

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines	1
A. Hinführung zum Thema	1
B. Kernthema der Untersuchungen	7
C. Ziel der Untersuchungen	9
D. Vorgehensweise und Methode	10
E. Allgemeine Begriffsbestimmungen und -klarstellungen	11
II. Relevante Grundzüge des Vergaberechts	21
A. Historische Entwicklung des österreichischen Vergaberechts	21
B. Ziel und Zweck des Vergaberechts	27
C. Fundamentale Grundsätze des Vergaberechts als Grundstruktur des Vergaberechts	33
D. Der Auftraggeber als Herr des Vergabeverfahrens	78
E. Die Ausschreibungsunterlagen	79
III. Die Bewertungskommission	121
A. Grundsätzliches zur Bewertungskommission	121
B. Abgrenzung der Bewertungskommission von anderen Kommissionen im Vergabeverfahren	132
C. Positivierte gesetzliche Erfordernisse der Bewertungskommission	169
D. Innere Struktur der Bewertungskommission	228
E. Vorgehensweise und Bewertungsprozess der Bewertungskommission ..	242
F. Haftung der Bewertungskommission/Schadenersatzanspruch eines übergangenen Bieters	370
IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	393
V. Checkliste für Auftraggeber	397
Stichwortverzeichnis	435

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsübersicht	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Abbildungsverzeichnis	XXI
Tabellenverzeichnis	XXIII

I. Allgemeines	1
A. Hinführung zum Thema	1
B. Kernthema der Untersuchungen	7
C. Ziel der Untersuchungen	9
D. Vorgehensweise und Methode	10
E. Allgemeine Begriffsbestimmungen und -klarstellungen	11
1. Bewertungskommission/Jury/Preisgericht/Vergabekommission/ Bewertungsausschuss/Expertenkommission	11
2. Prüfung/Beurteilung/Bewertung	13
3. Fundamentale Grundsätze des Vergaberechts	13
4. Vergabekontrolleinrichtung	14
5. Ausschreibungsunterlagen/Verdingungsunterlagen	15
6. Vergabeakt (als Dokumentationsakt)	16
7. Zuschlagskriterien/Subkriterien/Aspekte	17
8. Unternehmen/Bewerber/Bieter/Wirtschaftsteilnehmer	18
II. Relevante Grundzüge des Vergaberechts	21
A. Historische Entwicklung des österreichischen Vergaberechts	21
1. Verwaltungsverordnungen, allgemeine Weisungen und ÖNORMEN regelten anfangs die Beschaffung	21
2. Von der ÖNORM A 2050 über das EWR-Freihandelsabkommen und das GPA zum BVergG 2018	23
B. Ziel und Zweck des Vergaberechts	27
C. Fundamentale Grundsätze des Vergaberechts als Grundstruktur des Vergaberechts	33
1. Ursprung der fundamentalen Grundsätze im Europarecht	33
2. Vorbemerkungen zur Anwendbarkeit des Europarechts	39
a) Unmittelbare Wirkung und Anwendungsvorrang des Unionsrechts	40
3. Diskriminierungsverbot (aus Gründen der Staatsangehörigkeit)	42
4. Gleichbehandlungsgrundsatz	45
5. Transparenzgebot	52
a) Transparenz iSv öffentlicher Bekanntmachung zur Herstellung/ Wahrung eines echten Wettbewerbs	53
b) Transparenz iSv Dokumentation und Nachvollziehbarkeit zur gerichtlichen Überprüfbarkeit	55

