

Zeitschrift für

VERGABERECHT UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber **Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,**
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik
Redaktion und Schriftleitung **Johannes Schramm, Josef Aicher**

Mai 2020

05

185 – 228

Vergaberecht

e-Procurement, praktische Erfahrungen und rechtlicher Rahmen – Teil 1 *Albert Oppel* ↻ 189

Die vergaberechtliche Bewertungskommission
Normann Plattner-Schwarz und Karlheinz Moick ↻ 197

BVwG – Tabakverschleiß als Konzession? *Reinhard Grasböck* ↻ 210

Bauvertragsrecht

**Ausschreibung ohne unkalkulierbare Risiken –
am Beispiel von Festpreisvereinbarungen bei Bauverträgen**
Hans Gölles und Walter Reckerzügl ↻ 216

**OGH – Vertrag vor (dispositivem) Gesetz – zur Pönalevereinbarung im
Subunternehmervertrag** *Tatjana Chiwitt-Oberhammer* ↻ 225

Die vergaberechtliche Bewertungskommission

Die Bewertungskommission ist ein in der österreichischen Vergabep Praxis bewährtes Instrument des AG zur Bewertung von Angeboten anhand von subjektiven Zuschlagskriterien (zB Ästhetik/Design, Verständlichkeit), welche sich durch mathematische Methoden (zB Gewicht, Dauer der angebotenen Garantie) nicht messen lassen. Das Bewertungsergebnis von subjektiven Zuschlagskriterien liegt im Auge des Betrachters und kann daher variieren (zB ästhetisch mehr oder weniger ansprechend). Die Bewertungskommission ist weder in den europäischen Vergaberichtlinien noch im BVergG näher geregelt. Bislang fehlt eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Bewertungskommission. Im Rahmen dieses Beitrags wird die Bewertungskommission unter Heranziehung der wesentlichen Rechtsprechung sowie anhand der Grundsätze des AEUV (insb Gleichbehandlungsgrundsatz, Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot) näher dargestellt.

Von Normann Plattner-Schwarz und Karlheinz Moick

Inhaltsübersicht:

- A. Fehlende Rechtsgrundlage
- B. Wesensmerkmale
- C. Anforderungen an die Kommissionsmitglieder
 - 1. Fachliche Expertise
 - 2. Unparteilichkeit/Vermeidung von Interessenkonflikten
- D. Weisungsrecht des AG gegenüber internen Kommissionsmitgliedern
- E. Zusammensetzung und Struktur der Bewertungskommission
- F. Transparenzanforderungen
- G. Bewertungsvorgang
 - 1. Bewertungsspielraum – Ermessen
 - 2. Willensbildung
 - 3. Verbale Begründung der Bewertung
- H. Geschäftsordnung der Bewertungskommission
- I. Kommissionsentscheidung als Empfehlung
- J. Zivilrechtliche Haftung der Bewertungskommission

A. Fehlende Rechtsgrundlage

§ 142 BVergG¹⁾ bildet unter dem Titel „Wahl des Angebotes für den Zuschlag“ die zentrale Bestimmung der Angebotsbewertung. Nach § 142 BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Aufgrund dieser abstrakten Regelungsebene ist es nicht weiters verwunderlich, dass die Bewertungskommission im BVergG nicht geregelt ist. Zudem ist die Nichtregelung der Bewertungskommission im BVergG unter anderem auf ihre Nichtregelung in den europarechtlichen Vergaberichtlinien zurückzuführen (Stichwort „Gold Plating“).

Das Fehlen von konkreten Vorgaben zur Bewertungskommission brachte erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich, da als Maßstab ihres Dürfens und Könnens nur die abstrakten Grundsätze des AEUV, im Folgenden „fundamentale Grundsätze des Vergaberechts“ genannt, blieben. Sachverhalte im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung durch eine Bewertungskommission wurden immer wieder vor den Nachprüfungseinrichtungen bekämpft, womit sich dahingehend schrittweise eine Rsp bilden konnte.

Bei den Anforderungen an die Mitglieder einer Bewertungskommission behilft sich die österr Rsp²⁾ mit einem Rückgriff auf § 134 BVergG.³⁾ Dieser regelt die Anforderungen für jene Personen, welche mit der Angebotsprüfung betraut sind, und bestimmt, dass „[d]ie Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen [ist], welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen“. Zudem enthält § 165 BVergG zum Preisgericht, also der Bewertungskommission des Wettbewerbs, nähere Bestimmungen. Allerdings zog die Rsp, soweit ersichtlich, bislang keine Analogien mit den Regelungen zum Preisgericht.

B. Wesensmerkmale

Mangels eines gemeinsamen Verständnisses über die vergaberechtliche Bewertungskommission erscheint

1) Im Sektorenbereich § 304 BVergG.
 2) BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 ZVB 2017, 220 (G. Gruber/T. Gruber) = VIL 2017, 8 (Vrbovszky). LVwG Wien 9. 10. 2019, VGW-123/077/10956/2019. VKS Wien 12. 3. 2013, VKS-72946/13 ZVB 2013, 312 (Schramm/Mittermayr) = ZVB 2013, 456 (Salamun).
 3) Im Sektorenbereich § 299 BVergG; diese Bestimmung reicht über mehr oder weniger inhaltsgleiche Regelungen über alle BVergG bis zu Punkt 4.3 „Prüfung der Angebote“ ÖNORM A 2050, Ausgabe 1957, zurück.

ZVB 2020/39

§§ 134, 142
BVergG

Kommission;
Angebots-
bewertung;
Voraussetzungen
und Anforde-
rungen

es sinnvoll, das in diesem Beitrag vertretene Verständnis einer Bewertungskommission vorab darzustellen. Zur Bewertungskommission können mindestens zwei Positionen vertreten werden, die sich zumindest in der Art der Willensbildung unterscheiden:

- Bewertungskommission im engen Sinn: Alle bewertenden Mitglieder einer Bewertungskommission müssen ihre Entscheidungen zur Angebotsbewertung kollektiv/gemeinsam treffen.⁴⁾
- Bewertungskommission im weiten Sinn: Alle Mitglieder einer Bewertungskommission müssen in einer organisierten und koordinierten Weise an der Angebotsbewertung mitwirken, indem jedes bewertende Kommissionsmitglied die ihm übertragenen (Sub-)Zuschlagskriterien bewertet.

