



Kolumne

„Schwammige“ Zuschlagskriterien

In der Praxis legen Auftraggeber, insbesondere auch im Bereich der Vergabe von geistigen Dienstleistungen, (Auswahl- bzw.) Zuschlagskriterien fest, die für den durchschnittlichen Bieterkreis schwer greifbar sind. Begriffe wie etwa „Wartungsfreundlichkeit“ von Beleuchtungssystemen, „Kommunikationsidee“ bei der Ausschreibung einer Marketingleistung oder „architektonische Qualität“ eines Referenzprojekts im Zuge der Auswahl sind einer objektiven Auslegung kaum zugänglich bzw. nicht beurteilbar, da regelmäßig weitere Erklärungen zu diesen Begriffen fehlen.

Beispielsweise ist aktuell im Zuge der „Wartungsfreundlichkeit“ von Straßenleuchten von den beurteilenden Personen positiv bewertet worden, dass das Leuchtmittel auf einfache Weise gewechselt werden kann. Gleichzeitig ist allerdings von der Bewertungskommission nicht erkannt worden, dass ein anderes Produkt aufgrund seiner glatten Oberfläche (keine Kühlrippen) weniger Reinigungsaufwand benötigt. Ein durchschnittlicher Betrachter hätte diesen Umstand bei der Bewertung der Wartungsfreundlichkeit sicherlich auf der Habenseite verbucht.

Überprüfung der Fehlentscheidung

Sollte sich der Auftraggeber von der vermeintlichen Fehlentscheidung nicht überzeugen lassen, bietet sich – im Falle eines öffentlichen Auftrags – ein Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung an. Zur Begründung eines derartigen Nichtigkeitsantrags kommen der Vorwurf einer schwammigen bzw. undeutlichen Festlegung der Zuschlagskriterien und die Un-

Auch unbestimmte Begriffe können als Zuschlagskriterien herangezogen werden, solange sie plausibel angewendet werden.

möglichkeit der Bestbieterermittlung in Betracht. Nach der Judikatur müssen die vom Auftraggeber gewählten Zuschlagskriterien geeignet sein, dass der Auftraggeber sein Ermessen nach objektiven Gesichtspunkten handhaben kann und dass kein Aspekt willkürlicher Auswahl enthalten ist. Für die Wahl eines solchen Bewertungssystems besteht ein weitgehendes Ermessen des Auftraggebers, wenn die Grundanforderungen, nämlich die Objektivität, die Nichtdiskriminierung etc., erfüllt sind (BVA 12.8.2004, 15N-60/04-19).

Die objektive und transparente Bestbieterermittlung erfordert, dass die Zuschlagskriterien zu konkretisieren sind. Der Auftraggeber hat die Kriterien so zu gestalten, dass der Bieter erkennt, wie sein Angebot nach den Zuschlagskriterien bewertet wird. Aus diesem Grund muss der Bieter wissen, welche Anforderungen unter unbestimmten Begriffen wie „Wartungsfreundlichkeit“, „Kommunikationsidee“ oder „architektonische Qualität“ zu verstehen sind. Nur mit diesem Wissen kann ein Angebot den Wünschen des Auftraggebers bestmöglich entsprechen und auch kalkuliert werden (z. B. BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20).

Der Begriff „architektonische Qualität“ – ohne weitere Erklärungen – stellte im Einzelfall eine leere Worthülse dar (BVA 29.3.2004, 15N-06/04-29). Nach Ansicht der Rechtsmittelbehörde ist es für einen Interessenten vorab nicht erkennbar, nach welchen Aspekten der Auftraggeber die architektonische Qualität der Referenzprojekte beurteilen wird. Es wäre daher reine Glückssache, ob sich ein Interessent zufällig für das passende Referenzprojekt entscheidet und damit seine Auftragschancen erhöht. Demnach muss der Bieter in der Lage sein, anhand der Ausschreibungsbedingungen sein Angebot so zu gestalten, dass es die höchste Bewertung erwarten lässt.

Schwammige Kriterien sind im Vorfeld zu präzisieren

Allerdings kann es auch vorkommen, dass die Vergabekontrollbehörde – nach Anwendung der „schwammigen Kriterien“ – zu einem sehr formalistischen, für den unterlegenen Bieter nachteiligen Ergebnis kommt (BVA 11.10.2011, N/0074-BVA/11/2011-40): Solange die Kriterien offengelegt und durchgängig angewendet wurden, liegt kein Rechtsverstoß vor! Begründet wird dies damit, dass es der Rechtsmittelbehörde grundsätzlich verwehrt ist, eine Nachprüfung hinsichtlich der materiellen Richtigkeit der Bewertung vorzunehmen, weshalb bloß die Plausibilität der Bewertung überflogen, aber die Bewertung nicht wiederholt wird.

Aufgrund dieser formalistischen Herangehensweise gilt es, unbestimmte Zuschlagskriterien möglichst im laufenden Vergabeverfahren aufzuzeigen. In erster Linie empfiehlt es sich, ein frühzeiti-

ges Auskunftsersuchen an den Auftraggeber zu richten und die Bewertungsmethodik der „schwammigen“ Zuschlagskriterien zu hinterfragen. Sollte die Auskunft nicht zur Aufklärung beitragen, kann die Möglichkeit eines Nachprüfungsantrags gegen die Ausschreibungsunterlagen in Betracht gezogen werden. Diese Vorgehensweise wird wenig genutzt, da sich die Bieter ungern im Vorfeld einer möglichen Auftragsvergabe mit dem potentiellen Auftraggeber vor Gericht treffen wollen. Wer sich aber die Ausschreibungsbedingungen nicht vorteilhaft zurechtlegt, sollte von einer Beteiligung am Vergabeverfahren absehen.

Die Aufklärung von Unklarheiten – sei es im Wege eines Auskunftsersuchens oder gar eines Nachprüfungsverfahrens – bietet aber auch für den Auftraggeber Vorteile. So können allfällige Mängel der Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist berichtigt werden. Nach der Angebotsöffnung drohen hingegen der zwingende Widerruf und die Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens, inklusive Zeitverlust und unnötiger (doppelter) Verfahrenskosten.

—
Sandro Huber
Matthias Trauner

—
—