



**Rechtswissenschaftliche Fakultät**

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht  
Univ.-Prof. Dr. Dr. Michael Potacs  
Schottenbastei 10-16  
A- 1010 Wien

T +43 (1) 4277-354 52  
eFax: +43-1-4277-835452  
michael.potacs@univie.ac.at

Wien, am 3.4.2020

**Begutachtung der Dissertation „Die Bewertungskommission im Vergaberecht – Eine Bestandsaufnahme im Lichte der fundamentalen Grundsätze des Vergaberechts“ von Mag. iur, Mag.phil.fac.theol. Normann Plattner-Schwarz“**

I.

Das Spektrum an Handlungsformen und Einrichtungen der öffentlichen Hand geht weit über jenen Kreis hinaus, der in der positiven Rechtsordnung seine explizite Verankerung gefunden hat. Ganz im Gegenteil spielen in der Praxis staatlichen oder dem Staat zurechenbaren Handelns rechtlich nicht ausdrücklich typisierte Aktivitäten eine nicht zu unterschätzende Rolle. Die Lehre widmet dieser Thematik erst in jüngerer Zeit verstärkte Aufmerksamkeit. Ist doch zu bedenken, dass solche nicht explizit verankerten Handlungsformen aus rechtlicher Perspektive völlig irrelevant sind, weil sie grundlegende staatliche Gewährleistungen wie etwa Grundrechtsverbürgungen berühren. Ein zentrales Problem im Bereich der



Hoheitsverwaltung stellt dabei das Legalitätsprinzip dar, das für das Handeln staatlicher Akteure grundsätzlich eine gesetzliche Ermächtigung verlangt.

Auch die vorliegende Arbeit widmet sich einem solchen Phänomen faktischen Handelns der öffentlichen Hand, das bisher kaum erforscht wurde. Es geht dabei um Bewertungskommissionen im Vergaberecht, die zwar weder im Unionsrecht noch im staatlichen Recht eine nähere Regelung erfahren hat, aber in der Praxis eine große Rolle spielen. Schon in der Themenwahl liegt daher ein beachtliches Verdienst, weil sie das Einfühlungsvermögen des Verfassers in wichtige und rechtlich sensible und vor allem erörterungsbedürftige Bereiche unter Beweis stellt. Freilich ist bei dieser Thematik vorweg zu bedenken, dass die öffentliche Auftragsvergabe (abgesehen von der Vergabekontrolle) zu den privatrechtlichen Aktivitäten der öffentlichen Hand gehört, für die nach herrschender Ansicht das Legalitätsprinzip nicht gilt. Aber auch hier bewegt sich das Verhalten der öffentlichen Hand nicht im rechtsfreien Raum, weil insbesondere die Vorgaben des Vergaberechts im primären Unionsrechts zu beachten sind.

Diese sind allerdings nicht sehr präzise und werfen doch erhebliche Fragen auf. Vor diesem Hintergrund ist es das erklärte Ziel der vorliegenden Arbeit, die bestehende „Rechtsunsicherheit mit Zeichnung eines möglichst umfassenden Bildes der vergaberechtlichen Bewertungskommission zu begegnen“ (S 25). Auf diese Weise sollen nicht nur die einschlägigen rechtlichen Vorgaben erörtert, sondern auch bestehenden Rechtsauffassungen kritisch hinterfragt werden. Letztlich soll die Untersuchung auch als „Leitfaden für die Vergabepaxis“ dienen, „um Fehler zu vermeiden, aber auch um ihre vergaberechtlich gewährleisteten Rechte schützen zu können“ (S 25).

## II.

Dazu werden in einem ersten Schritt allgemeine Begriffsbestimmungen und Klarstellungen im Vergaberecht vorgenommen. Dabei wird festgestellt, dass im BVergG zwar das „Preisgericht“ geregelt, die „Bewertungskommission“ aber nicht



erwähnt wird. Sehr wohl wird auf sie jedoch in der Literatur Bezug genommen, wengleich dafür auch Begriffe wie „Vergabekommission“, „Jury“ oder „Expertenkommission“ verwendet werden (S 28). Bereits in diesem Einleitungsteil werden auch die fundamentalen Grundsätze des Vergaberechts hervorgehoben, die der Verfasser zutreffend im Transparenzgebot, dem Diskriminierungsverbot sowie dem Grundsatz eines fairen, freien und lautereren Wettbewerbs ausmacht (S 30).

