebotsöffnung beispielsweise das Begleitschreiben durchzulesen und zu entscheiden, ob ein Teil davon als „*wesentliche Erklärung*“ zu qualifizieren wäre.

Wesentlich wären in diesem Sinne nur solche Bietererklärungen, die aus der Ausschreibung eindeutig als wesentlich hervorgehen und im Zuge einer Angebotsöffnung leicht und ohne inhaltliche Prüfung der Angebote protokolliert werden können. Auch ein Blick auf den historischen Ursprung dieser Bestimmung spricht hierfür:

Die Verfahrensvorschriften des BVergG stellen ein Gemenge aus europarechtlichen Vorgaben und der ÖNORM A 2050 (idF 1.3.2000) dar. So entspricht § 133 BVergG 2018 weitgehend Punkt 7.2 der ÖNORM A 2050 (idF 1.3.2000 und 1.11.2006) (vgl. *Fink/Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 761).

Annähernd wortgleich wird in § 133 Abs 5 Z 3 BVergG 2018 und Punkt 7.2.4 Abs 3 der ÖNORM A 2050 idF 1.11.2006 die Protokollierung wesentlicher Erklärungen des Bieters angeordnet. Hervorzuheben ist, dass Punkt 7.2.4 Abs 3 *leg cit* auf Punkt 6 2 6 Abs 6 *leg cit* verweist. Laut letzterem Punkt haben Angebote „*sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder besondere Erklärungen*“ zu enthalten. Während der spiegelbildliche § 108 Abs 1 Z 6 BVergG 2006 BGBl I Nr 7/2016 nahezu wortgleich ist, entfällt in der Nachfolgeregelung § 127 Abs 1 BVergG 2018 die Wortfolge „*oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder Erklärungen*“. Daraus folgt, dass spätestens mit dem BVergG 2018 die Wesentlichkeit einer Bietererklärung ausschließlich anhand der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu beurteilen ist. Folglich ist es irrelevant, ob ein Bieter eine Erklärung als erheblich erachtet.

#### Preisübersicht

Ein wesentlicher Inhalt des Angebotsöffnungsprotokolls sind die Preise (Gesamt- oder Angebotspreis, also ohne oder mit USt), die – anders als Angaben zu sonstigen Zuschlagskriterien – nach § 133 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 jedenfalls enthalten sein müssen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu klargestellt (Entscheidung vom 3.10.2019, W131 2222178-2/31E), dass es keine Geheimhaltungsinteressen des öffentlichen Auftraggebers bzw. anderer Unternehmen geben kann, die den öffentlichen Auftraggeber von dieser Verpflichtung entbindet. Die Preise sind im offenen und nicht offenen Verfahren jedenfalls den Bieterinnen bekanntzugeben.

Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht dazu folgende Einschränkung gemacht: Es dürfe in der Ausschreibung festgelegt werden, dass nur jene Bieter das Angebotsöffnungsprotokoll erhalten, die ein ausschreibungskonformes Ange-

bot gelegt haben (also deren Angebote nicht ausgeschieden werden). Dadurch soll ein bloßes „Preisaskundchaften“ durch Unternehmer und eine nicht ernst gemeinte Angebotslegung nur zu dem Zweck, das aktuelle Preisniveau am Markt zu erfahren, verhindert werden. Das überrascht allerdings in zweierlei Hinsicht: Zum einen bieten solche Unternehmer typischerweise zwar so teuer an, dass sie chancenlos sind, was aber nicht zwangsläufig bedeutet, dass das Angebot auch auszuschneiden wäre (ein hoher Preis ist grundsätzlich nicht verboten). Zum anderen könnte das BVergG 2018 so verstanden werden, dass die Übersendung des Angebotsöffnungsprotokolls im Zeitablauf vor der Angebotsprüfung

zu erfolgen hat, also noch bevor feststeht, welche Angebote (tatsächlich) auszuschneiden sind.

Gegen eine allzu strenge Auslegung des § 133 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 spricht allerdings § 66 Abs 3 BVergG 2018. Demnach sind bestimmte Angaben über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung – wozu auch der Wertumfang zählt – unter anderem dann nicht auf [www.data.gv.at](http://www.data.gv.at) bekanntzugeben, wenn hierdurch „*berechtigte geschäftliche Interessen eines Unternehmers*“ geschädigt werden. Es würde dem Schutzzweck der Norm zuwiderlaufen, Bietern diesfalls Preise mit Verweis auf § 133 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 im Angebotsöffnungsprotokoll zu übermitteln.