

Themenblatt:

Zulässigkeit von Nebenangeboten



Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen



zSKS

zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Nebenangebote sind ein geeignetes Mittel, um den Beteiligten eines Vergabeverfahrens, Auftraggeber und Bieter, zu einem möglichst guten Ergebnis zu verhelfen. Die Abgabe eines Nebenangebotes bedeutet, dass der Bieter die beauftragte Leistung mit Abweichungen von den Vorgaben des Auftraggebers anbietet. Dies ermöglicht Unternehmen, Innovationen und durch Erfahrung gewonnene Verbesserungsvorschläge in das Vergabeverfahren einzubringen. Dieses Themenblatt soll den rechtlichen Rahmen für die Zulassung von Nebenangeboten darstellen.

Zweite Schlachtpforte 328195
Bremen
0421 - 361 - 89240
Vergabeservice@wah.bremen.de
28.01.2020

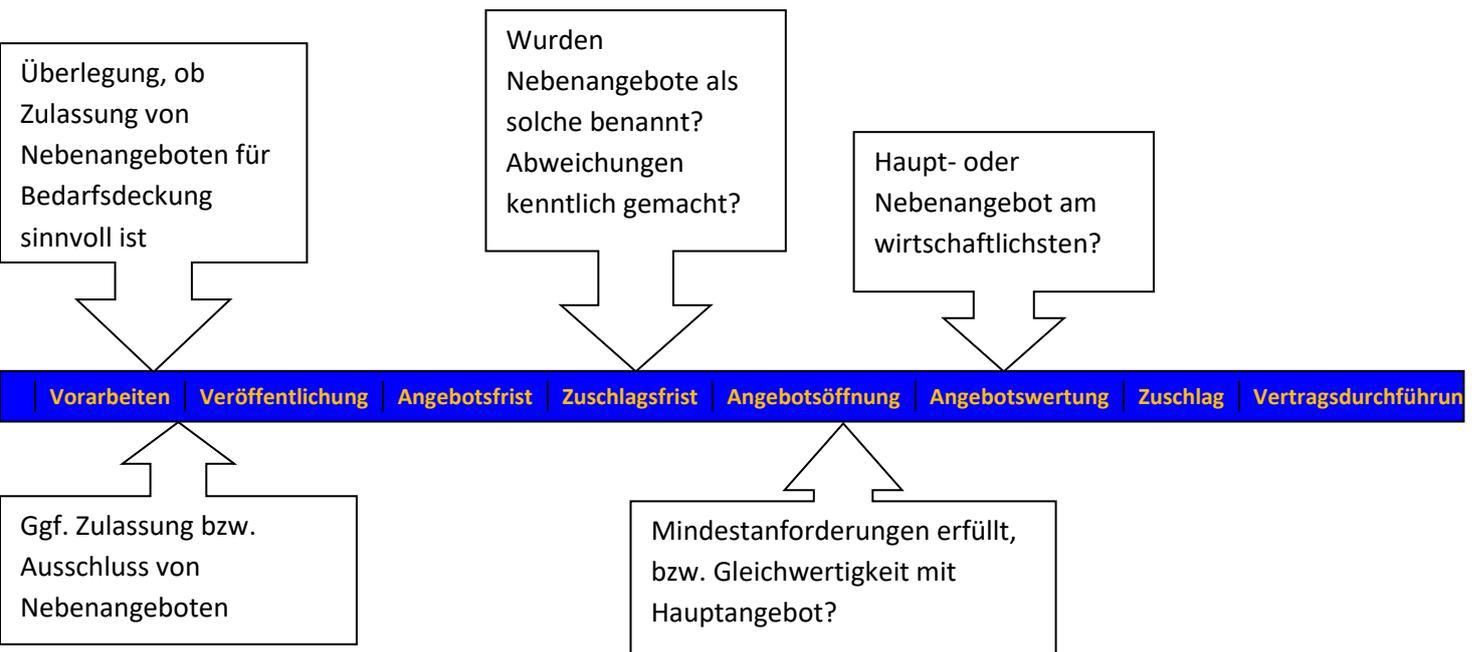
Gliederung

1. Abkürzungen.....	III
2. Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren	1
3. Einleitung.....	1
4. Was sind Haupt-, was Nebenangebote	2
5. Zulässigkeit von Nebenangeboten: EU- und nationale sowie VOB/A- und UVgO- bzw. VgV-Verfahren....	4
6. Entscheidung ob Zulassung oder Nichtzulassung	5
<i>a. Grundsatz.....</i>	<i>5</i>
<i>b. Preis als alleiniges Zuschlagskriterium</i>	<i>5</i>
7. Anforderungen an die Vergabeunterlagen	6
<i>a. Nichtzulassung von Nebenangeboten.....</i>	<i>6</i>
<i>b. Zulassung von Nebenangeboten</i>	<i>6</i>
(1) EU-Verfahren.....	6
(a) Mindestanforderungen	6
(b) Zuschlagskriterien	8
(2) Nationale Verfahren	10
8. Anforderungen an das Nebenangebot	11
<i>a. Darlegungspflicht bzgl. Mindestanforderungen bzw. Gleichwertigkeit</i>	<i>11</i>
(1) Grundsätzliche Pflicht des Bieters.....	11
(2) Nachforschung durch den Auftraggeber	12
<i>b. Bestimmtheitsgrundsatz</i>	<i>14</i>
9. Prüfung und Wertung von Nebenangeboten	14
<i>a. Erfüllung der Mindestanforderungen (EU-Verfahren (ausnahmsweise nationale Verfahren))</i>	<i>15</i>
<i>b. Gleichwertigkeitsprüfung (nationale Verfahren)</i>	<i>15</i>
10. Überprüfbarkeit der Wertungsentscheidung	17

1. Abkürzungen

AbIEG	Amtsblatt der Europäischen Union
AG	Auftraggeber
ATV	Allgemeine technische Vertragsbedingungen
Az.	Aktenzeichen
BGH	Bundesgerichtshof
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT-Drucks.	Deutscher Bundestags Drucksache
DIN	Deutsche Industrienorm
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KommJur	Zeitschrift Kommunaljurist
LSG	Landessozialgericht
LV	Leistungsverzeichnis
MFG	Mittelstandsförderungsgesetz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
TtVG	Tariftreue- und Vergabegesetz
VergModG	Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VHB	Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, allgemeine Bestimmungen
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil C
VOB/A-EU	Allgemeine Bestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU
UVgO	Unterschwelvenvergabeordnung
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht

2. Übersicht: Relevanz im Vergabeverfahren



3. Einleitung

Nebenangebote sind ein geeignetes Mittel, um den Beteiligten eines Vergabeverfahrens, Auftraggeber und Bieter, zu einem möglichst guten Ergebnis zu verhelfen. Die Abgabe eines Nebenangebotes bedeutet, dass der Bieter die beauftragte Leistung mit Abweichungen von den Vorgaben des Auftraggebers anbietet. Dies ermöglicht Unternehmen, Innovationen und durch Erfahrung gewonnene Verbesserungsvorschläge in das Vergabeverfahren einzubringen. Der Auftraggeber kann durch das Nebenangebot von einer, seinen Vorgaben entsprechenden, optimierten Leistung profitieren. Die Zulassung von Nebenangeboten kann folglich für alle Verfahrensbeteiligten Vorteile bieten:

Vorteile von Nebenangeboten

Vorteile für den Auftraggeber

Kostenersparnis

Profitieren von Spezialwissen

Mittelbare Vorteile

Für den öffentlichen AG können diese Vorteile finanzieller und technischer Natur sein:

- Neben der Tatsache, dass dem AG ggf. preisgünstigere Verwirklichungswege aufgezeigt werden, erzeugt der AG durch die Zulassung von Nebenangeboten generell mehr Wettbewerb, was zu wirtschaftlicheren Ergebnissen führen kann.
- Darüber hinaus kann der AG im Rahmen von Nebenangeboten vom Spezialwissen der Anbieter profitieren.¹ Auf diese Weise können innovativere Wege zur Erreichung des jeweiligen Leistungsprogrammes ermittelt werden. Diese können dann wiederum mittelbar, z.B. durch eine Verkürzung der Bauzeit, geringere Wartungsintensität

¹ BGH, VergabeR 2012, 26; Hierauf weist auch der Dringlichkeitsantrag der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN Drs. 19/191 vom 02.12.2015.

oder sonstige Betriebskosten, weitere Vorteile für den AG beinhalten.