Zum besseren Verständnis werden daran anschließend die Grundzüge des Vergaberechts einschließlich ihrer historischen Entwicklung dargelegt. Zum Zweck des Vergaberechts wird festgestellt, dass es dazu beitragen soll, den europäischen Binnenmarkt „durch eine transparente, faire sowie kostengünstige Beschaffung zu stärken und ein nachhaltiges und integratives Wachstum zu ermöglichen“ (S 44). Auch wird auf den Aspekt eines „effizienten Einsatzes“ von Ressourcen und die damit im Zusammenhang stehende Einschätzung der Kommission hingewiesen, dass durch den Einsatz des Vergaberechts Einsparungen in der Höhe von 5-9% der öffentlichen Ausgaben zu erzielen seien (S 47). Demnach müssten die öffentlichen Auftraggeber eigentlich ein Interesse am Einsatz des Vergaberechts zeigen, doch die Erfahrung (nicht zuletzt mit Blick auf die Rechtsprechung) zeigt mitunter ein ganz anderes Bild. Versuchen öffentliche Auftraggeber doch nicht selten dem Regime des Vergaberechts zu entgehen, was mit dem hohen damit verbundenen bürokratischen (und damit kostenmäßigen) Aufwand zusammenhängen dürfte, der die Zahlen der Kommission auch etwas fragwürdig erscheinen lässt. Es wird noch darauf zurückzukommen sein, dass dieser Eindruck durch die Ausführungen in der vorliegenden Dissertation durchaus bestätigt wird.

Jedenfalls trifft es sich mit dieser Einschätzung, wenn vom Verfasser schon in diesem Teil der Arbeit auch nicht die Kostenersparnis, sondern die Gewährleistung eines fairen sowie echten Wettbewerbs und damit (im Einklang mit dem EuGH) auch die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes als „Kern“ des Vergaberechts ausgemacht wird (S 64). Die nähere Darlegung der Ausprägung des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes im Vergaberecht verdeutlicht die Gründlichkeit, die vom Verfasser bei der Bearbeitung der vorliegenden Thematik an den Tag gelegt wird (S 66 f). Zum unionsrechtlichen Transparenzgebot wird festgestellt, dass die Festlegungen des



Auftraggebers „klar und eindeutig“ zu erfolgen haben um allen Bietern die Chance zu geben ein „optimales Angebot“ zu legen und jede Möglichkeit von Willkür auszuschließen. (S 73). Es liegt auf der Hand, dass diese Anforderung in einem Spannungsverhältnis zu den auf wertenden Einschätzungen beruhenden „subjektiven Zuschlagskriterien“ (zB S 23) steht. Vielleicht wären an dieser Stelle ein paar Bemerkungen interessant gewesen, ob und inwieweit sich dieses Spannungsverhältnis durch eine adäquate Umschreibung „subjektiver Zuschlagskriterien“ entkräften lässt.

Auch wird vom Verfasser herausgearbeitet, dass die fundamentalen (primärrechtlichen) Grundsätze des Vergaberechts aus unionsrechtlicher Sicht zwar nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung kommen. Für Österreich ist diese Einschränkung jedoch nicht maßgeblich, weil § 20 BVergG ihre Beachtung pauschal anordnet (S 91). Aus diesen folgt grundsätzlich auch das Erfordernis einer Vorabfestlegung der Zuschlagskriterien. Allerdings wird auch darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Bewertungsmethode nicht unbedingt vorab bekannt zu machen ist. Nach Ansicht des Verfassers kann von Rechts wegen auch die vorherige Offenlegung des Einsatzes einer Bewertungskommission entfallen, doch erscheint eine solche für ihn in nachvollziehbarer Weise empfehlenswert, weil damit möglichen Einwänden entgegengewirkt werden kann (S 113 f). Zu den Folgen einer nicht hinreichenden Konkretisierung in den Ausschreibungsunterlagen wird zunächst auf die Möglichkeit einer Nichtigerklärung durch die Vergabekontrolleinrichtungen hingewiesen (S 119). Allerdings kann nach Meinung des Verfassers in manchen Fällen dadurch auch eine Sittenwidrigkeit iS von § 879 ABGB bewirkt werden, die nach Abschluss des Vertrages vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden kann (S 127).

