

# ZVVB

## Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

### Beiträge

#### **Unternehmensvorstellung als Auswahlkriterium**

Karlheinz Moick und Florian Kromer

#### **Weitergabe von Leistungen aus gewerbe- und vergaberechtlicher Sicht**

Rudolf Pekar und Philipp Götzl

#### **Falsch verstandenes Kostenverursachungsprinzip oder Auslegungsfrage der Leistungsbeschreibung Hochbau?**

Albert Oppel

#### **Haftung und Datenhoheit beim Building Information Modeling (Teil III)**

Oliver Stefan Mandl

### Rechtsprechung

#### **BwVG: Feststellungsantragslegitimation und Plausibilität der Fähigkeit zur Leistungserbringung**

Paul Prantz

#### **EuGH: Änderung in der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften**

Jacqueline Guger und Katharina Solly

#### **OGH: Schadensereignistheorie**

Stefanie Hauser

len soll. Wenn bestimmte Abhängigkeiten von Drittstaaten bestehen, dürfen nicht mehr als 50% des Auftragsvolumens aus diesen Ländern stammen.

Die Verordnung enthält auch Ausnahmeregelungen, beispielsweise wenn eine AG nachweist, dass die benötigte Technologie nur von einem spezifischen Wirtschaftsteilnehmer geliefert werden kann oder unverhältnismäßige Kosten entstehen würden. Diese Ausnahmen sind jedoch eng auszulegen und bedürfen einer entsprechenden Begründung und Nachweisführung.

Die Verpflichtungen des NZIA ergänzen bestehende europäische Vergaberichtlinien und sollen zur Förderung nachhaltiger Technologien und zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit in der EU beitragen.

MMag. Dr. NORMANN PLATTNER-SCHWARZ ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Schramm Öhler Rechtsanwälte.

NIKITA EBERHARDT ist juristische Mitarbeiterin bei Schramm Öhler Rechtsanwälte.

# Unternehmensvorstellung als Auswahlkriterium in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens

## Der Beitrag schnell gelesen

Auswahlkriterien dienen der Einschränkung des Teilnehmerkreises in mehrstufigen Vergabeverfahren. In der ersten Stufe werden die geeigneten Bewerber anhand der unternehmensbezogenen Auswahlkriterien gereiht und wird anhand der Reihung nur die festgelegte Anzahl an Unternehmen zur Angebotslegung eingeladen. In der Vergabepaxis werden oft mathematisch messbare Auswahlkriterien festgelegt, wie eine Übererfüllung der Anforderungen an die technische und teil-

weise auch die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Dieser Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, ob und unter welchen Voraussetzungen auch nicht mathematisch messbare Kriterien, wie eine Beurteilung durch eine Bewertungskommission, als Auswahlkriterium in Frage kommen.

## Vergaberecht

ZVB 2025/6



Dr. KARLHEINZ MOICK ist Partner der Kanzlei FSM Rechtsanwälte.  
Mag. FLORIAN KROMER ist Unternehmensberater und Konzernvergabegericht in der ÖBB-Holding AG.

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung und Fragestellung
- B. Anforderungen an Auswahlkriterien
- C. Zum Merkmal der Objektivität bei einer Unternehmensvorstellung
  1. Auslegungsmöglichkeiten
  2. Gesetzliche Grundlagen
  3. Lösungsansatz
    - a) Gleicher Maßstab für Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien
    - b) Objektivität im Sinne einer Beurteilung nach objektiven Kriterien
    - c) Judikatur
  4. Zwischenergebnis
  5. Konkrete Ausgestaltung von Unternehmensvorstellungen als Auswahlkriterium
- D. Zu den weiteren Anforderungen an Auswahlkriterien
  1. Diskriminierungsfreiheit
  2. Verbindung mit dem Auftragsgegenstand, Berücksichtigung der besonderen Erfordernisse der Leistung und Verhältnismäßigkeit
  3. Unternehmensbezogenheit
  4. Reihungstauglichkeit

## A. Einleitung und Fragestellung

Auswahlkriterien werden von AG in mehrstufigen Vergabeverfahren (zB dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung) eingesetzt, um den Teilnehmerkreis in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zu beschränken.