Die Bewertungskommission im weiten Sinn ist flexibler und wird von den Autoren bevorzugt: Eine kollektive Entscheidung aller Kommissionsmitglieder ist nicht zwingend erforderlich. Sie ist somit auch bei komplexen Vergabeverfahren mit subjektiven Zuschlagskriterien aus unterschiedlichen Fachbereichen leichter einsetzbar. Da bei ihr nur eine koordinierte Vorgehensweise bei der Angebotsbewertung gefordert wird, ist ihre Tätigkeit weitestgehend frei gestaltbar.⁵⁾

Relevant sind die Wesensmerkmale einer Bewertungskommission vor allem für die Frage, ob die Kommission für die Angebotsbewertung über ausreichende Fachkunde verfügt (s Punkt C.1.).

C. Anforderungen an die Kommissionsmitglieder

1. Fachliche Expertise

Zur Beurteilung der fachlichen Anforderung an Mitglieder einer Bewertungskommission wird von der Rsp auf § 134 BVergG (erforderliche Fachkunde im Rahmen der Angebotsprüfung) zurückgegriffen.⁶⁾ Die Angebotsbewertung darf demnach nur von Personen vorgenommen werden, welche die fachlichen Voraussetzungen (Fachkunde) dafür erfüllen.⁷⁾ An die Fachkunde ist dabei ein strenger Maßstab anzulegen.⁸⁾

In der Judikatur wird regelmäßig festgehalten, dass die „Bewertungskommission als Ganzes“ (das sind die Mitglieder einer Bewertungskommission in ihrer Gesamtheit) über eine ausreichende Sach- und Fachkunde für alle Bereiche und Gesichtspunkte der Angebotsprüfung und Angebotsbewertung verfügen muss.⁹⁾ Es ist jedoch nicht notwendig, dass jedes einzelne Kommissionsmitglied das gesamte erforderliche Fachwissen zur Bewertung aller Zuschlagskriterien aufweist.¹⁰⁾ Zur Frage, ob lediglich ein Kommissionsmitglied das erforderliche Fachwissen aufweisen muss und sich die anderen Kommissionsmitglieder auf diese Expertise verlassen dürfen, besteht Uneinigkeit in der Rsp.¹¹⁾

Nach Ansicht der Autoren muss jedes Kommissionsmitglied jene Fachkunde aufweisen, welche zur Bewertung der ihm übertragenen Bereiche und Gesichtspunkte der Angebotsbewertung erforderlich ist.¹²⁾ Nur eine fachkundige Bewertung gewährleistet, dass die Bewertung auf einer sachlichen Grundlage erfolgt und willkürliche Entscheidungen ausgeschlossen sind. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet jedes Kom-

missionsmitglied zur Objektivität, womit sich dieses bei der Bewertung ausschließlich von seiner Fachkunde leiten lassen darf (zur Unparteilichkeit s Punkt C.2.).¹³⁾ Als unterstützende Maßnahme zur Wahrung der Objektivität bei der Bewertungstätigkeit ist empfehlenswert, dass die Mitglieder nur Einsicht in die bewertungsrelevanten Teile eines Angebots erhalten. Insbesondere ist die Geheimhaltung der Angebotspreise gegenüber der Kommission empfehlenswert. Bei einer Bewertung ohne die erforderliche Fachkunde lässt sich ein Kommissionsmitglied von unsachlichen Erwägungen leiten, womit Angebote aus willkürlichen Gründen bevorzugt oder benachteiligt werden.

Verfügt der AG nicht über interne Mitarbeiter mit der erforderlichen Fachkunde, muss er auf externe Sachverständige (Fachkundige) zurückgreifen.¹⁴⁾ Die Einbindung von gerichtlich beeideten Sachverständigen ist dabei nicht erforderlich.¹⁵⁾ Auch wenn dem AG eigenes Personal mit entsprechendem Sachverstand zur Verfügung steht, steht es ihm frei, externe Sachverständige einzusetzen.¹⁶⁾

Welche Fachkunde erforderlich ist, hängt vom konkreten Bewertungsgegenstand ab. Beispielhaft können hier medizintechnische Funktionsmöbel¹⁷⁾ genannt

4) In Anlehnung an „in einem gemeinsamen Entscheidungsprozess – einstimmig oder mehrstimmig – erzielte begründbare Entscheidung der gesamten [Bewertungs]Kommission“ in VwGH 21. 1. 2014, 2011/04/0133 ZVB 2014, 202 (Zellhofer) = RPA 2014/149 (Lehner) = VIL 2014, 9 (Fink). VwGH 19. 11. 2008, 2007/04/0018, ua, ZVB 2009, 168 (Hartlieb) = ZVB 2009, 191 (Gruber/Eisner) = RPA 2009, 73 (Etlinger), sowie die Regelungen zum Preisgericht im Wettbewerb (§ 165 BVergG).

5) Je (Sub-)Zuschlagskriterium autonome oder kollektive Willensbildung; Gliederung der Kommission in Fachbewertungsausschüsse etc.

6) Siehe FN 2.

7) BVA 23. 11. 2010, N/0087-BVA/14/2010–22 ZVB 2011, 460 (Rosenkranz).

8) BVA 25. 5. 1998, N-8/98–16; UVS Ktn 15. 4. 2009, KUVS-K2–284/24/2009 RPA 2009, 200 (Gappmayer) = ZVB 2009, 219 (Essletzbichler/Schnitzer). VKS Wien 14. 1. 2005, VKS-6768/04; VKS-6769/04 ZVB 2005, 216 (Wagner).

9) BVwG 31. 1. 2017, W139 2141722-2 mwN ZVB 2017, 165 (G. Gruber/T. Gruber).

10) BVA 8. 3. 2013, N/0124-BVA/02/2012–32 RPA 2013, 169 (Heid). VKS Wien 13. 12. 2011, VKS-12011/11 RPA 2012, 171 (Madl). UVS Ktn 15. 4. 2009, KUVS-K2–284/24/2009 RPA 2009, 200 (Gappmayer) = ZVB 2009, 219 (Essletzbichler/Schnitzer).