Vorteile für den Bieter

Einbringen von Spezialwissen

Mit den möglichen Vorteilen, welche sich für den AG ergeben, korrespondieren die möglichen Vorteile für die Bieter:

- Diese erhalten die Möglichkeit ihr Spezialwissen einzusetzen und sich von den engen Grenzen der Leistungsbeschreibung zu lösen. Hierdurch haben beispielsweise hochspezialisierte Bieter der betreffenden Branchen einen Vorteil gegenüber fachfremden oder solchen Firmen, welche einen geringeren Spezialisierungsgrad aufweisen. Durch das Einbringen von Spezialwissen haben diese Bieter die Möglichkeit, eine technisch oder wirtschaftlich bessere als die geforderte Lösung anzubieten.

Mittelstandsförderung

- Die Zulassung von Nebenangeboten kann in diesem Zusammenhang auch unmittelbar dem Ziel der Mittelstandsförderung sowie der angemessenen Beteiligung von Existenzgründerinnen und -gründern dienen. Sie erhalten die Gelegenheit, Nebenangebote zu unterbreiten, die in innovativer Hinsicht den Angeboten größerer Unternehmen überlegen sind. Diese Unternehmen können auf diese Weise eine Chance auf den Zuschlag erhalten, die bei einem reinen Preiswettbewerb und einem unveränderlichen Leistungskatalog nicht bestanden hätte.

4. Was sind Haupt-, was Nebenangebote

Grundsatz:

- Hauptangebot
- Abweichung unzulässig

Grundsätzlich fordert der AG die potentiellen Bieter zur Abgabe lediglich **eines**² Hauptangebotes auf, welches der Leistungsbeschreibung in vollem Umfang entsprechen muss (**Hauptangebot**).³ Weicht ein Angebot von der Leistungsbeschreibung ab, stellt dies eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen dar, was **zwingend** zum Ausschluss des betreffenden Angebotes führt.

Spielräume für Hauptangebote

Es können sich jedoch gewisse Gestaltungsmöglichkeiten aus den Vergabeunterlagen ergeben, die dem Bieter einen Spielraum bei der Abgabe von Hauptangeboten lassen. Die Pflicht des öffentlichen AG zur produktneutralen Ausschreibung ermöglicht dem Bieter etwa aus allen Fabrikaten, welche die technischen Voraussetzungen erfüllen, dasjenige zu wählen, das er anbieten möchte („Leitfabrikat... oder gleichwertig“). **Jedes Angebot, das ein hiernach zulässiges Fabrikat enthält, ist ein zulässiges Hauptangebot.**⁴ Ausgeschlossen ist diese Möglichkeit der Bieterintragung hingegen, wenn ein geschlossenes, detailliertes LV vorgegeben ist.

Beispiel

² OLG Düsseldorf NZBau 2016, 235.

³ 1. VK Bund, VK 1-55/03.

⁴ OLG Düsseldorf, VII-Verg 34/12.

Kumulative Abgabe von Hauptangeboten

In der VOB/A ist nunmehr die Abgabe mehrerer Hauptangebote grundsätzlich zulässig. Jedoch kann der Auftraggeber die Möglichkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ausschließen.⁵ Werden mehrere Hauptangebote abgegeben, muss jedes aus sich heraus zuschlagsfähig sein.⁶ Das bedeutet: Jedes Hauptangebot muss mit den gesamten Vergabeunterlagen korrespondieren und darf, wenn die Leistungsbeschreibung mehreren alternativen Lösungswegen Raum gibt, nicht lediglich z.B. aus dieser abweichenden Position bestehen und sich im Übrigen auf ein anderes Hauptangebot beziehen (gilt insbesondere auch für leistungsbezogene Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise). Unternehmensbezogene Erklärungen, Angaben und Nachweise müssen hingegen nicht jedem Hauptangebot beigelegt werden. Der Nachweis der Eignung dient der Prognose, ob das Unternehmen in der Lage sein wird, die Leistung vertragsgerecht auszuführen. Diese Prognose lässt sich bei mehreren Hauptangeboten eines Bieters innerhalb desselben Vergabeverfahrens auch auf seine weiteren Hauptangebote übertragen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die (weiteren) Hauptangebote keine technischen Lösungen enthalten, für deren Ausführung höher qualifiziertes Personal erforderlich wäre. Darüber hinaus gilt auch hier die Neuregelung in § 6b Abs. 3 VOB/A, wonach bereits vorliegende gültige Eignungsnachweise nicht nochmals gefordert werden. Inhaltlich ausreichend ist es, wenn sich die Hauptangebote lediglich im Preis unterscheiden und nicht auch technisch.⁷

Risiko bei der „Zulassung“ mehrerer Angebote

Anhebung Mittelpreis

Die Möglichkeit der Abgabe mehrerer Angebote (gilt für Haupt- wie für Nebenangebote gleichermaßen) beinhaltet abstrakt für den öffentlichen AG das Risiko, dass ein Bieter durch mehrere überbeuerte Angebote den Mittelpreis „künstlich“ anhebt. Der Mittelpreis ist der Durchschnittspreis, welcher auf Basis der eingegangenen Angebote errechnet und bei künftigen Vergaben ähnlicher Projekte zugrunde gelegt wird. Die Gefahr ist demnach, dass die Kosten für künftige entsprechende Vergaben zu hoch geschätzt werden könnten.

Ein möglicherweise unaukkömmliches + ein zuschlagsfähiges Angebot

Außerdem könnte die Abgabe eines Zweitangebots genutzt werden um neben einem spekulativ niedrigen, möglicherweise unaukkömmlichem Angebot für den Fall des Ausschlusses weiterhin ein zuschlagsfähiges Angebot im Wettbewerb zu haben. Auf diese Risiken ist von Seiten der Vergabestellen zu achten, sie stehen der grundsätzlichen Zulässigkeit von mehreren Haupt- bzw. Nebenangeboten jedoch nicht entgegen.

Der AG kann aber auch ganz bewusst Angebote zuzulassen, welche gänzlich von der Leistungsbeschreibung abweichen. Bei von der

⁵ § 8 Abs. 2 Nr. 4 VOB/A; § 8 EU Abs. 2 Nr. 4 VOB/A.

⁶ § 13 Abs. 3 Satz 3 VOB/A; § 13 EU Abs. 3 Satz 3 VOB/A.

⁷ Janssen, NZBau 2019, 147; offen gelassen BGH, X ZR 122/14.