Die Auswahlkriterien ermöglichen eine **Beurteilung der Qualität der Bewerber** und damit eine entsprechende Reihung anhand von wirtschaftlichen und technischen Mindestanforderungen im Sinne einer „Besser-Eignung“<sup>1</sup>.

In der Praxis werden als Auswahlkriterien häufig zusätzliche Anforderungen an Eignungsnachweise definiert. Prominentes Beispiel sind Zusatzanforderungen an (im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit geforderte) Referenzprojekte: Je mehr Referenzprojekte vorgezeigt werden können bzw je weiter die Mindestanforderungen an (Eignungs-)Referenzprojekte übererfüllt werden, desto mehr Punkte erzielt der Bewerber.

Auch wenn diese Art von Auswahlkriterien weit verbreitet ist, ist sie nicht immer ideal geeignet, um die Qualität der Bewerber im Hinblick auf einen konkreten Leistungsgegenstand zu beurteilen. Schreibt die AG etwa eine geistige Dienstleistung aus, die ein hohes Maß an Innovationskraft erfordert, ist fraglich, ob die

<sup>1</sup> Öhler/Malin in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 § 2 Z 20 lit a Rz 7.

diesbezügliche Qualität der Bewerber zB am Auftragswert von Referenzprojekten aus der Vergangenheit gemessen werden kann oder ob andere Instrumente dafür nicht besser geeignet sind. Häufig sind solche Arten von Auswahlkriterien dann auch nicht „treffsicher“ genug und AG stellen erst im Rahmen der Auswahlbewertung fest, in welchen Details die Anforderungen danebenliegen.

In der Praxis verlangen AG deshalb im Rahmen der Auswahlkriterien mitunter auch Ausarbeitungen, zB **Unternehmensvorstellungen oder Konzepte**, die von einer Jury nach vorab festgelegten Kriterien bewertet werden.

Doch unter welchen Voraussetzungen sind derartige Unternehmensvorstellungen und Konzepte als Auswahlkriterium zulässig und was gilt es dabei zu beachten? Diese Fragen sind Gegenstand des vorliegenden Fachbeitrags.

## B. Anforderungen an Auswahlkriterien

§ 2 Z 22 lit a BVergG 2018 enthält eine Legaldefinition der Auswahlkriterien. Diese sind *„die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, objektiven, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, bei Innovationspartnerschaften, bei nicht offenen Wettbewerben oder im wettbewerblichen Dialog erfolgt.“*

Für die genannten Verfahrensarten (mit Ausnahme des nicht offenen Wettbewerbs) bestimmt § 123 Abs 5 BVergG 2018 weiters, dass die Auswahlkriterien grundsätzlich in der Bekanntmachung bekannt zu geben sind und den besonderen Erfordernissen der Leistung Rechnung zu tragen haben.

Daraus lassen sich folgende inhaltliche Merkmale ableiten, die Auswahlkriterien erfüllen müssen:

- ▶ Objektivität,
- ▶ Diskriminierungsfreiheit,
- ▶ Verbindung mit dem Auftragsgegenstand bzw Berücksichtigung der besonderen Erfordernisse der Leistung,
- ▶ Verhältnismäßigkeit,
- ▶ Unternehmensbezogenheit und
- ▶ Reihungstauglichkeit.

Von besonderer Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit von Unternehmensvorstellungen und Konzepten ist uE das Kriterium der **Objektivität**. Denn bei einer Jury-Bewertung erfolgt die Bewertung und Reihung nicht allein nach mathematischen Gesichtspunkten; vielmehr wird den beurteilenden Personen ein Ermessensspielraum eingeräumt. Genügt dies der gesetzlichen Anforderung der Objektivität?