11) Kein Rückgriff des Unkundigen: BVwG 17. 6. 2014, W139 2005967-1 und UVS Ktn 15. 9. 2009, KUVS-K2–284/24/2009; vgl demgegenüber BVA 15. 3. 2010, N/0130-BVA/02/2009–29, wo das BVA zur Beiziehung eines IT-Servicemanagers und eines IT-Projektleiters bei der Bewertung von Fachkonzepten ausführte, dass „durch den Einsatz von diesen beiden Mitarbeitern bei allen zu beurteilenden Konzepten auch die Bewertung der Qualität des Angebots in seiner Gesamtheit sichergestellt wurde und zum anderen eine für das einzelne Fachkonzept mit zusätzlichen weiteren Fachleuten auf 3 bzw 4 Mitglieder verstärkte Jury auch über das für den konkret zu beurteilenden Gegenstand notwendige Fachwissen verfügt.“ und BVwG 31. 1. 2017, W139 2141722-2.

12) Andernfalls wäre die Person nicht in der Lage, sich im Rahmen der Bewertung eine eigenständige Meinung zu bilden. Vgl auch BVwG 11. 2. 2014, W187 2000002-1 RPA 2014, 165 (Harrer).

13) EuGH 12. 3. 2015, C-538/13, eVigilo, Rz 35 ZVB 2015, 350 (Salamun) = VIL 2015, 3 (Vrbovszky). VwGH 14. 9. 2005, 2003/04/0143–6; Ablehnungsbeschluss zitiert nach Moick/Gföhler, BVergG 2018. § 134 BVergG, E 6. BVA 8. 3. 2013, N/0124-BVA/02/2012–32 RPA 2013, 169 (Heid).

14) § 134 Satz 2 BVergG.

15) VKS W 14. 1. 2005, VKS-6768/04; VKS-6769/04 ZVB 2005, 216 (Wagner).

16) BVA 15. 3. 2010, N/0130-BVA/02/2009–29 RPA 2010, 141 (Leitner) = ZVB 2010, 180ff (Schramm/Moick).

17) Unter Bezugnahme auf UVS Ktn 15. 4. 2009, KUVS-K2–284/24/2009 RPA 2009, 200 (Gappmayer) = ZVB 2009, 219 (Essletzbichler/Schnitzer).

werden. Die Funktionsmöbel können unter verschiedenen Gesichtspunkten bewertet werden, wobei jeder Gesichtspunkt eine andere Fachkunde erfordert:

- hygienischer Gesichtspunkt – hygienische Fachkunde;
- betriebstechnischer- und routinetauglicher Gesichtspunkt – praktische Fachkunde;
- Gesichtspunkt der Verarbeitungsqualität – medizintechnische Fachkunde.

Dementsprechend ist die Bewertung der Bereiche „Bautechnik“¹⁸⁾ oder „soziale Kompetenz des Projektleiters“¹⁹⁾ durch ein Kommissionsmitglied ausgeschlossen, das nur über Fachkunde im Bereich „Elektrik“ verfügt.²⁰⁾ Vereinzelt gibt es aber auch subjektive Zuschlagskriterien, für deren Bewertung keine über das Allgemeinwissen hinausgehende Fachkunde erforderlich ist (zB „gepflegtes Äußeres“ sowie „Gesamteindruck in Bezug auf Vertrauenswürdigkeit, gewinnendes Auftreten und Freundlichkeit“).²¹⁾

Die erforderliche Fachkunde kann auf unterschiedliche Arten erworben werden. So kann bspw die Fachkunde zur Beurteilung von Bauvorhaben durch ein Studium des Bauingenieurwesens oder alternativ durch eine HTL-Ausbildung samt mehrjähriger einschlägiger Berufserfahrung erworben werden.²²⁾

2. Unparteilichkeit/Vermeidung von Interessenkonflikten

Steht ein Kommissionsmitglied in einem Interessenkonflikt, besteht die Gefahr einer unsachlichen Bewertung.²³⁾ § 26 BVergG bestimmt dahingehend, dass AG geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von Interessenkonflikten treffen müssen, um Wettbewerbsverzerrungen bei der Durchführung von Vergabeverfahren zu vermeiden und die Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten. Ein Interessenkonflikt liegt jedenfalls dann vor, wenn ein Kommissionsmitglied ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse hat, das seine Unparteilichkeit und Unabhängigkeit (= Objektivität) im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte. Für das Vorliegen eines Interessenkonflikts ist bereits der Anschein einer Beeinträchtigung ausreichend.²⁴⁾ Bei Personen, die in einem Interessenkonflikt stehen, ist daher Parteilichkeit (Befangenheit) anzunehmen. Sie dürfen nicht Teil einer Bewertungskommission sein. Ein Interessenkonflikt könnte bspw dann vorliegen, wenn

- ein Kommissionsmitglied oder naher Verwandter eines Kommissionsmitglieds Arbeitnehmer eines Bieters ist oder kürzlich noch war,²⁵⁾
- einem Kommissionsmitglied Aus- oder Fortbildung(en) von einem Bieter bezahlt wurden,
- ein Kommissionsmitglied sich ohne ersichtlichen Grund (auffallend) für oder gegen einen Bieter stark macht.

Stellt sich das Vorliegen eines Interessenkonflikts erst im laufenden Bewertungsvorgang heraus, hat der AG geeignete Maßnahmen zu seiner wirksamen Behebung zu treffen. Sofern die Kommissionsmitglieder nicht namentlich²⁶⁾ in den Ausschreibungsunterlagen genannt sind und keine gegenteiligen Festlegungen getroffen

wurden, kann der AG das betroffene Kommissionsmitglied aus der Kommission entfernen und erforderlichenfalls durch ein unvoreingenommenes ersetzen. Hierbei ermöglicht die vorzeitige Nominierung von Ersatzmitgliedern eine rasche und vom AG unvoreingenommene Nachbesetzung (s Punkt E).²⁷⁾ Eine unter Beteiligung des voreingenommenen Mitglieds durchgeführte kollektive Bewertung ist rechtswidrig und muss erneut durchgeführt werden.²⁸⁾ Anderes gilt, wenn das betroffene Zuschlagskriterium mehrfach autonom bewertet wurde: Die voreingenommene Bewertung kann einfach getilgt werden (sofern keine gegenteiligen Festlegungen getroffen wurden). Die Wiederholung einer Bewertung auf Basis eines Hearings ist eine besondere Herausforderung. Sofern das Ersatzmitglied auch bei den Hearings anwesend war und sich einen unmittelbaren Eindruck verschaffen konnte, ist nur die Bewertung zu wiederholen. Hearings, an denen das Ersatzmitglied nicht teilgenommen hat, sind – entgegen einzelner Aussagen in der Judikatur²⁹⁾ – zu wiederholen.³⁰⁾ Ausgenommen davon sind Hearings, die nachträglich über ein mittelbares Medium wahrgenommen werden können, welches die zu bewertenden Ereignisse objektiv wiedergibt und eine unvoreingenommene Bewertung ermöglicht (zB Videoaufnahme).