VII

c) Transparenz iSv eindeutigen und klaren Festlegungen (Konkretisierungsgebot)	57
(1) Ausschluss von Willkür und Günstlingswirtschaft	59
(2) Überprüfbarkeit der gestellten Anforderungen	59
6. Grundsatz des fairen/freien und lauterer Wettbewerbs	60
7. Weitere Grundsätze	63
8. Anwendungsbereich der fundamentalen Grundsätze	64
a) Öffentlicher Auftraggeber als Adressat der fundamentalen Grundsätze	64
b) Grenzüberschreitendes Interesse (Binnenmarktrelevanz) zwingt zur Beachtung der fundamentalen Grundsätze	65
9. Zusammenfassung: Anwendung der Grundsätze außerhalb des Vollanwendungsbereichs – Praktische Bedeutung	75
10. Fundamentale Grundsätze als Maßstab für das Dürfen und Können der Bewertungskommission	76
11. Fundamentale Grundsätze bei rein innerstaatlichen Sachverhalten ...	77
12. Aktive Rolle des öffentlichen Auftraggebers zur Gewährleistung der fundamentalen Grundsätze	78
D. Der Auftraggeber als Herr des Vergabeverfahrens	78
E. Die Ausschreibungsunterlagen	79
1. Erstellung der Ausschreibungsunterlagen	80
2. Bindung und Selbstbindung an die Ausschreibungsunterlagen	81
3. Konkretisierungsgebot – Notwendigkeit zur genauen Bestimmung von Festlegungen	86
a) Konkretisierungsanforderungen an Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis	89
b) Konkretisierungsanforderungen an Zuschlagskriterien	93
c) Keine Konkretisierungsanforderungen an die Bewertungs- kommission in den Ausschreibungsunterlagen	98
(1) Dringend anzuraten: Offenlegung der Bewertungskommission und ihrer Vorgehensweise	99
d) Folgen nicht ausreichend konkretisierter Ausschreibungsunter- lagen	100
(1) Zwingender Widerruf oder Berichtigung der Ausschreibungs- unterlagen	101
(2) Nichtigerklärung durch die Vergabekontrolleinrichtung	104
(3) Auslegung von Erklärungen anhand von §§ 914, 915 ABGB ...	106
(4) Unpräzise Ausschreibungsunterlagen als Verstoß gegen §§ 864a und 879 ABGB	110
(5) Präklusion unpräziser Festlegungen nur bei nachvollziehbarer Zuschlagsempfängerermittlung	113
III. Die Bewertungskommission	121
A. Grundsätzliches zur Bewertungskommission	121
1. Zweck und Zulässigkeit einer Bewertungskommission	121
2. Grundlegende Aufgaben und Kompetenzen der Bewertungs- kommission	121
3. Lokalisierung der Bewertungskommission im Vergabeverfahren	122
4. Wesensmerkmale einer Bewertungskommission	123
a) Konzept: Bewertungskommission „im engen Sinne“	123

(1) Schwierigkeiten bei Anwendbarkeit des Konzepts einer Bewertungskommission iS in der Vergabepaxis	124
b) Konzept: Bewertungskommission „im weiten Sinne“	126
c) Zusammenfassende Darstellung	129
5. Unterschiedliche Kommissionen bei unterschiedlichen Losen	131
B. Abgrenzung der Bewertungskommission von anderen Kommissionen im Vergabeverfahren	132
1. Kommission der Angebotsöffnung	132
a) Allgemeines	132
b) Merkmale der Angebotsöffnungskommission	133
c) Vorgehen bei der Angebotsöffnung	134
2. Kommission der Angebotsprüfung	138
a) Allgemeines	138
b) Implizite gesetzliche Anordnung einer Angebotsprüfungs- kommission?	140
c) Merkmale der Angebotsprüfungskommission	141
d) Vorgehen bei der Angebotsprüfung	142
3. Kommission der Aufklärungsgespräche	145
a) Allgemeines	145
b) Merkmale der Aufklärungskommission	148
c) Vorgehen bei der Aufklärung	149
4. Preisgericht (Jury) des Wettbewerbs	151
a) Allgemeines zum Wettbewerb	153
b) Allgemeines zum Preisgericht	155
c) Merkmale des Preisgerichts	156
(1) Zusammensetzung des Preisgerichts und Offenlegung der Preisrichter	156
(2) Fachkunde der Preisrichter	158
(3) Höchstpersönliche Ausübung des Preisrichteramtes	158
(4) Unabhängigkeit des Preisgerichts	158
d) Vorgehen des Preisgerichts	159
(1) Prüfung der Wettbewerbsarbeiten ist nicht Aufgabe des Preisgerichts	160
(2) Anonymität der Wettbewerbsarbeiten	161
(a) Aufklärungen als Ausnahme von der Anonymität	163
(3) Beurteilungskriterien	163
(4) Sitzungen des Preisgerichts	164
(5) Auswahl- und Beurteilungsermessen des Preisgerichts	164
(6) Niederschrift der Beurteilung	165
(7) Wettbewerbsordnung	166
e) Bindung des AG an die Entscheidung des Preisgerichts	167
f) Bekämpfung der Entscheidungen des Preisgerichts	168
C. Positivierte gesetzliche Erfordernisse der Bewertungskommission	169
1. § 142 BVergG als Rechtsgrundlage für die Angebotsbewertung	169
2. § 134 BVergG als (beliebene) Rechtsgrundlage für die Bewertungskommission	170
a) Historische Entwicklung von § 134 BVergG	171
b) Beurteilung iSv Bewertung? § 134 BVergG ex lege Grundlage für Bewertungskommission?	172