## C. Zum Merkmal der Objektivität bei einer Unternehmensvorstellung

### 1. Auslegungsmöglichkeiten

Bewertungen durch eine Bewertungskommission erfolgen in der Regel anhand von (zunächst) subjektiven Gesichtspunkten (zB Verständlichkeit), wobei den Mitgliedern der Bewertungskommission ein Ermessen eingeräumt wird. Das Bewertungsergebnis liegt damit zu einem gewissen Grad im Auge des Betrachters und kann variieren.<sup>2</sup>

Sofern „objektiv“ im Sinne von „**mathematisch messbar**“ zu verstehen wäre bzw einen Ermessensspielraum ausschließen soll-

te, würde eine Unternehmensvorstellung mit Jurybewertung dieser Anforderung nicht entsprechen.

Demgegenüber kann „objektiv“ aber auch so verstanden werden, dass die Anforderung auch durch die Ausübung eines allfälligen Ermessens nach objektiven Kriterien erfüllt wird. Es könnte also ebenso die Ansicht vertreten werden, dass die festzulegenden Bewertungsmaßstäbe und -methoden die **Beurteilung nach objektiven Kriterien** sicherstellen und das Auswahlkriterium damit insgesamt als objektiv anzusehen ist.

### 2. Gesetzliche Grundlagen

Wenn § 2 Z 22 lit a BVergG 2018 bestimmt, dass Auswahlkriterien „objektiv“ sein müssen, folgt diese Festlegung grundsätzlich den anwendbaren Richtlinienbestimmungen (Art 65 Abs 2 RL 2014/24/EU bzw § 78 Abs 2 RL 2014/25/EU), gemäß denen (idR in der Auftragsbekanntmachung) die *„objektiven und nicht-diskriminierenden Kriterien oder Vorschriften“* zur Verringerung der Zahl geeigneter Bewerber anzugeben ist.

Interessant ist aber, dass der Gesetzgeber die Anforderung „objektiv“ im Allgemeinen eher **uneinheitlich verwendet**. Eine nachvollziehbare Begründung ist uE nicht ersichtlich. So verlangen das BVergG und die „klassische“ RL 2014/24/EU übereinstimmend bei Eignungskriterien keine Objektivität (vgl § 2 Z 22 lit c BVergG 2018 und Art 58 RL 2014/24/EU<sup>3</sup>), die SektorenRL 2014/25/EU hingegen schon (vgl Art 78 Abs 1, nach der *„objektive Vorschriften und Kriterien für den Ausschluss und die Auswahl von Bietern oder Bewerbern“* festzulegen sind).<sup>4</sup>

Betreffend Zuschlagskriterien wird Objektivität im Gesetzes- (§ 2 Z 22 lit d BVergG) bzw Richtlinien- (Art 67 RL 2014/24/EU und Art 82 RL 2014/25/EU) ebenfalls nicht ausdrücklich angeführt. Allerdings weist ErwGr 90 zur RL 2014/24/EU explizit darauf hin, dass auch Zuschlagskriterien „objektiv“ sein müssen: *„Aufträge sollten auf der Grundlage objektiver Kriterien vergeben werden, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten, um einen objektiven Vergleich des relativen Werts der Angebote sicherzustellen, damit unter den Bedingungen eines effektiven Wettbewerbs ermittelt werden kann, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot ist.“* Die Materialien zum BVergG 2018 greifen diesen Hinweis auf und stellen ebenfalls klar, dass Zuschlagskriterien eine Ausübung des dem AG zustehenden Beurteilungsermessens *„nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen“* müssen.<sup>5</sup>

### 3. Lösungsansatz

#### a) Gleicher Maßstab für Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien

UE ist grundsätzlich zu hinterfragen, ob der (EU-)Gesetzgeber durch die unterschiedliche Verwendung bzw Nicht-Verwendung der Anforderung „objektiv“ eine unterschiedliche Auslegung beabsichtigt hat oder ob es sich dabei lediglich um eine legistische Unschärfe handelt. Ginge man davon aus, dass der Gesetzgeber eine bewusste Unterscheidung vornehmen wollte, würden aber

<sup>2</sup> Vgl Plattner-Schwarz/Moick, Die vergaberechtliche Bewertungskommission, ZVB 2020/39 zur Bewertungskommission bei Zuschlagskriterien.