Besonders interessant erscheinen die darauf folgenden Ausführungen zur Präklusion unpräziser Festlegungen. Zutreffend kritisch wird vom Verfasser die Rechtsprechung gesehen, wonach ein Verstoß gegen das Präziserungsgebot unter Umständen nicht präkludierbar ist (S 133). Allerdings erachtet auch er eine uneingeschränkte Anwendung der Präklusionsregelung für unangebracht. Für ihn ist dabei ein entscheidender Gesichtspunkt, „ob die rechtswidrige Festlegung, nach einem objektiven Maßstab auch einem sorgfältigen AG unterlaufen hätte können“ (S 133).



Kritisch könnte man gegen diese Sichtweise freilich einwenden, dass damit der Sinn und Zweck von Befristungen im Allgemeinen in Frage gestellt wird. Denn dieser besteht doch darin, dem Wert der Rechtssicherheit letztlich mehr Gewicht als jenem der Rechtsrichtigkeit zu verleihen, was durch ein einschränkendes Verständnis der Präklusionsregelungen aber nicht mehr gewährleistet erscheint.

### III.

Ausgehend von diesen Grundlagen wendet sich die Arbeit ihrem zentralen Gegenstand, der Bewertungskommission, zu. Dabei wird mit einer begrifflichen Unterscheidung zwischen einer „Bewertungskommission im engeren Sinn“ (kollektive „Entscheidung“) und einer „Bewertungskommission im weiteren Sinn“ (kollektive „Mitwirkung“) getroffen. Das Konzept einer Bewertungskommission im engeren Sinn wird vom Verfasser als wenig praktikabel erachtet, weshalb er seinen weiteren Überlegungen die Vorstellung einer „Bewertungskommission im weiteren Sinn“ zugrunde legt (S 144). Davon ausgehend werden dann Abgrenzungen zu anderen Kommissionen im Vergabeverfahren, wie der Kommission der Angebotseröffnung (S 147 ff), der Kommission der Angebotsprüfung (S 154 ff) und der Kommission der Aufklärungsgespräche (S 160 ff) vorgenommen. Schon allein diese Aufzählung lässt erahnen, welches Ausmaß und welche Komplexität (einschließlich der damit verbundenen Kosten) ein Vergabeverfahren annehmen kann.

Besondere Aufmerksamkeit wird freilich dem „Preisgericht“ gewidmet, das im § 165 BVergG für Wettbewerbe geregelt ist. Dieses hat eine Auswahl der besten Wettbewerbsarbeiten auf Grund einer vergleichenden Beurteilung vorzunehmen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die Zusammensetzung eines Preisgerichtes bekannt zu geben, doch erscheint dies als empfehlenswert (S 172 f). Jedenfalls aber sind die Beurteilungskriterien in der Wettbewerbsordnung festzulegen, sie nehmen damit die gleiche Funktion wie Zuschlagskriterien im regulären Vergabeverfahren ein. Eine strenge Bindung des Auftraggebers an Beurteilungen des Preisgerichtes besteht zwar nicht, doch darf der Auftraggeber schon auf Grund der fundamentalen Grundsätze des Vergaberechts nicht willkürlich entgegen der Entscheidung des



Preisgerichts handeln (S 183). Zu beachten ist jedoch, dass es sich beim Preisgericht eben um eine Einrichtung für Wettbewerbe handelt, die im regulären Verfahren nicht vorgesehen ist.