(1) Übliche Begriffsbedeutung von „beurteilen“ und „bewerten“ ..	173
(2) Systematische Einordnung von § 134 im BVergG	174
(3) Angebotsprüfung und Angebotsbewertung – zwei verschiedene Prozesse	174
(4) Zusammenfassende Darstellung	175
c) § 134 BVergG durch Rechtsprechung für Bewertungskommission fruchtbar gemacht	176
d) Konsens zur Begriffsverwendung „Bewertung“ in Bezug auf Zuschlagskriterien	179
3. Fachkunde der Bewertungskommission – fachliche Voraussetzungen von Kommissionsmitgliedern	180
a) Begriffsklärung Fachkunde versus Sachkunde	180
(1) Übliche Begriffsbedeutung	180
(2) Lehre, Legaldefinitionen und Praxis	183
(3) Zusammenfassende Darstellung und Ergebnis	184
b) Fachkunde richtet sich nach Prüf-/Bewertungsgegenstand	184
c) Ist immer besondere Fachkunde erforderlich?	185
d) Kommission als Ganzes muss notwendige Fachkunde aufweisen ..	187
e) Aneignung von Fachkunde	189
f) Beziehung externer Sachverständiger	190
g) Kommissionsmitglieder als Sachverständige iSv § 1299 ABGB? ..	192
h) Kommissionsmitglieder iSv gerichtlich beeideten Sachverständigen?	193
i) Folgen mangelhafter Fachkunde	195
j) Präklusion mangelhafter Fachkunde	195
4. Unparteilichkeit (Unbefangenheit) und Unabhängigkeit	197
a) Allgemeines	198
b) Unabhängigkeit der Bewertungskommission	200
(1) Unabhängigkeit des Preisgerichts in Wettbewerben	201
(2) Fundamentale Grundsätze gebieten Unabhängigkeit	201
(3) Weisungsrecht des AG gegenüber Kommissionsmitgliedern ..	202
(a) Ablehnung von Weisungen	204
(i) Ablehnung von strafrechtlich relevanten Weisungen ...	205
(ii) Ablehnung von willkürlichen Weisungen	208
(iii) Remonstration bei sonst (schlicht) rechtswidrigen Weisungen	209
(b) Ablehnung einer Weisung als Herausforderung für das Kommissionsmitglied	210
(c) Einschränkung des Weisungsrechts durch die Unabhängig- keitsanforderung	211
(4) Zusammenfassende Darstellung	212
(5) Entbindung von der Weisungsgebundenheit	213
c) Unparteilichkeit der Bewertungskommission	213
(1) Unparteilichkeit als Unvoreingenommenheit	214
d) § 26 BVergG „Vermeidung von Interessenkonflikten“ als Garant für Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Vergabeverfahren ...	215
e) Auflösung einer Abhängigkeits-/Parteilichkeitskonstellation	219
(1) Auflösung von Parteilichkeitskonstellationen	220
f) Vermeidung und Präklusion von Parteilichkeitskonstellationen durch Offenlegung der Identität der Kommissionsmitglieder	222
5. Gesetzliche Regelungsarmut oder großzügiger Gestaltungsspielraum des AG zur Bewertungskommission	225