Abweichendes gilt, wenn die Namen der Kommissionsmitglieder in den Ausschreibungsunterlagen offengelegt werden. In diesem Fall ist nach Ansicht des BVwG³¹⁾ „eine etwaige Befangenheit“ mit den Aus-

18) Dazu ist bspw ein bautechnisches Studium oder eine HTL-Ausbildung samt langjähriger einschlägiger Berufserfahrung erforderlich. BVwG 11. 2. 2014, W187 2000002-1 RPA 2014, 165 (Harrer).

19) Dazu ist eine psychologische oder pädagogische Ausbildung erforderlich. BVwG 17. 6. 2014, W139 2003185-1; W139 2005967-1.

20) Ebd. Zur Präklusion s FN 31.

21) BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 RPA 2017, 162 (Heid/Hofbauer) = VIL 2017/3. S 8 (Vrbovszky) = ZVB 2017, 220 (G. Gruber/T. Gruber).

22) BVwG 11. 2. 2014, W187 2000002-1 RPA 2014, 165 (Harrer).

23) Ein Interessenkonflikt birgt die Gefahr in sich, dass sich der AG bei der Zuschlagsentscheidung von Überlegungen leiten lässt, die mit dem Auftrag nichts zu tun haben. LVwG Bgld 28. 8. 2018, S VNP/06/2018.002/025.

24) BVA 23. 12. 2010, N/0095-BVA/08/2010–90 RPA 2011, 93 (Zoidl).

25) LVwG Bgld 28. 8. 2018, S VNP/06/2018.002/025. BVA 18. 10. 2012, F/0007-BVA/11/2012–25.

26) Werden in den Ausschreibungsunterlagen die Namen der Kommissionsmitglieder offengelegt und keine Regeln über den Ausfall oder Austausch von Kommissionsmitgliedern getroffen, haben genau diese Personen die Bewertung vorzunehmen. Nach Ansicht des VKS sind die Vertretungsregeln in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen: VKS W 12. 1. 2012, VKS-11116/11 VIL 2012, 11 f (Fink). Der AG darf aufgrund der Bindung an die Ausschreibungsunterlagen von diesen nicht abweichen. BVwG 23. 8. 2017, W187 2163208-2 mwN ZVB 2017, 463 (G. Gruber/T. Gruber).

27) Zur Nachbesetzung eines Preisgerichts aufgrund der Aufhebung der Anonymität der Wettbewerbsarbeiten stellte das BVA fest, dass durch eine nachträgliche Bestellung der Preisrichter in Kenntnis der Wettbewerbsarbeiten zumindest der Anschein einer indirekten Einflussnahme durch die Auswahl der Preisrichter nicht ausgeschlossen werden kann. BVA 8. 6. 2011, N/0037-BVA/11/2011–19.

28) Siehe Punkt E. zur gleichbleibenden Zusammensetzung der Kommission während der Bewertung.

29) BVwG 27. 2. 2014, W134 2000169-1, mit kritischen Stimmen darüber in der Literatur = RPA 2014, 170 (Huber) = VIL 2014, 12 (Fink) = ZVB 2014, 186 (Grasböck).

30) Eine nachträgliche Berichterstattung an das abwesende Kommissionsmitglied über die Ereignisse des Hearings kann hierbei nicht helfen. Das Kommissionsmitglied würde nämlich die (subjektiven) Berichte über das Hearing und nicht das Hearing selbst bewerten.

31) BVwG 29. 8. 2019, W134 2196556-4/11E RPA 2019, 367 (Heid/Windbichler). Siehe auch VKS W 4. 10. 2012, VKS-8741/12 ZVB

schreibungsunterlagen zu bekämpfen, da anderenfalls die Ausschreibungsunterlagen bestandfest werden und alle am Vergabeverfahren Beteiligten daran gebunden sind.³²⁾

D. Weisungsrecht des AG gegenüber internen Kommissionsmitgliedern

Dienstnehmer des AG bleiben während ihrer Tätigkeit als Kommissionsmitglied weiterhin Teil der hierarchischen Struktur des AG. Hierbei kann das Weisungsrecht des AG gegenüber seinen Dienstnehmern mit deren Verpflichtung zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit als Kommissionsmitglied kollidieren. Es ist zu beachten, dass strafrechtswidrige Weisungen niemals zu befolgen sind. Sonstige rechtswidrige Weisungen sind nur dann zu befolgen, wenn diese nach Aufforderung des Dienstnehmers schriftlich erteilt werden („*Remonstrationsrecht*“).³³⁾

Weisungen, welche die Bewertungstätigkeit der Kommission beeinflussen (zB Bevorzugung/Benachteiligung eines Angebots), werden wohl meist von strafrechtlicher Relevanz sein und könnten als Betrug, Untreue oder wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren zu qualifizieren sein. Auch die Anstiftung, der Versuch und die Beihilfe sind dabei strafbar. Durch Befolgung einer strafrechtswidrigen Weisung machen sich Kommissionsmitglieder ebenfalls strafbar.

Durch eine rechtswidrige Weisung könnte ein Dienstnehmer in seiner Funktion als unabhängiges Kommissionsmitglied in eine missliche Lage geraten. Bspw. könnte das Kommissionsmitglied wegen einer Weisung und aus Furcht vor (rechtswidrigen) Repressalien des Vorgesetzten gezwungen sein, die Bewertung in (straf)rechtswidriger Weise durchzuführen. Keinem AG soll dabei ein Vorsatz unterstellt werden. Rechtswidrige Weisungen können aus den besten Absichten entstehen.