Bei diesen kommen aber Bewertungskommissionen zum Einsatz, die aber wie gesagt nicht explizit im Vergaberecht verankert sind. Dennoch sind bestimmte vergaberechtliche Regelungen nicht ohne Bedeutung für Bewertungskommissionen. Zutreffend wird vom Verfasser in diesem Zusammenhang auf § 142 BVerfG hingewiesen (S 185), der für den Zuschlag wahlweise das Bestbieter- und das Billigstbieterprinzip normiert. Vor allem aber spielt im vorliegenden Zusammenhang § 134 BVergG eine wichtige Rolle, demzufolge die „Prüfung und Beurteilung“ eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen ist, „welche die fachlichen Voraussetzungen dafür erfüllen“ und überdies erlaubt, dass erforderlichenfalls „unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen“ sind. In nachvollziehbarer Weise wird vom Verfasser festgestellt, dass der Begriff „beurteilen“ seinem Wortsinn nach auch das „bewerten“ umfasst und demnach bei einer bloßen Wortsinninterpretation auch auf Bewertungskommissionen anzuwenden ist (S 189). Auf Grund einer systematischen Auslegung ist seiner Ansicht nach § 134 BVergG aber dennoch „dem Prozess der Angebotsprüfung und nicht der Angebotsbewertung zuzuordnen“ (S 190). Schließlich schließt der Verfasser sich aus teleologischen Erwägungen letztlich der herrschenden Ansicht an, dass § 134 BVergG auf Bewertungskommissionen „analog“ anzuwenden ist (S 195). Zu diesem Befund ist aus methodischer Sicht lediglich zu bemerken, dass man das Vorliegen eines „Analogieschlusses“ in Zweifel ziehen kann, wenn (wie vom Verfasser zugestanden) die Anwendung von § 134 BVergG auf Bewertungen durch dessen Wortsinn gedeckt ist. Mit gutem Grund könnte demnach angenommen werden, dass es sich dabei um eine teleologische Auslegung von § 134 BVergG handelt, die gegenüber einer allenfalls entgegenstehenden systematischen Interpretation dieser Bestimmung eben mehr Gewicht besitzt.

Jedenfalls ist unbestritten, dass die Mitglieder der Bewertungskommission über entsprechende fachliche Qualifikationen verfügen müssen. Allerdings wird vom Verfasser überzeugend herausgearbeitet, dass nicht jedes Mitglied der Kommission die



notwendige Fachkunde zur Bewertung aller Zuschlagskriterien aufweisen muss. Vielmehr genügt es, wenn die Kommission in ihrer Gesamtheit über die entsprechende Kompetenz verfügt (S 202 f). Die Beistellung der Fachkunde durch eine beratende Person, die nicht Mitglied der Kommission ist, erscheint dagegen als unzulässig (S 204). Die Kommissionsmitglieder sind nach Meinung des Verfassers auch regelmäßig als Sachverständige iS von § 1299 ABGB anzusehen, weshalb für sie auch der dort vorgesehene objektive Sorgfaltsmaßstab gilt (S 209). Aus vergaberechtlicher Perspektive hat eine Bewertung fachlich ungeeigneter Personen eine Verletzung fundamentaler Vergabegrundsätze zur Folge, die mit der nächsten abgesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpfbar sind (S 210).

Überzeugend ist auch, wenn nach Meinung des Verfassers die Gebote der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit auch für die Kommissionsmitglieder gelten, obwohl dies in § 134 BVergG explizit nur für externe Sachverständige vorgesehen ist (S 213 f). Besonderes Augenmerk wird in diesem Zusammenhang einem Weisungsrecht des Auftraggebers gegenüber internen Kommissionsmitgliedern gewidmet. Das ist auch von verfassungsrechtlicher Bedeutung, weil Auftraggeber häufig Bund und Länder sind, für deren Bedienstete Art 20 B-VG prinzipiell eine Weisungsbindung vorsieht. Allerdings besteht eine Pflicht zur Nichtbefolgung solcher Weisungen, wenn die Befolgung gegen strafrechtliche Vorschriften verstoßen würde. Vom Verfasser werden dazu in Betracht kommende Straftatbestände wie der Betrug und die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in Vergabeverfahren diskutiert. Ergänzend könnte auch noch der Missbrauch der Amtsgewalt gemäß § 202 StGB geprüft werden, der in Vergabeverfahren durchaus einschlägig sein könnte. Auch wäre zumindest zu überlegen, ob die in § 134 BVergG gesetzlich vorgesehene „Unparteilichkeit“ (S 230) nicht eine Ausnahme iS von Art 20 Abs 2 Z 1 B-VG darstellt.