<sup>3</sup> Im Hinblick auf Eignungskriterien wird nur hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beispielhaft am Kriterium eines Verhältnisses zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten festgehalten, dass die dafür verwendeten Methoden und Kriterien transparent, objektiv und nichtdiskriminierend sein müssen (Art 58 Abs 3 UAbs 3 RL 2014/24/EU).

<sup>4</sup> Diese Unterschiede bestehen übrigens auch in den englischen Sprachfassungen der RL.

<sup>5</sup> ErläutRV 1171 BlgNR 26. GP 12.

für Eignungskriterien im Sektorenbereich andere (strengere!) Anforderungen gelten als im klassischen Bereich. Das wäre **systemwidrig**, weil sich das Sektorenregime gerade durch flexiblere Bestimmungen gegenüber dem klassischen Regime auszeichnet.

Das spricht uE dafür, dass der Gesetzgeber Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien gleichermaßen der Voraussetzung der „Objektivität“ unterwerfen wollte und die unterschiedliche Regelung (bzw Adressierung in den Erwägungsgründen) legislativ nicht beabsichtigt war.

Unter dieser Annahme ist die Voraussetzung der **Objektivität** auch für alle drei genannten Arten von Kriterien uE **gleich auszulegen**.

## b) Objektivität im Sinne einer Beurteilung nach objektiven Kriterien

Das beantwortet aber noch nicht die Frage, ob das Kriterium der Objektivität im Sinne einer mathematischen Messbarkeit oder im Sinne einer Beurteilung nach objektiven Kriterien zu verstehen ist.

Fest steht zunächst, dass weder VergabeRL oder BVergG ausdrücklich eine mathematische Messbarkeit von Auswahlkriterien verlangen noch sich diesbezügliche Hinweise aus den Materialien zum BVergG 2018 oder den Erwägungsgründen zu den VergabeRL ergeben.

Die **Materialien** zum BVergG halten fest, dass Auswahlkriterien anders als Eignungskriterien „*einer qualitativ-quantitativen Wertung zugänglich sein müssen*“.<sup>6</sup> Das ist uE ein Indiz für eine Zulässigkeit von Ermessensbeurteilungen bei Auswahlkriterien: Käme nur eine mathematisch messbare Beurteilung von Auswahlkriterien in Frage, hätte es ausgereicht, von einer quantitativen Wertung zu sprechen.

Zu demselben Ergebnis führt auch eine Auslegung der VergabeRL:

**Erwägungsgrund 90 zur RL 2014/24/EU** stellt im Hinblick auf Zuschlagskriterien nämlich gerade nicht auf die mathematische Messbarkeit, sondern im Gegenteil darauf ab, dass die geforderte Objektivität

- ▶ die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten soll,
- ▶ um einen objektiven Vergleich des relativen Werts der Angebote sicherzustellen, damit unter den Bedingungen eines effektiven Wettbewerbs ermittelt werden kann, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot ist.

Diese Anforderungen können auch mit subjektiven Ermessensspielräumen einer Bewertungskommission, die anhand transparenter und objektiver Bewertungsmaßstäbe und -methoden ausgeübt werden, erfüllt werden.

Wenn man nun konsequenterweise davon ausgeht, dass die Anforderung der Objektivität von Auswahlkriterien in ihrer Natur der von Zuschlagskriterien gleicht, bedeutet dies, dass auch **Auswahlkriterien eine Bewertung durch eine Bewertungskommission umfassen können**. Freilich müssen solche Auswahlkriterien transparent und nichtdiskriminierend sein, die Gleichbehandlung sicherstellen, und durch die festgelegten Bewertungsmaßstäbe einen objektiven Vergleich des Erfüllungsgrads sicherstellen, um eine entsprechende Reihung der Bewerber zu ermöglichen.

## c) Judikatur

Die Rechtsprechung deutet uE ebenfalls darauf hin, dass Jurybewertungen in Zusammenhang mit Auswahlkriterien in der ersten Stufe eines Vergabeverfahrens zulässig sind.