Befolgt ein Kommissionsmitglied eine rechtswidrige Weisung, können straf-, dienst- sowie schadenersatzrechtliche Konsequenzen die Folge sein. Wurde die Weisung nicht schriftlich erteilt, besteht für den Dienstnehmer die Gefahr, dass sich der Weisungsgeber wegen Beweisschwierigkeiten aus der Verantwortung ziehen kann.

Zum Schutz von Vorgesetzten und Dienstnehmern als Kommissionsmitglieder sowie um die Unvoreingenommenheit zu stärken und Manipulationsvorwürfe zu vermeiden, wird empfohlen, die gesamte Bewertungskommission für ihre Bewertungstätigkeit weisungsfrei zu stellen und dies zumindest im Vergabeakt zu dokumentieren.

E. Zusammensetzung und Struktur der Bewertungskommission

Der AG als Herr des Vergabeverfahrens bestimmt die Zusammensetzung der Bewertungskommission. Die Kommission kann aus internen Dienstnehmern und/oder externen Personen zusammengesetzt werden. Neben den bewertenden Mitgliedern kann die Kommission auch beratende oder hörende Mitglieder haben,

bspw wird die Bewertungskommission regelmäßig von einem Vergaberechtsexperten beratend unterstützt.

Die Anzahl der Kommissionsmitglieder wird neben inhaltlichen Aspekten auch durch organisatorische Aspekte bestimmt. Der Administrations- und Koordinierungsaufwand einer Kommission wird mit zunehmender Größe immer schwieriger. Aus begrifflichen Überlegungen sollte eine Kommission zumindest aus zwei Mitgliedern bestehen.

Die Namen sowie die Anzahl der Kommissionsmitglieder oder die Zusammensetzung der Kommission müssen in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt werden.³⁴⁾ Demgegenüber ist eine Dokumentation im Vergabeakt unverzichtbar.³⁵⁾ Damit ein Bieter sein Angebot bestmöglich aufbereiten kann, ist die Offenlegung der zur Bewertung berufenen Fachbereiche in den Ausschreibungsunterlagen zu empfehlen.

Um bei der kollektiven Bewertung eine Stimmgleichheit zu vermeiden, ist eine ungerade Anzahl an Kommissionsmitgliedern oder ein Mitglied, dessen Stimme den Ausschlag gibt, zu empfehlen. Die Bestimmung eines Kommissionsvorsitzes (durch den AG oder die Kommission selbst) ist möglich, aber nicht geboten.

Die Besetzung der Bewertungskommission muss aus Gründen der Bietergleichbehandlung vor Öffnung der Angebote erfolgen und ist im Vergabeakt zu dokumentieren. Eine spätere Besetzung erscheint möglich, wenn eine ungleichbehandelnde Vorgehensweise ausgeschlossen ist.³⁶⁾ Daher ist dringend anzuraten, die Ersatzmitglieder zugleich mit den bewertenden Mitgliedern vor Angebotsöffnung und damit vor Kenntnis der Bieter zu ernennen.

Die Zusammensetzung der Kommission kann im laufenden Vergabeverfahren geändert werden, sofern nichts Gegenteiliges festgelegt wurde und dadurch nicht gegen einen fundamentalen Grundsatz (insbesondere Gleichbehandlungsgrundsatz) verstoßen wird. Es ist darauf zu achten, dass die Bewertungskommission die Bewertung aller Angebote in derselben Zusammensetzung vornimmt.³⁷⁾ Im Fall von mehreren voneinander unabhängigen Bewertungsrunden kann die Zusammensetzung von Bewertungsrunde zu Bewertungsrunde verändert werden.³⁸⁾

2013, 203 (*Lehner*). Ähnlich zur fehlenden Fachkunde: BVA 19. 9. 2013, N/0063-BVA/11/2013–17 ZVB 2013, 451 (*Prünster*).
 32) StRsp des VwGH zur Präklusionswirkung vgl VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0234; VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029 RPA 2014, 336 (*Vrbovszky*).
 33) Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ 2017 Rz 943.
 34) BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 RPA 2017, 162 (*Heid/Hofbauer*) = VIL 2017, 8 (*Vrbovszky*) = ZVB 2017, 220 (*G. Gruber/T. Gruber*).
 35) Siehe Punkt F.
 36) In Anlehnung an EuGH 18. 11. 2010, C-226/09, *EK/Irland*, Rz 62 RPA 2011, 46–50 (*Reisner*) = ZVB 2011, 48 (*Feuchtmüller*). EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, Rz 31 ZVB 2016, 444 (*Salamun*).
 37) BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 RPA 2017, 162 (*Heid/Hofbauer*) = VIL 2017, 8 (*Vrbovszky*) = ZVB 2017, 220 (*G. Gruber/T. Gruber*).
 38) VKS W 13. 12. 2011, VKS-12011/11 RPA 2012,171 (*Madl*).

F. Transparenzanforderungen

Der EuGH stellte in C-6/15, *TNS Dimarso*³⁹⁾ aufbauend auf C-252/10, *Dynamiki (VIII)*,⁴⁰⁾ und C-331/04, *ATI*,⁴¹⁾ fest, dass weder aus der VergabeRL noch aus den fundamentalen Grundsätzen des Vergaberechts noch aus der Rsp des EuGH ableitbar wäre, dass der AG die Bewertungsmethode (zB eine Skala bestehend aus „niedrig“, „ausreichend“, „hoch“), anhand derer eine Bewertungskommission die Angebote bewertet, in der Auftragsbekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen offenzulegen hat. Gleiches ist wohl auch für die Einsetzung einer Bewertungskommission an sich anzunehmen: Ihre Einsetzung ist nicht aus der VergabeRL, den fundamentalen Grundsätzen oder der Rsp des EuGH ableitbar. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Festlegungen geht die österr Rsp, wie bereits in Punkt E. erwähnt, davon aus, dass die Offenlegung von Namen und Anzahl der Kommissionsmitglieder sowie Zusammensetzung der Kommission in den Ausschreibungsunterlagen nicht erforderlich ist.⁴²⁾