#### IV.

Hinsichtlich der inneren Struktur der Bewertungskommission geht der Verfasser davon aus, dass alle die Bewertungsmethode betreffenden Festlegungen und damit auch jene über die innere Struktur der Bewertungskommission grundsätzlich vor



Angebotseröffnung getroffen werden müssen (S 234). Bezüglich der Anzahl der Mitglieder wird die Auffassung vertreten, dass die Bewertung „auch durch eine einzige Person vorgenommen werden kann, wenn diese über die Gesamtheit der benötigten Fachkunde verfügt und keiner der fundamentalen Grundsätze verletzt wird“ (S 251). Im Hinblick auf die Kontinuität wird dargelegt, dass bei mehreren unabhängigen Bewertungsrunden die Bewertungskommission jedenfalls je Bewertungsrunde ident zu sein hat (S 255). Aus der Rechtsprechung des EuGH wird allerdings abgeleitet, dass der Einsatz einer Bewertungskommission in den Ausschreibungsunterlagen bzw vor Ablauf der Angebotsfrist nicht bekannt gemacht werden muss (S 272). Allerdings wird eine ehestmögliche Offenlegung empfohlen, um eine „Beweislastumkehr“ dahingehend zu vermeiden, dass die verspätete Bekanntmachung die Angebotsstellung nicht beeinflussen hätte können (S 275). Auch wird die Auffassung vertreten, dass subjektive Zuschlagskriterien nur durch eine unmittelbare subjektive Wahrnehmung des Bewertungsgegenstandes bewertet werden dürfen. Eine mittelbare Wahrnehmung (zB über Videoaufnahmen) erscheint nur zulässig, wenn diese einer unmittelbaren Wahrnehmung gleichwertig ist (S 281).

Zu Recht werden die subjektiven Zuschlagskriterien vertieft behandelt, weil diese doch eine Einfallspforte für willkürliche Bewertungen sein können. Als solche subjektiven Zuschlagskriterien werden etwa „Ästhetik, Verständlichkeit, Bedienerfreundlichkeit, Bedienungsführung, Ergonomie“ angeführt (S 289). Es steht außer Streit, dass gerade bei subjektiven Zuschlagskriterien das Bewertungsergebnis in hohem Ausmaß von Einschätzungen des bewertenden Kommissionsmitgliedes abhängt (S 300). Nach zutreffender Auffassung des Verfassers wird damit durch das Vergaberecht ein Ermessenspielraum eröffnet, der nur einer begrenzten richterlichen Kontrolle zugänglich ist (S 307). Damit stellt sich gerade vor dem Hintergrund der fundamentalen Grundsätze des Vergaberechts die Frage, wie dabei Bewertungen rationalisiert werden können, um Willkür zu vermeiden. Von entscheidender Bedeutung sind dabei die Bewertungsmethoden, die vor Angebotseröffnung festgelegt, aber dem Bieter nicht unbedingt mitgeteilt werden müssen (S 313). Dementsprechend werden die verschiedenen möglichen Bewertungsmethoden dargelegt und anhand von Beispielen veranschaulicht, wobei sich das Spektrum vom prozentuellen





Erfüllungsgrad, über Schulnoten und der Art der Willensbildung bis hin zu Mischformen erstreckt.