Nebenangebote

Leistungsbeschreibung abweichenden Angeboten (also auch solchen, die außerhalb eines ggf. eingeräumten Spielraums für ein Hauptangebot liegen,⁸ s.o.) handelt es sich um Nebenangebote (auch Varianten, Alternativen oder Änderungsvorschläge genannt). Eine inhaltliche Abweichung des Angebots von der Leistungsbeschreibung kann z.B. in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht bestehen.⁹ Nur wenn ein Angebot Abweichungen von den Vergabeunterlagen enthält, liegt ein Nebenangebot vor (nicht bei z.B. bloßen Preisnachlässen¹⁰).

Wirtschaftliche/rechtliche Nebenangebote

Beispiele für wirtschaftliche/rechtliche Nebenangebote sind:

- geänderte Ausführungsfristen
- abweichende Haftungsregelungen¹¹ (z.B. verlängerte oder gekürzte Mängelhaftungsfristen oder geänderter Umfang der Haftung)
- geänderte Sicherheitsleistungen (freiwilliges Angebot einer Mängelhaftungsbürgschaft, Angebot einer größeren Sicherheit, Bürgschaft auf erstes Anfordern anstelle einer „normalen“ Bürgschaft)
- Abweichungen bei der Abrechnung/Zahlungsbedingungen (z.B. Preisnachlässe unter Bedingungen, anderes Finanzierungsmodell, abweichende Vergütungsstruktur)

Technische Nebenangebote

Beispiele für technische Nebenangebote sind:

- Abweichendes Bauverfahren
- Abweichende Materialien und/oder Baustoffe

5. Zulässigkeit von Nebenangeboten: EU- und nationale sowie VOB/A- und UVgO- bzw. VgV-Verfahren

Im Hinblick auf die Zulässigkeit von Nebenangeboten ist zwischen EU- und nationalen Verfahren sowie Bau- und Verfahren über Liefer- und Dienstleistungen zu differenzieren:

EU-Verfahren und nationale Vergaben von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen:

→ Nebenangebote grds. ausgeschlossen

- Für EU-Verfahren gilt: Der öffentliche Auftraggeber kann Nebenangebote in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung zulassen oder vorschreiben. Fehlt eine entsprechende Angabe, sind keine Nebenangebote zugelassen. Die Zulassung kann mit der Abgabe eines Hauptangebots verknüpft werden, es kann aber auch zugelassen werden, ausschließlich ein Nebenangebot abzugeben.

⁸ OLG Koblenz, 1 Verg 6/10.

⁹ OLG Jena, 9 Verg 7/09; OLG Düsseldorf, VII-Verg 22/11.

¹⁰ OLG Düsseldorf, VII-Verg 22/11.

¹¹ OLG Saarbrücken, ZVgR 2000, 181.

Nationale Bauverfahren:

→ Nebenangebote grds. zugelassen

Verknüpfung von Haupt- und Nebenangebot möglich

→ Für nationale Verfahren über Liefer- und Dienstleistungen gilt dasselbe wie für EU-Verfahren.¹²

→ Für nationale Bauverfahren gilt: Nebenangebote sind grundsätzlich zugelassen, sie können jedoch **ausnahmsweise ausgeschlossen** werden. Auch hier besteht ausnahmsweise die Möglichkeit, dass sie mit der Abgabe eines Hauptangebots verknüpft werden.¹³

Die Möglichkeit der Verknüpfung der Abgabe eines Nebenangebotes mit der Abgabe eines Hauptangebots kann dazu beitragen, sicherzustellen, dass überhaupt ein der Leistungsbeschreibung entsprechendes Angebot eingeht.

AG hat Ermessen, ob er Nebenangebote zulässt

Nebenangebote auch bei Preis als alleinigem Zuschlagskriterium zulässig

6. Entscheidung ob Zulassung oder Nichtzulassung

a. Grundsatz

Es steht im Ermessen des AG, ob er Nebenangebote zulässt.¹⁴ Für die Annahme eines Ermessens spricht, dass für den AG ein Mehraufwand mit der Zulassung von Nebenangeboten verbunden ist.¹⁵

b. Preis als alleiniges Zuschlagskriterium

Auch wenn einziges Zuschlagskriterium der Preis ist, wird das Ermessen des AG nicht eingeschränkt. Sowohl für EU- als auch für nationale Verfahren ist die Zulassung von Nebenangeboten auch wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, ausdrücklich möglich.¹⁶ Indem der Gesetzgeber diese Möglichkeit mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG) gesetzlich normiert hat, weicht er ausdrücklich von der bisherigen Rechtsprechung des BGH¹⁷ ab.

Nebenangebote, die mit Hauptangeboten nicht vergleichbar sind, dürfen bei der Vergabeentscheidung nicht berücksichtigt werden, wenn der Preis das einzige Unterscheidungsmerkmal ist.

→ **Daher gilt: Werden Nebenangebote zugelassen und ist der Preis das alleinige Zuschlagskriterium, ist im besonderen Maße darauf zu achten, dass Mindestanforderungen**

¹² § 25 Satz 1 UVgO.

¹³ § 8 Abs. 2 Nr. 3 lit. a), b) VOB/A.

¹⁴ Dies folgt ungeschrieben aus §§ 12 I Nr. 2 lit. j, 16 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A bzw. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A; Vgl. OLG Koblenz, 1 Verg 2/02 (B. IV. 5. c.) (für die VOL/A); sowie aus § 25 Satz 1 UVgO.

¹⁵ Vgl. Schalk, Nebenangebote im Bauwesen, S. 206.

¹⁶ (§ 35 Abs. 2 Satz 3 VgV, § 8 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 VOB/A); Bei dieser Aussage wird die VOB/A in der Fassung, welche ab dem 19.04.2016 gilt, zugrunde gelegt. Bisher gilt gemäß der Rechtsprechung des BGH diametral Gegenteiliges (BGH, Beschluss vom 7.01.2014 - X ZB 15/13); für UVgO fehlt es an einer entsprechenden Regelung. Stattdessen fordert § 25 Satz 4 UVgO allgemein die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung, was einer Nur-Preis-Vergabe in einem Wettbewerb mit Nebenangeboten natürlich auch unterhalb der EU-Schwellenwerte nicht im Wege steht.

¹⁷ Abweichend noch BGH KommJur 2014, 185.

vorgegeben werden. Die Mindestanforderungen müssen so erschöpfend und eindeutig sein, dass die Haupt- und Nebenangebote quantitativ und qualitativ vergleichbar sind. Der Preis ist anderenfalls kein für Haupt- und Nebenangebote gleichermaßen anwendbares Kriterium mehr.

7. Anforderungen an die Vergabeunterlagen

a. Nichtzulassung von Nebenangeboten

Entsprechend der dargestellten Grundsätze für EU- bzw. nationale Verfahren gilt:

Formalien bei Nichtzulassung

- EU- und nationale VOL-Verfahren → keine
- Nationale Bauverfahren → Hinweis in Vergabeunterlagen

- Bei der Nichtzulassung von Nebenangeboten ist bei EU-Verfahren sowie bei nationalen Verfahren über Liefer- und Dienstleistungen nichts weiter zu beachten.
- Bei nationalen Bauverfahren ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass Nebenangebote ausgeschlossen sind (hierfür besteht in der Ausschreibungsbekanntmachung eine entsprechende Stelle zum Ankreuzen). Eine ausdrückliche Begründungspflicht für diese Entscheidung der Vergabestelle ist der VOB/A nicht zu entnehmen. Allerdings ergibt sich aus der VOB/A die grundsätzliche Pflicht, maßgebende Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform (Vergabevermerk) festzuhalten.¹⁸

Zulassung von Nebenangeboten

EU-Verfahren

- Benennen von Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien

b. Zulassung von Nebenangeboten

(1) EU-Verfahren

Bei der Zulassung von Nebenangeboten in EU-Verfahren sind sowohl Mindestanforderungen¹⁹, als auch Zuschlagskriterien²⁰ zu benennen.