Soweit ersichtlich, liegt zwar bislang zur Auslegung der **Objektivität bei Auswahlkriterien** gemäß § 2 Z 22 lit a BVergG keine dezidierte Judikatur vor. Das BVwG (zur Rechtslage nach BVergG 2006) und das BVA (zur Rechtslage nach BVergG 2002) haben sich aber bereits inhaltlich mit Bewertungskommissionen bei Auswahlkriterien auseinandergesetzt und diese Bewertungsmethode nicht grundsätzlich beanstandet (wenn auch in den konkreten Fällen inhaltlich bemängelt).<sup>7</sup> Das BVA hielt fest, dass anhand der Auswahlkriterien eine zumindest im Nachhinein **objektiv nachvollziehbare, plausible Auswahlentscheidung** unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich sein muss. Dies kann nach Ansicht der (Bundes-)Vergabekontrolle offenbar auch im Rahmen einer kommissionellen Bewertung gewährleistet werden.

Im Zuge einer Rechtssache nach dem Flughafen-Bodenabfertigungsgesetz (FBG) und dem BVergGKonz hat das Bundesverwaltungsgericht eine ähnlich gelagerte Frage beurteilt und sogar noch eine explizitere Aussage getroffen. Das FBG sieht vor, dass bestimmte Dienstleistungen öff auszuschreiben sind.<sup>8</sup> Die Kriterien für diese Ausschreibung einschließlich der technischen Spezifikationen und des Pflichtenheftes müssen unter Wahrung der Betriebssicherheit sachgerecht, objektiv, transparent und nicht diskriminierend sein (§ 6 Abs 3 FBG). Im Anlassfall wurden für diese Auswahl als Kriterien Konzepte verlangt, die nach Schulnotensystem bewertet werden sollten. Darin war ein Sicherheitsmanagementsystem für das Erbringen der Dienstleistungen darzustellen. Das BVwG beurteilte diese Auswahlkriterien mit der Begründung ausdrücklich als objektiv, dass sie sich „*ausschließlich auf die zu erbringenden Dienstleistungen [beziehen]*“.

(Auch) bezüglich der **Zuschlagskriterien** verlangt die ständige Rechtsprechung im Übrigen schon aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes insofern Objektivität, als diese eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Ermittlung des besten Angebots unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens ermöglichen müssen.<sup>9</sup> Ermessensentscheidungen stehen dem aber nach ständiger Rechtsprechung nicht entgegen.

Zuschlagskriterien, die eine Ermessensentscheidung beinhalten, müssen nur so gestaltet sein, dass der AG sein Ermessen nach objektiven Gesichtspunkten handhaben kann und dass kein Aspekt willkürlicher Auswahl enthalten ist. Die Rechtsprechung spricht sogar von einem „*weitgehenden Ermessen*“ des AG, wenn die Grundanforderungen, nämlich die Objektivität und die Nichtdiskriminierung etc, erfüllt sind.<sup>10</sup> Diese Anforderungen können durch Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und eine nachvollziehbare Begründung erfüllt werden.<sup>11</sup>

UE unterstützt diese Judikatur die Ansicht gleichlaufender Anforderungen an die Objektivität von Auswahl- und Zuschlagsentscheidungen und deutet stark darauf hin, dass Unternehmensvorstellungen, die von einer **Bewertungskommission** bewertet werden, als **Auswahlkriterium zulässig** sind.

<sup>6</sup> ErläutRV 1171 BlgNR 26. GP 12.

<sup>7</sup> BVwG 11. 2. 2014, W187 2000002-1; BVA 23. 1. 2005, 10N-134/04-22.

<sup>8</sup> Vgl §§ 4 und 6 FBG.

<sup>9</sup> LVwG Bgld 20. 4. 2022, S VNP/13/2022.001/019; BVwG 25. 7. 2014, W138 2008703-2.