Für die Rationalisierung und Vermeidung von Willkür kommt es dann aber auch maßgeblich auf die Begründung an. Dabei ist die Begründung der Angebotsbewertung im Vergabeakt von jener der Zuschlagsentscheidung prinzipiell zu unterscheiden (S 336). In jedem Fall ist die Nachvollziehbarkeit der ausschlaggebende Gesichtspunkt bei der Begründung. Diese ist bei den objektiven Zuschlagskriterien ohne weiteres im Wege eines Vergleiches festzustellen (S 345). Bei den subjektiven Kriterien erscheint diese Vorgangswiese jedoch nicht ausreichend, weshalb von der Rechtsprechung ein zusätzlicher Begründungsaufwand verlangt wird (S 346). Die Anforderungen an die Begründung sind aber ausschlaggebend für deren Plausibilität. Allgemeine Umschreibungen werden zutreffend als nicht ausreichend angesehen (S 348). Dagegen spielen Stil, Umfang und Tiefe durchaus eine Rolle (S 349 ff). Näher eingegangen wird vom Verfasser auf die Judikatur des VwGH zur autonomen Bewertung von künstlerischen oder ästhetischen Kriterien durch einzelne Kommissionsmitglieder. Überzeugend wird diese Rechtsprechung dahingehend gedeutet, dass diese keine Ausnahme von der Begründungspflicht darstellt. Für den VwGH dürfte vielmehr der Umstand ausschlaggebend gewesen sein, dass der Auftraggeber bestandsfeste (präkludierte) begründungsausschließende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen getroffen hat (S 364). Freilich bleibt bei subjektiven Zuschlagkriterien in der Regel ein kaum zu reduzierender Beurteilungsspielraum, der eben auch keiner gerichtlichen Überprüfung mehr zugänglich ist. Der Ansicht des Verfassers kann daher kaum entgegengetreten werden, dass eine entsprechend den Ausschreibungsunterlagen subjektiven Bewertung samt nachvollziehbarer Begründung kaum bekämpfbar erscheint (S 377). Nicht ganz geklärt erscheint freilich, nach welchen Kriterien sich die „Nachvollziehbarkeit“ letztlich bestimmen lässt. Nicht zuletzt wegen dieser Schwierigkeit erscheint dann auch bei Schadenersatzklagen der zur Erlangung des Erfüllungsinteresses erforderliche sichere Beweis der Zuschlagserteilung bei Rechtswidrigkeiten der Bewertungskommission kaum erbringbar (S 406). Nur ergänzend wird noch der Frage nachgegangen, ob der Auftraggeber für die Bewertungskommission nach § 1313a ABGB haftet, was vom Verfasser bejaht wird (S 412).



V.

Einer Gesamtbewertung der Arbeit ist voranzustellen, dass sie in einer klaren Sprache verfasst ist und sich durch einen überzeugenden systematischen Aufbau auszeichnet. Hinzu kommt, dass sie auch durch eine bemerkenswerte Gründlichkeit besticht, was nicht zuletzt in dem eindrucksvollen Anmerkungsapparat zum Ausdruck kommt. Die Verständlichkeit der Arbeit wird auch noch durch zahlreiche Beispiele verdeutlicht, wodurch sie dem Anspruch eines „Leitfadens“ voll gerecht wird. Vor allem aber widmet sie sich einem sehr interessanten und bisher noch wenig untersuchten Gegenstand und beleuchtet ihn unter allen möglichen Gesichtspunkten. Die bisher dazu geäußerten Lehrmeinungen und ergangene Rechtsprechung werden systematisch aufgearbeitet und einer kritischen Analyse unterzogen. Schon dadurch erweist sich die vorliegende Arbeit als originelle und instruktive Bereicherung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Vergaberecht. Bestärkt wird dieser positive Eindruck auch noch dadurch, dass der Verfasser in seiner Arbeit auch zu einer Reihe neuer wissenschaftlicher Einsichten gelangt, von denen vor allem seine Analysen zur Judikatur des EuGH aber auch des VwGH mit den daraus gezogenen Konsequenzen für Bewertungskommissionen beispielhaft hervorzuheben sind. Freilich zeigt die Arbeit auch die hohe Komplexität und die vielen zu beachtenden und verzweigten Aspekte des Vergaberechts auf, die für Auftraggeber nur allzu leicht zu „Fallen“ werden können. Dieser Gesichtspunkt macht die eingangs angesprochene Zurückhaltung mancher öffentlicher Auftraggeber gegenüber dem Vergaberecht verständlich und lässt überdies leise Zweifel an der von der Kommission behaupteten Kostenersparnis aufkommen. In jedem Fall hat der Verfasser mit der vorliegenden Dissertation eine eindrucksvolle wissenschaftliche Arbeit vorgelegt, die deshalb auch mit der Note

**„sehr gut“**

zu beurteilen ist.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Michael Potacs'.

(Univ.Prof.DDr. Michael Potacs)