Anforderungen an Mindestanforderungen

(a) Mindestanforderungen

Lässt der AG bei EU-Verfahren Nebenangebote zu, muss er zwingend Mindestanforderungen bestimmen und in den Ausschreibungsunterlagen benennen. Dies dient der Herstellung von Transparenz, welche die Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll.²¹ Darüber hinaus soll die Zulassung von Nebenangeboten die Innovationskraft fördern. Dieser gesetzgeberischen Intention entsprechend sind grundsätzlich Mindestanforderungen zweckmäßig, die Spielraum für eine hinreichend große Variationsbreite in der Ausarbeitung von Alternativvorschlägen lassen (teilweise, z.B. im Straßen- und Brückenbau sind die

¹⁸ § 20 Abs. 1 VOB/A.

¹⁹ § 8 EU Abs. 3 Nr. 3 lit. b VOB/A.

²⁰ § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 VOB/A.

²¹ EuGH, C-421/01 – Traunfellner.

Mindestanforderungen jedoch vorgegeben).²² Die Mindestanforderungen sind diskriminierungsfrei zu wählen. Es wird empfohlen, die Mindestanforderungen für Nebenangebote ausdrücklich und unzweideutig in den Vergabeunterlagen hervorzuheben. Jedenfalls müssen die Mindestanforderungen für den sachkundigen Bieter aus der Gesamtheit der Vergabeunterlagen eindeutig erkennbar sein.²³

Beispiele

Beispiele: Möglich ist z.B. die Bezugnahme auf **Vertragsbedingungen, technische Vorschriften und Richtlinien mit konkretem Projektbezug²⁴, gewerkbezogene Angaben, quantifizierbare Angaben (z.B. Qualität (z.B. bestimmte Materialeigenschaften, Menge der zulässigen Emissionen), Bauzeit).**

Konkretisierungsgrad einzelfallabhängig

Es existieren keine verbindlichen Vorgaben, wie detailliert Mindestanforderungen zu formulieren sind. Dies ist letztlich anhand des Einzelfalls zu beurteilen. Es *sind alle wesentlichen Aspekte* zu regeln. **Empfohlen wird daher, Mindestanforderungen für jedes der vom Auftrag umfassten Gewerke zu formulieren.** Dem AG steht hinsichtlich der Konkretisierung im Einzelfall ein Einschätzungsspielraum zu:

Anhaltspunkte bei der Formulierung von Mindestanforderungen

- Möglich ist das Formulieren von Positiv- und Negativkriterien²⁵ (etwa als Ausschnitt der für Hauptangebote geltenden Vorgaben oder Ausnahmen von den für Hauptangebote geltenden Anforderungen („muss mindestens ... erfüllen“ bzw. „darf... nicht überschreiten“)),
- materielle leistungsbezogene Mindestanforderungen²⁶ (differenziert nach unverzichtbaren Bestandteilen und Nebenleistungen des zu vergebenden Auftrags²⁷; „muss... beinhalten/erfüllen“ bzw. „kann/soll... beinhalten/erfüllen“)
- Schließlich kann sich der AG bei der Formulierung von Mindestanforderungen an der Formulierung einer funktionalen Leistungsbeschreibung (Gebäude einer bestimmten Größe, für einen bestimmten Zweck, mit bestimmten Merkmalen) orientieren.

Nicht ausreichend „gleichwertige“ Leistung

Keinesfalls ausreichend ist:

- Die bloße Forderung nach „gleichwertiger“ Leistung ohne weitere qualitative Angaben,²⁸ da diese jedenfalls keine dem Transparenzgebot entsprechende Wertung zulässt.
 - **Zwar darf der Begriff „gleichwertig“ durchaus verwendet werden, allerdings nur unter Hinzuziehung einer klaren Definition, worauf sich**

²² BGH, X ZB 15/13.

²³ VK Arnsberg, VK 13/2005

²⁴ OLG Brandenburg, Verg W 10/08.

²⁵ VK Bremen, 16 VK 7/13.

²⁶ OLG Rostock, Verg 6/04; OLG Düsseldorf, Verg 106/04; OLG Schleswig, Verg 6/04.

²⁷ OLG Koblenz, 1 Verg 6/10.

²⁸ EuGH, C-421/01 „Traunfellner“; BayObLG, Verg 13/04; OLG Düsseldorf, VII Verg 32/07.

„ausschließlicher“ Rückgriff auf LV

die Gleichwertigkeit bezieht und in welcher Hinsicht das Nebenangebot gleichwertig sein muss.

→ Der ausschließliche Rückgriff auf die Anforderungen, die das LV des AG zum Amtsentwurf macht. Das LV betrifft nur Anforderungen, die an Hauptangebote gestellt werden. Sinn eines Nebenangebotes ist definitionsgemäß jedoch gerade die Abweichung vom Hauptangebot.

Rechtfolge unzureichender Mindestanforderungen

→ Sind die Mindestanforderungen nicht hinreichend bestimmt, sind alle Nebenangebote von der Wertung auszuschließen.²⁹

Anforderungen an Zuschlagskriterien

(b) Zuschlagskriterien

Benennung in Vergabeunterlagen

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. In EU-Verfahren bemisst sich diese Wirtschaftlichkeit anhand der Zuschlagskriterien.³⁰ Die Wertung darf ausschließlich anhand von Zuschlagskriterien vorgenommen werden, welche in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen benannt werden. Erforderlich ist nicht nur die Aufzählung von Zuschlagskriterien, sondern darüber hinaus auch eine inhaltliche Konkretisierung selbiger durch Angabe von Unterkriterien und die Gewichtung der Zuschlagskriterien zueinander. Die Zuschlagskriterien bedürfen zwingend einer **inhaltlichen Verknüpfung** mit dem Auftragsgegenstand.³¹ Das bedeutet, sie dürfen nicht willkürlich festgelegt werden, sondern müssen mit der konkret ausgeschriebenen Leistung in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen.

Zusammenhang mit Ausschreibung

Anwendbarkeit auf Haupt- und Nebenangebote

Regelbeispiele

Darüber hinaus sind sie so zu wählen, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.³² Die Zuschlagskriterien können neben dem Preis und Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigen. Regelbeispiele auf welche sich die Zuschlagskriterien beziehen dürfen sind insbesondere die Qualität, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften; Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder Kundendienst und technische Hilfe sowie Ausführungsfrist.³³ Die Wahl von Zuschlagskriterien ist stark einzelfallabhängig. Die vorstehende Aufzählung dient lediglich als Orientierung. Die Auswahl der einzelnen Kriterien erfolgt immer bezogen auf die konkret zu vergebende Leistung. Der Auftraggeber bestimmt bei jeder einzelnen Auftragsvergabe, welche Gesichtspunkte in seiner Lage und für seine Ziele und Bestrebungen ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis (Zweck-Mittel-Relation)

Einzelfallabhängigkeit

Gewichtung

²⁹ VK Nordbayern, VK-3194-26/13.