<sup>10</sup> BVwG 16. 9. 2020, W273 2233950-2; BVwG 21. 1. 2015, W138 2015453-2; BVwG 25. 7. 2014, W138 2008703-2; BVA, 12. 10. 2011, N/0074-BVA/11/2011-40; LVwG Bgld 20. 4. 2022, S VNP/13/2022.001/019.

<sup>11</sup> BVA 12. 10. 2011, N/0074-BVA/11/2011-40.



#### 4. Zwischenergebnis

In einem Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass bzgl der Objektivität dieselben Anforderungen an Zuschlags- und Auswahlkriterien zu stellen sind. In beiden Fällen ist Objektivität nicht zwingend im Sinne einer mathematischen Messbarkeit zu verstehen, sondern vielmehr dahingehend, dass die Kriterien

- ▶ so gestaltet sein müssen, dass der AG sein Ermessen nach objektiven Gesichtspunkten ausübt und kein Aspekt willkürlicher Auswahl enthalten ist, und damit
- ▶ eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Bewertung ermöglicht wird.

#### 5. Konkrete Ausgestaltung von Unternehmensvorstellungen als Auswahlkriterium

Worauf sollte nun geachtet werden, wenn eine Unternehmensvorstellung mit kommissioneller Bewertung als Auswahlkriterium festgelegt wird?

Im Hinblick auf die Objektivität kommt der Festlegung der **Bewertungsmaßstäbe und -methoden** entscheidende Bedeutung zu. Durch sie wird eine objektiv nachvollziehbare Bewertung sichergestellt und eine willkürliche Auswahlentscheidung ausgeschlossen.

Für Interessenten muss klar erkennbar sein, was unter einem bestimmten Auswahlkriterium konkret zu verstehen ist und welche Inhalte eine höchstmögliche Bewertung erwarten lassen. Deshalb wäre es zB unzulässig, die Bewertung nur mit **Worthülsen und allgemeinen Begriffen** ohne besonderen Sprachgebrauch zu umschreiben. Das BVA hat festgehalten, dass die bloße Festlegung, die „Erfahrungen des Bewerbers“, die „Qualifikation des eingesetzten Personals“, die „Kapazität im Leistungszeitraum“, die „Kenntnis des österreichischen Marktes“ und die „Hersteller- und Produktunabhängigkeit des Bewerbers“ zu bewerten, dem AG eine willkürliche Entscheidung ermöglicht und damit nicht ausreichend ist. Für das BVA war nämlich nicht ersichtlich, welche Umstände in den jeweils genannten Kriterien zu einer Besserbewertung führen.<sup>12</sup>

Wenn nun in einer Unternehmensvorstellung beispielsweise die Qualifikation des eingesetzten Personals beurteilt werden soll, könnten als Bewertungsmaßstäbe zB die Überzeugungskraft der für den Leistungsgegenstand einschlägigen fachlichen Ausbildungen und Kompetenzen oder die Erfahrung in bestimmten (mit dem Leistungsgegenstand vergleichbaren) Bereichen festgelegt werden. Im Rahmen der Bewertung der einschlägigen Erfahrungen der Bewerber könnte etwa die Einschlägigkeit von Referenzprojekten im Hinblick auf den Leistungsgegenstand, die Erfahrung mit Referenzauftraggebern mit vergleichbarer Größe oder von AG, die in einem vergleichbaren fachlichen Umfeld tätig sind, berücksichtigt werden.

Wichtig ist jedenfalls, auch eine Festlegung zur **Bewertungsmethode** zu treffen. Dazu gehört etwa die Frage, ob die Bewertungskommission subjektiv autonom oder gemeinsam bewertet, und in welcher Form (zB nach dem Schulnotensystem).<sup>13</sup>

#### D. Zu den weiteren Anforderungen an Auswahlkriterien

Neben der geforderten Objektivität müssen Auswahlkriterien nichtdiskriminierend sein, eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand aufweisen bzw die besonderen Erfordernisse der Leistung berücksichtigen, verhältnismäßig und unternehmensbezogen sein sowie eine Reihung der Bewerber ermöglichen. UE sind Unternehmensvorstellungen auch mit all diesen Anforderungen vereinbar:

#### 1. Diskriminierungsfreiheit

Dass Auswahlkriterien (wie auch jede andere Festlegung im Vergabeverfahren) diskriminierungsfrei sein müssen, ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Grundsatz der Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung gemäß § 20 Abs 1 BVergG.