D. Innere Struktur der Bewertungskommission	228
1. Kein Zwang zur vorherigen Offenlegung der inneren Struktur oder der Einsetzung einer Bewertungskommission	228
2. Mitglieder der Bewertungskommission	229
a) Zusammensetzung der Bewertungskommission	229
(1) Bewertende Kommissionsmitglieder	229
(2) Beratende Kommissionsmitglieder	229
(3) Sonstige Kommissionsmitglieder	230
(4) Paritätische Bewertungskommission aus AG- und marktteilnehmer-nahen Vertretern	231
(5) Geschlechterausgewogenheit	231
(6) Vorsitz der Bewertungskommission	231
b) Nominierung der Kommissionsmitglieder	232
c) Zwang zur Teilnahme an Bewertungskommission für interne Mitarbeiter?	233
3. Größe der Bewertungskommission	233
a) Mindestgröße der Kommission	233
b) Maximalgröße der Kommission	235
4. Entgelt für Bewertungstätigkeit	236
5. Wechsel/Ersatz/Vertretung/Hinzutreten/Wegfall von Kommissionsmitgliedern	237
a) Kontinuität der Bewertungskommission wahrt einheitlichen Bewertungsmaßstab	238
6. Kenntnis der Kommissionsmitglieder voneinander?	239
7. Selbstorganisation der Bewertungskommission	240
8. Geschäftsordnung der Bewertungskommission	241
E. Vorgehensweise und Bewertungsprozess der Bewertungskommission ..	242
1. Kein Zwang zur vorherigen Offenlegung der Vorgehensweise/ Bewertungsmethode	242
a) Festlegung und Bekanntgabe von Gewichtung und Subkriterien ...	246
(1) EuGH 24. 11. 2005, C-331/04, <i>ATI</i> – nachträgliche Gewichtung von Subkriterien nur unter drei Voraussetzungen	246
(a) VwGH 27. 2. 2019, Ra 2016/04/0103 – Veränderung der nachträglich festgelegten Gewichtung von Subkriterien ...	247
(2) EuGH 14. 1. 2008, Rs C-532/06, <i>Lianakis</i> – Subkriterien sind vorab bekannt zu machen	250
(3) EuGH 18. 11. 2010, Rs C-226/09, <i>EK/Irland</i> – besondere Dienstleistungsaufträge: Kein Zwang zur Offenlegung der Gewichtung von Zuschlagskriterien	250
b) Festlegung und Bekanntgabe der Vorgehensweise der Bewertungskommission	251
(1) EuGH 21. 7. 2011, Rs C-252/10 P, <i>Evropaïki Dynamiki (VIII)</i> – Bewertungskommission verfügt über Freiraum bei ihrer Tätigkeit	251
(2) EuGH 14. 7. 2016, Rs C-6/15, <i>TNS Dimarso</i> – Festlegung der Bewertungsmethode grds vor Angebotsöffnung	253
c) Überblick über die erörterte Rechtsprechung	254
d) Kein Zwang zur Vorab-Offenlegung über die Einsetzung einer Bewertungskommission	255