³⁰ § 16dEU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A; § 58 VgV.

³¹ § 16dEU Abs. 2 VOB/A.

³² § 35 Abs. 2 Satz 2 VgV, § 8EU Abs. 3 Nr. 3 Satz 4 VOB/A.

³³ § 16dEU zählt in Abs. 2 Nr. 2 VOB/A Regelbeispiele auf; vgl. ebenso § 58 Abs. 2 VgV.

**Unverbindliche
Margenempfehlung**

**Beispiele für mögliche
Zuschlagskriterien**

**Benennung klarer
Zuschlagskriterien**

Bieterverständnis

Vorteile für den AG

**Optional Benennung von
Nachweismöglichkeiten**

kennzeichnen. Das geschieht durch die Wahl von Zuschlagskriterien sowie Unterkategorien und Festlegung ihrer Gewichtung zueinander. Die Gewichtung sollte so gewählt werden, dass kein Kriterium zu einem bloßen „Pro-Forma-Kriterium“ degradiert wird und andererseits sollten Kriterien nicht überproportional ins Gewicht fallen. Es wird daher in der Regel eine Gewichtung (abgesehen vom Preis) von grundsätzlich mind. 5 % und max. 30 % empfohlen. Dies schließt eine höhere oder niedrigere Gewichtung (z.B. des technischen Werts) im Einzelfall ausdrücklich nicht aus.

Beispiele: Preis (Angebotskosten iSv. Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung von Folgekosten (Unterhaltungs-, Betriebskosten, Lebenszykluskosten)), technische Produkteigenschaften, Qualität des Konzepts des Bieters, Berufserfahrung des Leiters (wenn zur Vermeidung von störungsbedingten Kosten erforderlich), Bonuspunkte für das Überbieten der Mindestanforderungen hinsichtlich Schadstoff- und Lärmreduzierung der Maschinen, Bauleistung.³⁴

Die Zuschlagskriterien werden unter der Prämisse aufgestellt, eine transparente und objektivierte Vergleichbarkeit der Nebenangebote herzustellen. Vorrangig soll dem potentiellen Bieter ermöglicht werden, zu verstehen, worauf es bei der Angebotsabgabe ankommt. Hierbei hilft insbesondere eine nachvollziehbare und inhaltlich begründete Untergliederung von Oberkriterien. Außerdem bietet es sich an, sehr allgemeine Kriterien wie „Plausibilität“ oder „schlüssiges Konzept“ näher zu erläutern.

Die präzise Benennung von Zuschlagskriterien bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen dient dazu, voneinander abweichende Nebenangebote schematisch und transparent bewerten zu können. Ein durch die Benennung präziser Zuschlagskriterien möglicher Mehraufwand bei der Angebotserstellung wird zum einen durch eine Zeitersparnis und mehr Rechtssicherheit bei der Angebotswertung, als auch dadurch aufgewogen, dass der Bieterseite durch die hergestellte Transparenz kommuniziert wird, dass die gewählten Zuschlagskriterien vergleichbar und somit objektiv bewertbar sind.

Soweit es sich anbietet kann zur Herstellung von Transparenz neben der Benennung präziser Zuschlagskriterien überdies eine Möglichkeit benannt werden, wie der Bieter die Erfüllung dieses Zuschlagskriteriums nachweisen kann. Dies könnte bspw. wie folgt aussehen:

Zuschlagskriterium, z.B.	Nachweis, z.B.
Wirtschaftlichkeit der gewählten Machart	Aufzeigen der Betriebs- und Unterhaltskosten für x Jahre; ggf. Vorgabe einer zu vervollständigenden Formel

³⁴ Im Übrigen genannte Regelbeispiele in § 16dEU Abs. 2 VOB/A.

Bauleistungsleistungen	- Aufzeigen eines „plausiblen“ ³⁵ Projektablaufplans
	- garantierter Fertigstellungszeitpunkt

(2) Nationale Verfahren

Für nationale Verfahren gelten die soeben genannten Anforderungen nicht in gleicher Weise.³⁶ Mindestanforderungen sind nicht zwingend zu benennen.³⁷ Vielmehr wird unterstellt: Jedes Unternehmen, das sich geeignet fühlt, einen ausgeschriebenen Auftrag auszuführen, ist imstande auf der Grundlage der aus den Vergabeunterlagen ersichtlichen sachlich-technischen Anforderungen an die gewünschte Leistung ein Nebenangebot auszuarbeiten, wenn der AG dafür einen pauschalen Rahmen dergestalt vorgibt, dass ein Nebenangebot alle Leistungen umfassen muss, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Optional Benennung von Mindestanforderungen

ABER: jedenfalls interner Entscheidungsmaßstab

Benennung von Zuschlagskriterien

Gleichwohl hat auch der AG eines nationalen Verfahrens die Möglichkeit Mindestanforderungen zu bestimmen. Insbesondere darf die fehlende Pflicht zur Formulierung von Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen nicht zu dem Trugschluss führen, dass der AG einen Auftrag willkürlich vergeben dürfe. Vielmehr muss auch er eine rechtliche Vergleichbarkeit der Angebote inklusive der Nebenangebote erzeugen, indem er, wenn auch nur intern, einen Bewertungsmaßstab aufstellt. Sofern dies nicht durch Mindestanforderungen erfolgt, ist auf die qualitative (Erfüllung des Leistungsprogrammes, bezogen auf den gesamten Zeitraum des Projektes) und quantitative (selber Leistungsumfang, wie gefordert?) Vergleichbarkeit des Nebenangebotes mit der geforderten Leistung abzustellen.

Auch wenn die Formulierung von Zuschlagskriterien in der VOB/A nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sollte sowohl bei der nationalen Vergabe von Bauleistungen (und ebenso auch von Liefer- und Dienstleistungen)³⁸ Zuschlagskriterien benannt werden. Der Zuschlag soll auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder

³⁵ Wobei an dieser Stelle auszuführen wäre, woraus sich die Plausibilität ergibt.

³⁶ BGH, X ZR 55/10; EuGH, C-147 und 148/06, VergabeR 2008, 625 Rn. 19 SECAP und Santoroso.

³⁷ Aus der Formulierung in § 42 Abs. 2 UVgO, wonach der Auftraggeber, sofern er Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgegeben hat, nur Angebote berücksichtigen darf, welche die verlangten Mindestanforderungen erfüllen, folgt im Umkehrschluss, dass diese nicht zwingend vorgegeben werden müssen.

³⁸ Hier ausdrücklich: § 43 Abs. 6 UVgO.

Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint.³⁹ Entsprechend dieser Gesichtspunkte sollten Zuschlagskriterien zu benannt werden.

8. Anforderungen an das Nebenangebot

Der Bieter hat die „Gleichwertigkeit“ eines Nebenangebotes mit dem Angebot nachzuweisen.⁴⁰ Wie dieser Nachweis zu erbringen ist, hängt in erster Linie davon ab, ob es sich um ein EU- oder nationales Verfahren handelt:

„Gleichwertigkeit“ des Nebenangebots

EU-Verfahren

- Für **EU-Verfahren** gilt: die Erfüllung der **obligatorisch** zu benennenden **Mindestanforderungen** ist bei der Abgabe von Nebenangeboten mit Angebotsabgabe nachzuweisen.⁴¹

Nationale Verfahren

- Für **nationale Verfahren** gilt:
- **Soweit freiwillig** Mindestanforderungen aufgestellt werden muss deren Erfüllung mit Angebotsabgabe nachgewiesen werden.⁴²
 - **Soweit keine** Mindestanforderungen benannt werden oder nicht hinsichtlich aller ausgeschriebenen Gewerke, ist mit Angebotsabgabe die Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Leistungsverzeichnis nachzuweisen.