Das Auswahlkriterium einer Unternehmensvorstellung ist **jedenfalls nicht von vorneherein diskriminierend**, zumal Konzeptbewertungen auch im Rahmen der Zuschlagskriterien (die ebenfalls nichtdiskriminierend sein müssen) zulässig sind.

#### 2. Verbindung mit dem Auftragsgegenstand, Berücksichtigung der besonderen Erfordernisse der Leistung und Verhältnismäßigkeit

Auswahlkriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, sie müssen also einen Bezug zu diesem haben und aus **technischer bzw wirtschaftlicher Sicht Aussagekraft** besitzen.<sup>14</sup> Außerdem dürfen sie nur in dem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des konkreten Auftrags gerechtfertigt ist. Es dürfen also insb keine Unternehmenseigenschaften positiv bewerten, die für die Erfüllung des konkreten Auftrags irrelevant sind (**Übermaßverbot**).<sup>15</sup>

Eine Unternehmensvorstellung ist jedenfalls geeignet, diese Anforderungen zu erfüllen, wenn auf die genannten Punkte Bedacht genommen wird. Der AG könnte etwa verlangen, dass die Bewerber ihr Know-how mit vergleichbaren Leistungen in der Vergangenheit darstellen. Diese Anforderung steht zweifellos in Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand und ist insofern angemessen, als auf vergleichbare Leistungen abgestellt wird.

#### 3. Unternehmensbezogenheit

Mit Auswahlkriterien wird – wie bei den Eignungskriterien – die Qualität des Unternehmens und nicht – wie bei den Zuschlagskriterien – diejenige des Angebots bewertet.<sup>16</sup> Es handelt sich also um rein **unternehmerbezogene Kriterien**.<sup>17</sup>

Eine Unternehmensvorstellung ist schon laut ihrer Bezeichnung ein unternehmensbezogenes Kriterium und erfüllt dieses Kriterium bei entsprechender inhaltlicher Ausgestaltung zweifellos. In der Praxis ist darauf zu achten, die geforderten Konzeptinhalte nicht so festzulegen, dass darin im Endeffekt die Modalitäten der Leistungserbringung beschrieben werden. In diesem Fall wäre das Konzept leistungsbezogen. Müssen Bewerberinnen hingegen die Expertise ihres Unternehmens oder von Schlüsselpersonen im Bereich der geforderten Leistungen, ihre allgemeine Arbeitsweise oder ihren USP darstellen, handelt es sich dabei um unternehmensbezogene Gesichtspunkte, die sich für eine Auswahlentscheidung eignen.

#### 4. Reihungstauglichkeit

Anders als Eignungskriterien müssen Auswahlkriterien einer qualitativ-quantitativen Wertung zugänglich sein. Sie müssen also eine **Reihung dadurch zulassen**, dass sie von einem Unternehmen besser erfüllt werden als von einem Mitbewerber.<sup>18</sup> Auch wenn keine Gewichtung, sondern bloß eine Reihung der Aus-

<sup>12</sup> BVA 23. 1. 2005, 10N-134/04 – 22.

<sup>13</sup> Vgl dazu auch *Harrer* in RPA 2014, 165 zu BVwG 11. 2. 2014, W187 2000002-1.

<sup>14</sup> *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Rz 822.

<sup>15</sup> Vgl EuGH 27. 10. 2005, C-234/03, *Contse SA*, sowie die Mat zum BVergG 2006 ErläutRV 1171 BlgNR 26. GP 22.

<sup>16</sup> *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Rz 821.

<sup>17</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 12.