Der Bewertungskommission kommt bei der Ausübung ihrer Aufgaben ein „gewisser Freiraum“⁴³⁾ zu, der den Bietern nicht gesondert offenzulegen ist. Dies bedeutet, dass die Kommission bspw ihre Tätigkeit der Prüfung und Bewertung (Bewertungsmethode) der eingereichten Angebote strukturieren darf oder Unterkriterien eines zuvor festgelegten Zuschlagskriteriums dadurch gewichten kann, dass sie die vom AG vorgesehene Punkteanzahl auf die Subzuschlagskriterien verteilt.⁴⁴⁾ Dieser Freiraum findet jedenfalls dort seine Grenzen, wo ein fundamentaler Grundsatz des Vergaberechts verletzt wird. So ist es der Kommission bspw untersagt, weitere (Sub-)Zuschlagskriterien, welche in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen sind, zu berücksichtigen.⁴⁵⁾ Nutzt die Bewertungskommission ihren Freiraum, könnten Vorwürfe der Bieter-Ungleichbehandlung aufkommen. Diesen kann insbesondere dadurch begegnet werden, dass sämtliche Festlegungen, welche die Bewertung beeinflussen könnten, vor⁴⁶⁾ Angebotsöffnung getroffen und nachvollziehbar (zumindest im Vergabeakt) dokumentiert werden.⁴⁷⁾ Aus der genannten Rsp des EuGH zur Aufteilung der Gewichtung von Zuschlagskriterien auf Subzuschlagskriterien nach Angebotsöffnung sowie der Festlegung der Bewertungsmethode nach Angebotsöffnung kann allerdings geschlossen werden, dass sämtliche Informationen, welche die Bieter bei Vorbereitung ihrer Angebote beeinflussen könnten, in den Ausschreibungsunterlagen offenzulegen sind.⁴⁸⁾

Auch wenn der AG grundsätzlich keine Informationen zur Bewertungskommission oder ihrer Bewertungsmethode in den Ausschreibungsunterlagen offenlegen muss, hat er sämtliche Regelungen zur Bewertungskommission für die Nachvollziehbarkeit seiner rechtmäßigen Vorgehensweise im Vergabeakt zu dokumentieren bzw dies zu veranlassen.⁴⁹⁾ Dies betrifft insbesondere die Namen der Kommissionsmitglieder, den Bewertungsbereich eines jeden Kommissionsmitglieds, die Vorgehensweise bei der Bewertung, die Art der Willensbildung, die allfällige Einsetzung eines Kommissionsvorsitzes etc. Aufgrund einer unvollständigen Dokumentation kann die Angebotsbewertung

für die Nachprüfungseinrichtung nicht nachvollziehbar und damit mit Nichtigkeit bedroht sein.⁵⁰⁾ Um Auffassungsunterschieden vorzubeugen, ist dem AG zu empfehlen, den „Freiraum“ der Bewertungskommission durch entsprechende Festlegungen, bspw in einer Geschäftsordnung der Bewertungskommission näher zu bestimmen.

G. Bewertungsvorgang

1. Bewertungsspielraum – Ermessen

Bei der Angebotsbewertung muss die Bewertungskommission über einen Ermessensspielraum verfügen. Dieser wird durch die Festlegungen des AG begrenzt.⁵¹⁾ Definiert der AG bspw wann ein subjektives Zuschlagskriterium sehr gut, gut, befriedigend, genügend und nicht genügend erfüllt ist, hat die Bewertungskommission einen geringen Ermessensspielraum, da sie von den festgelegten Vorgaben nicht abweichen darf. Der Ermessensspielraum der Kommission darf nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Bei objektiven Zuschlagskriterien besteht wegen der eindeutigen Messbarkeit kein Ermessensspielraum. Daher sind sie für den Einsatz einer Bewertungskommission ungeeignet und rechtswidrig.⁵²⁾

Ein besonders weites Ermessen wird der Kommission regelmäßig durch „Aspekte“ (auch „Parameter“, „Beurteilungsmaßstäbe“ oder „Merkmale“ genannt)⁵³⁾

39) EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, Rz 27 ff ZVB 2016, 444 (*Salamun*).

40) EuGH 21. 7. 2011, C-252/10 P, *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, insb Rz 35.

41) EuGH 24. 11. 2005, C-331/04, *ATI* ZVB 2006, 61 (*Grasböck*) = RPA 2005, 356 (*Pock*) = ZVB 2005, 292 (*Hartlieb/Stief*).

42) BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 RPA 2017, 162 (*Heid/Hofbauer*) = VIL 2017, 8 (*Vrbovszky*) = ZVB 2017, 220 (*G. Gruber/T. Gruber*).

43) EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, Rz 29 ff, unter Verweis auf EuGH 21. 7. 2011, C-252/10 P, *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, Rz 35; VwGH 30. 1. 2019, Ra 2018/04/0001 ZVB 2018, 520 (*Oppel*).

44) Bewertungsmethode: EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, Rz 29 ff ZVB 2016, 444 (*Salamun*). Gewichtung von Subzuschlagskriterien: EuGH 24. 11. 2005, C-331/04, *ATI*, Rz 32 ZVB 2006, 61 ff (*Grasböck*) = RPA 2005, 356 ff (*Pock*) = ZVB 2005, 292 ff (*Hartlieb/Stief*).

45) EuGH 20. 9. 1988, 31/87, *Beentjes*, Rz 35.

46) Eine nachträgliche Festlegung ist nach Ansicht des EuGH nur dann möglich, wenn aus nachweislichen Gründen eine vorherige Festlegung nicht möglich war, die nachträgliche Festlegung kein Zuschlagskriterium verändert, nichts enthält, was – wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre – diese Vorbereitungen hätte beeinflussen können und die nachträgliche Festlegung nicht unter Umständen festgelegt wurde, die einen Bieter diskriminieren könnte. EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, Rz 26, 31, unter Verweis auf EuGH 21. 7. 2011, C-252/10 P, *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, Rz 33.

47) EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*, Rz 31 ZVB 2016, 444 (*Salamun*).

48) Ebd Rz 29, 31.

49) Vgl § 49 BVerG.

50) LVwG Stmk 23. 1. 2017, LVwG 45.16–3476/2016 ua ZVB 2017, 385 (*Oppel*). BVA 12. 5. 2003, 02N-19/03–31 ZVB 2003, 210 ff (*Möslinger-Gehmayr*) = RPA 2003, 347–352 (*Fink*).