Vorgabe aus VHB Teil 2 Formblatt 212 Nr. 5.1

*„Nebenangebote müssen die **geforderten [bei EU-Verfahren obligatorisch, bei nationalen Verfahren optional] Mindestanforderungen erfüllen. Im Übrigen [also soweit bei nationalen Verfahren keine Mindestanforderungen aufgestellt wurden] müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ **gleichwertig** sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.“***

a. Darlegungspflicht bzgl. Mindestanforderungen bzw. Gleichwertigkeit

(1) Grundsätzliche Pflicht des Bieters

Angebotsausgestaltung

Es gilt: ein Nebenangebot ist vom Bieter inhaltlich so auszugestalten, dass der AG dieses ohne weiteres prüfen und werten kann.⁴³ Hierzu hat der Bieter das Nebenangebot eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.⁴⁴ Hinsichtlich der Darlegungstiefe sollte sich der Bieter an der Leistungsbeschreibung des AG orientieren und deren Niveau zumindest nicht unterschreiten.⁴⁵ Die Leistungsangaben des Bieters

Darlegungstiefe

³⁹ § 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A; § 43v Abs. 1 und 2 UVgO.

⁴⁰ § 13 Abs. 2 Satz 3 VOB/A bzw. VOB/A-EU; Vgl. auch VHB Formblatt 212 Nr. 5.1; BayObLG VergabeR 2003,207; OLG Brandenburg, VergabeR 2003,70.

⁴¹ VK Bremen, 16 VK 7/13; OLG Koblenz VergabeR 2003, 72, 74; BayObLG VergabeR 2003, 207, 215.

⁴² § 42 Abs. 2 UVgO.

⁴³ BayObLG, VergR 2003, 70 f.

⁴⁴ Vgl. OLG Frankfurt VergabeR 2002, 389; OLG Brandenburg VergabeR 2003, 70; OLG Koblenz VergabeR 2003, 72; OLG Koblenz VergabeR 2003, 699; VK Bund, VK 1-11/03; OLG München VergabeR 2010, 246.

⁴⁵ OLG Koblenz, VergabeR 2003, 72.

müssen somit hinsichtlich des Inhalts und der Eindeutigkeit den Anforderungen genügen, die die VOB/A bzw. UVgO im umgekehrten Fall an den AG für die Ausarbeitung und Aufstellung einer Leistungsbeschreibung stellt.⁴⁶

Unterlagen Dritter

Dabei geht es nicht um eine objektive Beweisführung. Unterlagen von dritter Seite (anerkannte Prüfberichte, Zulassungen oder Sachverständigengutachten) müssen nicht zwingend vorgelegt werden.⁴⁷

„Mindestangaben“ im Nebenangebot

Abhängig vom konkreten Beschaffungsvorhaben können unter anderem folgende Angaben erforderlich werden:

- Darstellung der Vollständigkeit des Nebenangebotes
- Hervorhebung der Abweichungen vom Amtsentwurf, soweit vorhanden⁴⁸
- Technische Ausführbarkeit (wenn Leistung nicht in ATV oder Vergabeunterlagen geregelt ist)
- Erfüllung der einschlägigen technischen Vorschriften
- Kein Verstoß des Nebenangebotes gegen zwingende Vorgaben der Vergabeunterlagen
- Wirtschaftlichkeit des Nebenangebotes (Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme⁴⁹)).
- Angemessenheit des Preises in Relation zu der vom Bieter abweichend angebotenen Leistung
- Ermittlung der wertungserheblichen Vor- und Nachteile des Nebenangebotes gegenüber dem Amtsentwurf
- Erfüllung der Mindestanforderungen, bei nationalen Bauvergaben ggf. auch Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf
- Zweckdienlichkeit der abweichend vorgeschlagenen Lösung⁵⁰

Beschränkte Nachforschungspflicht des AG

(2) Nachforschung durch den Auftraggeber

Weist der Bieter die Erfüllung der Mindestanforderungen, bzw. (bei nationalen Bauvergaben) ggf. auch der Gleichwertigkeit nicht mit dem Nebenangebot nach, so besteht im Regelfall keine umfassende Prüfpflicht des AG. Zur Ermittlung der Erfüllung der Mindestanforderungen, bzw. ggf. der Gleichwertigkeit sind Nachforschungen nur im Rahmen der verfügbaren Erkenntnismöglichkeiten und innerhalb der zeitlichen Grenzen der

⁴⁶ VK Südbayern, 36-0/03; 29-07/02.

⁴⁷ Anders BayObLG VergabeR 2003, 207; Beck'scher VOB-Komm/Prieß A § 21 Rn. 47.

⁴⁸ VK Lüneburg IBR 2013, 100.

⁴⁹ VHB Formblatt 212, Nr. 5.3.

⁵⁰ VK Nordbayern, 320.VK-3194-49/04.

Zuschlags- und Angebotsbindungsfrist anzustellen.⁵¹ Zu diesem Zweck darf der AG nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter Aufklärung verlangen, um sich z.B. über die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.⁵² Relevante Informationen die der Vergabestelle unabhängig vom Angebot bekannt sind dürfen verwandt werden.

Nachforderung nur möglich,
soweit Wertung nicht betroffen

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, den Nachweis über die Erfüllung der Mindestanforderungen, bzw. ggf. der Gleichwertigkeit nachträglich zur Angebotsabgabe zu erbringen. Ein Nebenangebot ist zunächst einmal lediglich dann zwingend auszuschließen, wenn die Abweichung vom Amtsentwurf nicht eindeutig im Angebot bezeichnet ist, nicht jedoch, wenn die Mindestanforderungen, bzw. ggf. die Gleichwertigkeit nicht zu diesem Zeitpunkt nachgewiesen werden.⁵³

Keine Nachforschungspflicht,
wenn

- **Angebotsmangel unheilbar, weil er wertungsrelevante Tatsache betrifft**

Es gibt jedoch Fälle, in denen das Fehlen von Angaben nicht heilbar ist und das Angebot daher zwingend auszuschließen ist. Nicht heilbar ist das Fehlen von Angaben, welche wertungsrelevant sind.⁵⁴ Hiernach führt das Fehlen einer wertungsrelevanten Angabe zwingend zum Angebotsausschluss. In diesen Fällen entfällt damit auch die entsprechende Nachforschungspflicht des AG.

- **Fehlerhafte/
unzureichende Nachweise**

Dies können **z.B.** fehlende geforderte Fabrikats-, Erzeugnis-, Typenangaben⁵⁵ oder der Angebotspreis sein. Das Fehlen von Fabrikats-, Erzeugnis-, oder Typenangaben ist jedoch ausnahmsweise dann nicht wertungsrelevant und kann folglich nachgeholt werden, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist.⁵⁶ Die vorstehenden Grundsätze gelten für Haupt- wie Nebenangebote.⁵⁷

Zuschlagsfähigkeit des Angebots

Außerdem darf auch dann **nicht nachgeforscht** werden, wenn zwar Nachweise vorgelegt wurden, diese jedoch **fehlerhaft/unzureichend** sind (z.B. nicht ausgefüllte Formblätter).⁵⁸ Die Nachforderungspflicht des AG dient lediglich dazu, fehlende Unterlagen zu erhalten, nicht jedoch dazu, dem Bieter die Möglichkeit einzuräumen, erfolgte Ausführungen nachzubessern und fehlerhafte Angaben zu ersetzen, um sein Angebot dadurch zuschlagsfähig zu machen.⁵⁹

⁵¹ OLG Naumburg, 1 Verg 4/99; BayObLG, Verg 17/01; vgl. auch OLG München, NJW-RR 1997, 1514 [1515].