e)	Dringende Empfehlung zur Vorab-Offenlegung bei sonstiger Beweislastumkehr	256
f)	Dokumentationspflicht auch ohne Offenlegungszwang	258
g)	Offenlegung der Identität der Kommissionsmitglieder mit Zuschlagsentscheidung	258
2.	Vorprüfung/Voranalyse der Angebote nicht zwingend durch Bewertungskommission	259
3.	Unmittelbare Wahrnehmung des Bewertungsgegenstandes durch das Kommissionsmitglied	260
4.	Höchstpersönliche Bewertung durch das Kommissionsmitglied	264
5.	Zuschlagskriterien als Maßstab der Bewertung	264
a)	Auswahl und Gewichtung von Zuschlagskriterien	267
b)	Objektive Zuschlagskriterien – für Bewertungskommission ungeeignet	270
c)	Subjektive Zuschlagskriterien	271
d)	„Aspekte“ ermöglichen Vergleichbarkeit	272
e)	Exkurs: Muss-Kriterien, Soll-Kriterien	274
f)	Anschauungsbeispiel zur Anwendung von Zuschlagskriterien	275
(1)	Bewertungsschemata bei objektiven Zuschlagskriterien	276
(2)	Bewertungsschemata bei subjektiven Zuschlagskriterien	279
6.	Umfang des zu Bewertenden/Bewertungsgegenstand	281
7.	Ermessensspielraum/Beurteilungsspielraum der Bewertungskommission	282
a)	Begriffsbestimmung Ermessen	282
b)	Ermessen im BVergG	284
c)	Festlegung des Ermessensspielraums bei subjektiven Zuschlagskriterien	285
d)	Absolute Grenzen des Ermessensspielraumes	285
(1)	Festlegungen als Grenze	286
(2)	Willkür als Grenze	286
e)	Ermessensentscheidungen sind gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar	288
f)	Anwendung des Ermessensspielraums bei der Angebotsbewertung – Anschauungsbeispiel Werbekampagne	290
8.	Bewertungsmethoden nach Bewertungsschemata	294
a)	Prozentueller Erfüllungsgrad	294
b)	Schulnoten	295
c)	Bewertungskorsett	295
d)	Condorcet-Methode	296
9.	Bewertungsmethoden nach Art der Willensbildung	296
a)	Autonome Willensbildung – getrennte Punktevergabe	297
(1)	Beratung vor autonomer Willensbildung	297
(2)	Zusammenführung der autonomen Bewertungen	298
(a)	Addition oder Bildung des Punktedurchschnitts (arithmetisches Mittel)	298
(b)	Streichung der jeweils besten/schlechtesten Bewertung	299
b)	Gemeinsame Willensbildung – gemeinsame Punktevergabe	300
(1)	Gemeinsame Willensbildung nur bei Personenmehrheit	301
(2)	Abweichende Meinung – Dissenting Opinion	302
c)	Mischformen	302
10.	Festlegungen zur Willensbildung der Bewertungskommission	303

a)	Anwesenheitsquorum und Stimmquorum	303
b)	Stimmenthaltung	304
c)	Geheime oder offene Abstimmung	304
d)	Stimmgleichheit und ungerade Anzahl an Kommissions- mitgliedern	306
11.	Zeitpunkt der Angebotsbewertung	307
a)	Bewertung im Rahmen einer Bemusterung/ Teststellung/Gerätebesichtigung	307
b)	Bewertung im Rahmen eines Hearings	307
c)	Bewertung während einer Kommissionssitzung	310
d)	Bewertung zu verschiedenen Zeitpunkten	310
12.	Briefing der Bewertungskommission	310
13.	Sitzungen der Bewertungskommission	311
14.	Pflicht zur Objektivität/Neutralität der Bewertungskommission im Rahmen der Angebotsbewertung	312
a)	Unterstützende Maßnahmen zur Wahrung der Objektivität	312
(1)	Zweikuvert-System	312
(2)	Belehrung über Neutralitätspflicht und Unparteilichkeits- erklärung	313
(3)	Weisungsfreistellung	313
(4)	Begleitung durch Beobachter	313
b)	„Ausreißer“ der Bewertung als Indiz für Willkür?	313
15.	Begründung der Angebotsbewertung	314
a)	Begründung der Angebotsbewertung im Vergabeakt und in der Zuschlagsentscheidung	316
b)	Begründung in der Zuschlagsentscheidung	316
(1)	Vergleichende Darstellung der Angebote in der Zuschlags- entscheidung	321
c)	Nachvollziehbarkeit als Ziel der Begründung	323
(1)	Nachvollziehbarkeit der Bewertung von objektiven Zuschlags- kriterien	324
(2)	Nachvollziehbarkeit der Bewertung von subjektiven Zuschlags- kriterien	325
d)	Verbale Begründung als Mittel zur Nachvollziehbarkeit einer subjektiven Bewertung	328
(1)	Stilistische Art der verbalen Begründung	328
(2)	Umfang und Tiefe der verbalen Begründung	328
(3)	Verbale Begründung auch für durchschnittliche Lösungsansätze	332
(4)	Zeitpunkt der verbalen Begründung	333
e)	Ausnahmen von der Begründungspflicht der Zuschlagsent- scheidung	334
(1)	Gänzlicher Entfall der Zuschlagsentscheidung	334
(2)	Ausreichende Nachvollziehbarkeit ist bereits in den Ausschreibungsunterlagen gegeben (Bewertungskorsett)	335
(3)	Geheimhaltungserfordernisse	335
(4)	Bestandfester Abschluss der Begründung	338
(5)	Autonome Bewertung (von künstlerischen oder ästhetischen Kriterien) als Ausnahme von der Begründungspflicht?	339
(a)	Autonome Bewertung ist begründungspflichtig	343
(6)	Fehlende Festlegungen zur verbalen Begründung in den Ausschreibungsunterlagen	344