51) VwGH 30. 1. 2019, Ra 2018/04/0001, Rz 4, 29. BVwG 16. 6. 2016, W138 2125594-2 ZVB 2016, 344 (*G. Gruber/T. Gruber*). BVA 11. 10. 2011, N/0074-BVA/11/2011–40 RPA 2012, 18 (*Oberzaucher*).

52) BVwG 11. 9. 2015, W149 2111581-2 RPA 2015, 290 (*Heid/Deutschmann*) = ZVB 2016, 147 (*G. Gruber/T. Gruber*). VKS Wien 17. 1. 2007, VKS-3467/06.

53) BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 VIL 2017, 8 (*Vrbovszky*) = ZVB 2017, 220 (*G. Gruber/T. Gruber*); BVA 11. 10. 2011, N/0074-BVA/11/2011–40 RPA 2012, 18 (*Oberzaucher*).

gewährt. Aspekte stellen die Vergleichbarkeit unterschiedlicher Lösungsansätze her. Aspekte sind keine (Sub-)Zuschlagskriterien; sie müssen daher nicht gewichtet werden.⁵⁴⁾ Bspw könnten als Aspekte im Rahmen der Bewertung einer neuen Marketingstrategie „die Einbettung der Strategie in die bisherige Werbestrategie“ oder „die Neuartigkeit der verwendeten Technik“ berücksichtigt werden. Aspekte dienen der Kommission als Richtschnur, was bei der Bewertung jedenfalls zu berücksichtigen ist.

2. Willensbildung

Wird ein Zuschlagskriterium durch mehrere Kommissionsmitglieder kollektiv bewertet, bestehen verschiedene Möglichkeiten zur Willensbildung: Einstimmigkeit, qualifizierte Mehrheit, einfache Mehrheit. Je (Sub-)Zuschlagskriterium kann ein anderer Modus zur Willensbildung vorgesehen sein. Wird das Zuschlagskriterium hingegen durch jedes Kommissionsmitglied autonom bewertet, liegt keine kollektive Willensbildung vor.

3. Verbale Begründung der Bewertung

Die Angebotsbewertung ist im Vergabeakt nachvollziehbar zu dokumentieren. Bei objektiven Zuschlagskriterien ist die Nachvollziehbarkeit der Bewertung regelmäßig mit der Dokumentation der erreichten Punktzahl gegeben. Bei subjektiven Zuschlagskriterien ist die erreichte Punktzahl zudem verbal zu begründen, um die Bewertung nachvollziehbar zu machen. Dazu sind jene Gründe zu verschriftlichen, die für das Bewertungsergebnis ausschlaggebend waren.⁵⁵⁾ Dies kann bspw. dadurch erfolgen, dass die Vor- und Nachteile des zu bewertenden Angebots in Relation zu den übrigen Angeboten (relative Bewertungsmethode) oder in Relation zum Maßstab des Idealergebnisses (absolute Bewertungsmethode) dargestellt werden. Je nach Bewertungsmethode und getroffenen Festlegungen hat jedes Kommissionsmitglied seine Bewertung individuell zu begründen oder die (bewertenden) Mitglieder begründen ihre kollektiv vorgenommene Bewertung in einer einzigen abgestimmten Begründung. Durch entsprechende Festlegungen sind hierbei auch Mischformen möglich.

Auch eine autonome Bewertung von subjektiven Zuschlagskriterien ist verbal zu begründen, sofern diese nicht auf andere Weise nachvollziehbar ist. Lediglich wenn in der Ausschreibung bestandfest festgelegt wurde, dass die Bewertung nicht verbal begründet wird, ist eine verbale Begründung nicht erforderlich.⁵⁶⁾ Der VwGH⁵⁷⁾ sah eine solche Festlegung in zwei Anlassfällen als implizit gegeben, da in den Ausschreibungsunterlagen bestandfest festgelegt wurde, dass die Kommission einstimmig-kollektiv bewertet und zudem bestimmte Kriterien von den Mitgliedern autonom bewertet werden. Durch diese (widersprüchliche) Festlegung wurde das Fehlen einer verbalen Begründung der autonomen Bewertungen indirekt ausgeschlossen, da „keine in einem gemeinsamen Entscheidungsprozess – einstimmig oder mehrstimmig – erzielte begründbare Entscheidung der gesamten Kommission“ vorlag.

In der Zuschlagsentscheidung sind den unterlegenen Bietern die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots mitzuteilen.⁵⁸⁾ Die Zuschlagsentscheidung muss so abgefasst sein, dass die Angebotsbewertung für die nachgereichten Bieter nachvollziehbar ist.⁵⁹⁾ Das gänzliche Fehlen der verbalen Begründung oder Mängel bei der Nachvollziehbarkeit führen zu einer rechtswidrigen und dadurch bekämpfbaren Zuschlagsentscheidung.⁶⁰⁾

H. Geschäftsordnung der Bewertungskommission

Die Vorgehensweise der Bewertungskommission ist zwar nicht in den Ausschreibungsunterlagen offenzulegen, aber nachvollziehbar im Vergabeakt zu dokumentieren (s Punkt F). Hierfür ist dem AG die Erstellung einer Geschäftsordnung für die Bewertungskommission zu empfehlen. Je nach Vergabeverfahren kann die Geschäftsordnung in einzelnen Punkten durch den AG oder die Bewertungskommission selbst (sofern erwünscht) angepasst werden. Die Geschäftsordnung kann als Teil der Ausschreibungsunterlagen gegenüber den Bietern offengelegt werden. Eine Geschäftsordnung kann bspw Festlegungen zu folgenden Themenbereichen treffen:

- Willensbildung (Einstimmigkeit, qualifizierte/einfache Mehrheit, etc);
- Einsetzung und Aufgaben des Kommissionsvorsitzes;
- Ablauf von Kommissionssitzungen;
- Dokumentationsanforderungen;
- Austausch/Vertretung von Kommissionsmitgliedern;
- Belehrung zu Interessenkonflikten;
- Geheimhaltungspflichten;
- Entgeltregelung;
- Kompetenz der Kommission zur Änderung der Geschäftsordnung.

Auch der Wettbewerbsordnung Architektur (WOA)⁶¹⁾ könnten Anregungen entnommen werden, welche Themenbereiche durch eine Geschäftsordnung regelbar sind.

54) BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 ZVB 2017, 220 (G. Gruber/T. Gruber) = VIL 2017, 8 (Vrbovszky).