⁵² § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A; §§ 35 Abs. 4, 44 Abs. 1 UVgO.

⁵³ Vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A, § 13 Abs. 2 Satz 2 nicht jedoch Satz 3 VOB/A; § 38 Abs. 10 Satz 3 UVgO.

⁵⁴ BayObLG IBR 2004, 582; BayObLG IBR 2004, 712.

⁵⁵ OLG Frankfurt am Main ZfBR 2009, 704, VK Sachsen-Anhalt, 3 VK LSA 75/14.

⁵⁶ OLG Brandenburg, Verg W 12/11; VK Südbayern, Z3-3-3194-1-05-01/15.

⁵⁷ OLG Naumburg: 2 Verg 15/11.

⁵⁸ VK Südbayern, Z3-3-3194-1-38-10/13; VK Sachsen-Anhalt, 3 VK LSA 7/15.

⁵⁹ VK Lüneburg, VgK-34/2013.

b. Bestimmtheitsgrundsatz

Darüber hinaus muss das Angebot dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, also mit einem bloßen ‚Ja‘ angenommen werden können. Ein Nebenangebot muss zu diesem Zweck alle Daten enthalten, die nötig sind, damit der AG sich ein klares Bild über den Inhalt verschaffen und so gewährleisten kann, dass das Angebot nicht ‚manipuliert‘ werden kann. Dies setzt eine vollständige, übersichtliche und nachvollziehbare Präsentation der Angebote durch die Bieter unter Berücksichtigung der speziellen subjektiven Anforderungen und vorhersehbaren möglichen Bedenken und Einwände des AG voraus.⁶⁰ Dies umfasst preisliche Auswirkungen des Nebenangebotes, neben dem Angebotspreis auch die Betriebs- und Folgekosten. Fehlen in einem Nebenangebot solche Daten oder sind sie derart allgemein gehalten, dass ein Vergleich mit anderen Angeboten nicht möglich ist, so ist das Nebenangebot auszuschließen. Darüber hinaus sind auch bedingte Nebenangebote, deren Bedingungseintritt vom Bieter abhängig ist, unzulässig. Aus den vorgenannten Gründen empfiehlt es sich, auch bei nationalen Vergaben klare Mindestanforderungen zu benennen.

Risiko der Annahmefähigkeit

Zur deutlichen Klarstellung: Nebenangebote müssen ebenso eindeutig sein, wie Hauptangebote. Während sich der Bieter bei der Abgabe eines Hauptangebotes auf die Eindeutigkeit des Amtsentwurfes verlassen kann, übernimmt er bei der Erstellung eines Nebenangebotes selbst das Risiko, dass sein Angebot annahmefähig ist. Auch Nebenangebote werden nicht nachverhandelt und nur im auch für Hauptangebote zulässigen Rahmen aufgeklärt.

9. Prüfung und Wertung von Nebenangeboten

Bei der Wertung von zulässigen Nebenangeboten ist im Vergleich zur Prüfung von Hauptangeboten ein weiterer Prüfungsschritt erforderlich. Abhängig davon, ob es sich um ein EU-Verfahren oder ein nationales Verfahren mit der Angabe von Mindestanforderungen oder um ein nationales Verfahren ohne die Angabe von (hinreichenden, gewerkbezogenen) Mindestanforderungen handelt, geht der Wirtschaftlichkeitsprüfung in einem ersten Schritt die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen, bzw. ggf. der Gleichwertigkeit voraus.

Schritt 1:

Prüfungsschema

- a) EU-Verfahren oder nationale Verfahren mit benannten Mindestanforderungen: **Erfüllung der Mindestanforderungen** des AG aus dem Leistungsverzeichnis?

ODER

⁶⁰ OLG Naumburg, IBR 2000, 105, BayObLG, NZBau 2001, 118.

- b) Nationales Verfahren ohne (hinreichende, gewerkbezogene) Mindestanforderungen: ggf. **Gleichwertigkeit** des Nebenangebotes mit dem Hauptangebot objektiv gegeben?

Erläuterung

Schritt 2: Wirtschaftlichkeitsvergleich mit dem wirtschaftlichsten Hauptangebot bzw. anderen wertbaren Nebenangeboten

Zu Schritt 1: Mindestanforderungen oder Gleichwertigkeit

Rechtsfolge, wenn
Mindestanforderungen nicht
erfüllt werden

a. Erfüllung der Mindestanforderungen (EU-Verfahren (ausnahmsweise nationale Verfahren))

Nebenangebote bei EU-Verfahren, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sind zwingend auszuschließen.⁶¹ Gleiches gilt für nationale Verfahren, für welche freiwillig Mindestanforderungen formuliert werden. Die entsprechende Rechtsfolge: Der AG darf Nebenangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, nicht werten.⁶²

Anforderungen an die
Gleichwertigkeit, wenn keine
(hinreichenden)
Mindestanforderungen

b. Gleichwertigkeitsprüfung (nationale Verfahren)

Werden bei nationalen Verfahren keine (hinreichenden) **Mindestanforderungen** in Bezug auf die Angaben in den Vergabeordnungen formuliert, findet **zwingend eine Gleichwertigkeitsprüfung** statt. Die Gleichwertigkeit muss soweit das Nebenangebot von geforderten technischen Spezifikationen abweicht in Hinblick auf das geforderte Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit bestehen.⁶³ Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind **Qualität und Quantität (z.B.** in technischer, wirtschaftlicher, terminlicher, gegebenenfalls gestalterischer usw. Hinsicht).⁶⁴ Ob nach diesen Kriterien Gleichwertigkeit vorliegt ist nicht in Bezug auf jede einzelne Leistungsposition, sondern **in Bezug auf das ‚Gesamtpaket‘ zu beurteilen.**

Abweichung von technischen
Spezifikationen → Einhaltung
des Schutzniveaus

Qualitative Gleichwertigkeit

Zur Beurteilung der qualitativen Gleichwertigkeit ist zu prüfen, ob mit dem Nebenangebot der Zweck, den der AG mittels der nachgefragten Leistung erreichen will, erreicht werden kann. Dieser Zweck muss ggf. durch Auslegung der Leistungsbeschreibung bestimmt werden.⁶⁵ Es ist nicht nur die Qualität im Rahmen des Herstellungsprozesses zu bewerten, sondern auch, inwieweit die Leistung aus dem Nebenangebot während der kalkulierten Lebens- und

Beispiele

⁶¹ § 16 EU Nr. 5 VOB/A.

⁶² § 42 Abs. 2 UVgO.

⁶³ § 13 Abs. 2 VOB/A.

⁶⁴ VHB Teil 2 Formblatt 212 Nr. 5.1.