<sup>18</sup> BVwG 2. 2. 2018, W134 2179802-2/22E.

wahlkriterien vorgeschrieben ist,<sup>19</sup> werden Auswahlkriterien in der Praxis in aller Regel gewichtet, was auch in der Literatur empfohlen wird.<sup>20</sup>

Unternehmensvorstellungen, die im Rahmen einer Jurybewertung anhand definierter Kriterien und Maßstäbe (zB Schulnotensystem) bewertet werden, ermöglichen dadurch jedenfalls eine Reihung und erfüllen somit auch dieses Kriterium an Auswahlkriterien.

### Zusammengefasst

Auswahlkriterien müssen eine Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen, objektiv, diskriminierungsfrei, verhältnismäßig und unternehmensbezogen sein und eine Reihung unter den Bewerbern ermöglichen.

Objektivität ist nicht im Sinne einer mathematischen Messbarkeit zu verstehen. Vielmehr müssen Auswahlkriterien – wie auch Zuschlagskriterien – bei Vorliegen eines Ermessensspielraums so gestaltet sein, dass das Ermessen nach objektiven Gesichtspunkten ausgeübt wird und damit keine willkürliche Auswahl erfolgen kann. Dadurch ist eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Reihung und Auswahlentscheidung sichergestellt.

Als Auswahlkriterien kommen damit neben mathematisch messbaren Kriterien (zB einem Mehr an geforderten Referenzen oder einem Übererfüllen der inhaltlichen Anforderungen an Eignungskriterien) auch Bewertungen von Unternehmensvorstellungen durch eine Bewertungskommission in Betracht.

<sup>19</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 12.

<sup>20</sup> Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Rz 821.

# Die Weitergabe von Leistungen aus gewerbe- und vergaberechtlicher Sicht – ein Spannungsverhältnis

## Abgrenzung gewerberechtlicher Vorgaben und vergaberechtlicher Möglichkeiten beim Anbieten in Ausschreibungen

### Der Beitrag schnell gelesen

Gewerbetreibende können Gesamtaufträge übernehmen, sofern ein **wichtiger Teil des Auftrags ihrem Gewerbe** zukommt. Dies steht in bestimmten Konstellationen in einem **Spannungsverhältnis zum Vergaberecht**. Das BVergG verbietet lediglich die Weitergabe des gesamten Auftrags. Es muss kein „wichtiger“ Teil des Auftrags beim Bieter verbleiben. Um das Spannungsverhältnis aufzulösen, muss es daher genügen, wenn ein nicht dem Gewerberecht unterliegender Bieter

für den übernommenen Leistungsteil befugt und dieser Bieter für die gewerblichen Leistungsteile einen gewerberechtlich befugten Dritte benennt.

### Vergaberecht

§ 20 Abs 1 BVergG 2018; GewO 1994

ZVB 2025/7



Mag. RUDOLF PEKAR ist RA bei vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte  
Dr. PHILIPP GÖTZL ist RA bei vgp. Götzl Pekar Rechtsanwälte

### Inhaltsübersicht:

- A. Das „Anbieten“ gewerblicher Leistungen
- B. Gewerberechtliche Vorgaben bei der Beiziehung von Subunternehmern
- C. Vergaberechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Leistungsteilen
- D. Vergaberecht „schlägt“ Gewerbeordnung?

### A. Das „Anbieten“ gewerblicher Leistungen

Öff AG sind gem § 20 Abs 1 BVergG 2018 verpflichtet, Aufträge an entsprechend befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeig-

nete) Unternehmer zu vergeben. AN müssen also die für die Leistungserbringung maßgebliche (berufsrechtliche) Befugnis im Rahmen des Vergabeverfahrens nachweisen.

Das „Anbieten“ einer gewerblichen Tätigkeit im Rahmen einer Ausschreibung hat neben vergaberechtlicher auch gewerberechtliche Relevanz: Denn gem § 1 Abs 4 Satz 2 GewO 1994<sup>1</sup> wird „das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen [...] der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten“.

Bereits das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit „bei Ausschreibungen“ fällt unter den Gel-

<sup>1</sup> Gewerbeordnung 1994, StF: BGBl 1994/194 idF BGBl I 2024/130.