55) EuGH 28. 1. 2010, C-406/08, *Uniplex*, Rz 30f RPA 2010, 103 (*Frauenberger-Pfeiler*) = ZVB 2010, 247–252 (*Grasböck*). VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0224 RPA 2013, 220 (*Hofer*) = RPA 2013, 266 (*Keschmann*) = ZVB 2013, 327 (*Pallitsch*).

56) VwGH 21. 1. 2014, 2011/04/0133; VwGH 19. 11. 2008, 2007/04/0018 ua.

57) Ebd.

58) § 143 BVergG.

59) VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0173 ZVB 2013, 356 (*Zeileissen*) = RPA 2013, 213 (*Hofer*). BVwG 22. 2. 2017, W187 2144680-2 ZVB 2017, 220 (G. Gruber/T. Gruber) = VIL 2017, 8 (Vrbovszky). VKS W 9. 8. 2006, VKS-2064/06; VKS-2065/06 RPA 2006, 257–260 (*Ertl*).

60) VwGH 21. 1. 2014, 2011/04/0133 mwN ZVB 2014, 202 (*Zellhofer*) = RPA 2014, 149 (*Lehner*) = VIL 2014, 9 (*Fink*). VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0224 mwN RPA 2013, 220 (*Hofer*) = RPA 2013, 266 (*Keschmann*) = ZVB 2013, 327 (*Pallitsch*).

61) Zu finden auf der Homepage der Bundeskammer der ZiviltechnikerInnen: <https://www.arching.at>

I. Kommissionsentscheidung als Empfehlung

Sofern der AG in den Ausschreibungsunterlagen nichts Gegenteiliges⁶²⁾ festgelegt hat, ist das Bewertungsergebnis der Kommission eine „Empfehlung“ und damit für den AG nicht verbindlich. Sollte der AG Zweifel an der Plausibilität der Angebotsbewertung haben, kann er die Bewertung durch die Kommission nochmals überprüfen lassen. Der AG kann auch eine neue Bewertungskommission zur Durchführung einer neuerlichen Bewertung einsetzen, wenn dadurch kein fundamentaler Grundsatz des Vergaberechts verletzt wird.

J. Zivilrechtliche Haftung der Bewertungskommission

Durch Fehler der Bewertungskommission kann das beste Angebot übergangen werden. Dies kann bspw. dadurch geschehen, dass ein Kommissionsmitglied nicht über die erforderliche Fachkunde verfügt oder die Zuschlagskriterien mangelhaft angewandt werden. Je nachdem, ob ein übergangener Bieter beweisen kann, dass er den Zuschlag hätte erhalten müssen, kann er den Ersatz seiner Teilnahmekosten am Vergabeverfahren fordern (*Vertrauensinteresse*) oder fordern, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn er den Zuschlag erhalten hätte (*Erfüllungsinteresse*) (§ 369 BVergG). Ein übergangener Bieter kann seine Schadenersatzansprüche

nicht direkt gegenüber der Bewertungskommission oder einem Kommissionsmitglied, sondern nur gegenüber dem AG geltend machen.⁶³⁾ Der Schadenersatz leistende AG kann sich am schädigenden Kommissionsmitglied oder allenfalls an der solidarisch haftenden Bewertungskommission, wenn der Schädiger nicht feststellbar ist, regressieren (§ 1302 ABGB). AG-externe Kommissionsmitglieder werden regelmäßig⁶⁴⁾ Sachverständige iSv § 1299 ABGB sein, womit für sie ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab gilt.

Für Dienstnehmer des AG als Kommissionsmitglieder sieht das DHG unter bestimmten Voraussetzungen Haftungserleichterungen vor, welche den zu ersetzenden Schaden reduzieren.

62) „Die endgültige Bewertung obliegt allein der Bewertungskommission“: VKS W 4. 6. 2009, VKS-2927/09 ZVB 2009, 289–292 (*Oppel*). *Salamun*, Angebotsbewertung durch Bewertungskommission, ZVB 2013, 456 (458). Glossierung zu VKS W 12. 3. 2013, VKS-72946/13.

63) Eine Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs ist ein Feststellungserkenntnis, das nur gegenüber dem AG erwirkt werden kann (VwGH 17. 12. 2002, 2000/04/0019). § 369 Abs 1 und 3 BVergG bestimmen, dass ein übergangener Bieter bei hinreichend qualifiziertem Verstoß durch Organe des AG oder einer vergebenden Stelle einen Anspruch auf Ersatz (nur) gegen den AG hat.

64) Ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die tätig werdende Person hätte erkennen müssen, dass für die fragliche Tätigkeit besondere Fähigkeiten erforderlich sind. *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1299 Rz 3 (www.rdb.at).

→ In Kürze

Die Bewertungskommission stellt ein Instrument des AG zur Bewertung subjektiver Zuschlagskriterien dar. Aufgrund einer fehlenden Rechtsgrundlage greift die Rechtsprechung auf § 134 BVergG zurück, welcher Teile die Angebotsprüfung regelt. Die Bewertungskommission hat jedenfalls den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot, das Transparenzgebot sowie den Wettbewerbsgrundsatz zu beachten. Der AG muss in den Ausschreibungsunterlagen Informationen über die Bewertungskommission, wie bspw. die Namen und Anzahl der Kommissionsmitglieder, oder ihre Vorgehensweise nur dann offenlegen, wenn diese Bieter bei der Vorbereitung ihrer Angebote beeinflussen könnten. Die Bewertungskommission muss als Ganzes über die erforderliche Fachkunde verfügen und hat ihre Bewertung verbal zu begründen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

MMag. Normann Plattner-Schwarz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Schramm Öhler Rechtsanwälte. Dieser Beitrag beruht teils auf seiner an der Universität Wien 2020 eingereichten Dissertation zur Bewertungskommission.

Dr. Karlheinz Moick ist Rechtsanwalt und Partner bei FSM Rechtsanwälte und Autor zahlreicher Publikationen.

Vom denselben Autoren erschienen:

Moick/Gföhler, BVergG 2018 (2018), Höchstgerichtliche Judikatur in Leitsätzen.



Die RDB. Einfach wie noch nie.
Zuverlässig wie schon immer.

rdb.at
wo MANZ findet