⁶⁵ OLG Brandenburg, Verg W 10/08; OLG Jena VergabeR 2004, 525; OLG Schleswig VergabeR 2005, 357; OLG Celle, 13 Verg 11/07; OLG Hamm, 24 U 39/05; OLG Schleswig VergabeR 2005, 357; OLG Zweibrücken, 4 U 184/02; OLG Celle, 13 Verg 13/02 NZBau 2003, 232 (Ls.); OLG Koblenz VergabeR 2003, 72; OLG Naumburg, Verg 4/99; VK Bund, VK 1-07/02, VK 1-09/02.

Nutzungsdauer des Bauwerks unterschiedliche Auswirkungen hat⁶⁶ (z.B. störungsanfälliger, größerer Wartungsaufwand, höherer Verschleiß, frühere Renovierungsbedürftigkeit⁶⁷).

Empfehlung der zSKS

Die Prüfung der qualitativen Gleichwertigkeit ist insbesondere deswegen problematisch, da es vielfach schwierig sein dürfte, das Erfolgsrisiko (z.B. wirkliche Tauglichkeit des Nebenangebotes, Vereinbarkeit mit Folgegewerken, Folgekostenanfälligkeit und Nachtragsrisiko) einzuschätzen.

Aus diesem Grund wird auch bei nationalen Vergaben empfohlen, konkrete Mindestanforderungen für Nebenangebote zu formulieren und sich hierbei, soweit erforderlich, auf konkrete Aspekte des LV als zwingende Voraussetzung festzulegen. Je konkreter die Mindestanforderungen formuliert sind, desto einfacher lassen sie sich feststellen. Durch etwas mehr Aufwand in der Phase der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen kann mithin in der Prüfungsphase der Zeitaufwand für die Prüfung von Nebenangeboten verringert und rechtssicherer gestaltet werden.

Quantitative Gleichwertigkeit

Die quantitative Gleichwertigkeit beurteilt sich nach dem geforderten Leistungsumfang.⁶⁸ Quantitative Gleichwertigkeit fehlt, wenn das Angebot einen deutlich reduzierten Leistungsumfang⁶⁹ (Abmagerungsangebot) enthält (z.B. die nach der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Mengensätze werden unterschritten.⁷⁰) Es liegt hingegen kein abgemagertes Nebenangebot vor, wenn erkennbar Überkapazitäten gefordert werden, und ein Bieter daraufhin nicht diese Überkapazität anbietet, sondern den geschuldeten Erfolg mit einem geringeren Aufwand.⁷¹

Schritt 1 erfüllt? → Sonst zwingender Ausschluss

Fehlt es bei dem Nebenangebot nach diesen Kriterien bereits an der Erfüllung der Mindestanforderungen, bzw. ggf. der Gleichwertigkeit, kommt es auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung nicht mehr an. Das Nebenangebot ist zwingend auszuschließen.

Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot

Zu Schritt 2: Wirtschaftlichkeitsprüfung

Sind die Mindestanforderungen, bzw. ggf. die Gleichwertigkeit erfüllt, schließt sich der, auch für den Vergleich von Hauptangeboten, erforderliche Schritt der Wirtschaftlichkeitsprüfung an. Den Zuschlag erhält das Nebenangebot, wenn es trotz (oder wegen) der Abweichungen vom LV am wirtschaftlichsten ist.⁷² Das „wirtschaftlichste Angebot“ im Sinne des Vergaberechts meint das Angebot, welches bei Berücksichtigung aller im konkreten Fall wesentlichen Aspekte das

→ Bestes Preis-Leistungs-Verhältnis

⁶⁶ VK Brandenburg, VK 3/02; VK Schleswig-Holstein, VK-SH 37/04.

⁶⁷ Vgl. auch VK Baden-Württemberg, 1 VK 50/02.

⁶⁸ OLGReport Hamm 2006, 105.

⁶⁹ BayObLG, Verg 6/00; BauR 2001, 92.

⁷⁰ VK Sachsen, 1/SVK/048-02, IBR 2002, 563.

⁷¹ VK Baden-Württemberg, 1 VK 03/04.

⁷² BGH, X ZR 67/00.

Vorteil aussagekräftiger Zuschlagskriterien

beste Preis-Leistungs-Verhältnis bietet⁷³ oder, da bei der Angebotswertung nicht nur der Angebotspreis, sondern z. B. auch Folge- und Betriebskosten berücksichtigt werden dürfen, das günstigste Kosten-Nutzen-Verhältnis bzw. die günstigste Zweck-Mittel-Relation beinhaltet.

Die Wertung erfolgt anhand der ‚Zuschlagskriterien‘, welche bereits bei der Ausschreibung mitsamt ihrer Gewichtung anzugeben sind.⁷⁴ In diesem Zusammenhang zeigt sich die Relevanz der Formulierung „aussagekräftiger Zuschlagskriterien“ bei der Erstellung der Vergabeunterlagen.⁷⁵ Die Zuschlagskriterien dienen dazu, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihren technischen-funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen hinaus ***nachvollziehbar und überprüfbar*** mit dem nach dem Amtsvorschlag vorausgesetzten Standard zu vergleichen. Auf dieser Basis soll das wirtschaftlichste Angebot ermittelt und dabei gegebenenfalls auch eingeschätzt werden, ob ein preislich günstigeres Nebenangebot mit einem solchen Abstand hinter der Qualität eines dem Amtsvorschlag entsprechenden Hauptangebots zurückbleibt, dass es nicht als das wirtschaftlichste Angebot bewertet werden kann.⁷⁶

Für nationale Verfahren wird der Zuschlag auf das Angebot erteilt, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Die Benennung der Zuschlagskriterien schafft Transparenz und macht die Wertung für den öffentlichen AG leichter handhabbar.

EU-Verfahren: Eingeschränkte Überprüfbarkeit

10. Überprüfbarkeit der Wertungsentscheidung

Die Wertung von Nebenangeboten ist durch die nachprüfende Stelle, bei EU-Verfahren die Vergabekammer bzw. der Vergabesenat des zuständigen OLG, hinsichtlich qualitativer Merkmale nur eingeschränkt überprüfbar. Die Entscheidung des AG ist nur dahingehend zu überprüfen, ob er seinen Beurteilungsspielraum erkannt hat (weiß der AG, dass er nicht nur eine bestimmte Entscheidung treffen kann?), die Grenzen des Beurteilungsspielraumes eingehalten (hält sich der AG innerhalb der durch die Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Rahmenbedingungen (Mindestanforderungen, Zuschlagskriterien, LV) und nicht von sachfremden Erwägungen ausgegangen ist (hat der AG eine willkürliche Entscheidung getroffen, welche sich nicht sachlich begründen lässt?).

⁷³ Begründung RegE VgRÄG BT-Drucks. 13/9340 S. 14.

⁷⁴ § 58 Abs. 3 VGV, § 16dEU Abs. 2 Nr. 1 Satz 1VOB/A; § 43 Abs. 2, 6 UVgO.

⁷⁵ BGH KommJur 2014, 185.

⁷⁶ BGH, X ZB 15/13.

**Nationale Verfahren: kein
Rechtsweg eröffnet**

- **Beschwerden**
- **„Vermittlung“ durch zSKS**

Eine Überprüfung nationaler Verfahren durch die Vergabekammer/das Oberlandesgericht findet nicht statt. Mit Beschwerden wird im Rahmen der Fachaufsicht umgegangen. Zudem kann die zentrale Service- und Koordinierungsstelle für Bauvergaben beim Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen bei Fragen über das Vergabeverfahren kontaktiert werden