f)	Bekämpfung einer unzureichend begründeten Zuschlagsentscheidung	347
(1)	Rechtswidrigkeit und Wesentlichkeit	350
(2)	Keine Bewertung durch die Vergabekontrolleinrichtung anstelle des AG	354
(3)	Keine inhaltliche Überprüfbarkeit von subjektiven Zuschlagskriterien – Prüfungsmaßstab: Nachvollziehbarkeit der Bewertung	355
(4)	Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Folgen für das Vergabeverfahren	356
16.	Bewertungskommission und Dokumentationspflicht	357
a)	Bildung von Dokumentationsabschnitten	358
b)	§ 142 BVergG als Rechtsgrundlage für die Dokumentation der Angebotsbewertung	359
c)	Vermengung der Rechtsgrundlagen zur Dokumentation von Angebotsprüfung und Angebotsbewertung in der Rsp	359
d)	Unterfertigung der Bewertungsdokumentation von den Kommissionsmitgliedern	362
e)	Einsichtnahme in die Dokumentation der Angebotsbewertung	365
f)	Nachvollziehbarkeit als Maßstab der Dokumentation	367
17.	Zuschlagsempfehlung als Ergebnis der Angebotsbewertung	368
a)	Plausibilisierung der Zuschlagsempfehlung durch den Auftraggeber	368
b)	Keine Bindung des Auftraggebers an die Zuschlagsempfehlung	369
F.	Haftung der Bewertungskommission/Schadenersatzanspruch eines übergangenen Bieters	370
1.	Geltendmachung von Rechtswidrigkeiten im Vergabeverfahren	371
a)	Grundlegendes	371
b)	Feststellungserkenntnis der Vergabekontrolleinrichtung als Prozessvoraussetzung für eine Schadenersatzklage	373
2.	Geltendmachung von Vertrauensinteresse oder Erfüllungsinteresse	376
a)	Grundlegendes zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vor den Zivilgerichten	376
b)	Geltendmachung des Vertrauensinteresses auch bei Schweigen über echte Chance auf Zuschlagserteilung	379
c)	Geltendmachung des Erfüllungsinteresses nur bei sicherer Zuschlagserteilung	381
3.	Schadenersatzanspruch des geschädigten Bieters gegen den AG	383
a)	Schadenersatzanspruch aufgrund der Verletzung vorvertraglicher Pflichten (culpa in contrahendo)	383
b)	Schadenersatzanspruch aufgrund der Verletzung eines Schutzgesetzes	385
(1)	Haftung des AG für die Bewertungskommission als Gehilfe nach § 1313 a ABGB	388
(a)	Regressanspruch des AG gegenüber der Bewertungskommission	390
4.	Schadenersatzanspruch des geschädigten Bieters gegen die Bewertungskommission	392
IV.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	393

Inhaltsverzeichnis

V. Checkliste für Auftraggeber	397
Literaturverzeichnis	401
Quellenverzeichnis	405
Judikaturverzeichnis	409
Stichwortverzeichnis	435