

Das Aussterben der Nebenangebote bei der Bauvertragsvergabe und der daraus resultierende volkswirtschaftliche Schaden

Rechtsanwalt Dr. Hermann Lubert,
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Nürnberg*

1. Einleitung

Durch den Beschluss des BGH vom 07.01.2014 - X ZB 15/13 ist höchstrichterlich entschieden, dass bei Vergabeverfahren über den Schwellenwerten, bei denen der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist, Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden dürfen. Was früher gängige Praxis war, ist nicht mehr zulässig.

Bei Bauvertragsvergaben bedeutet dies für die öffentlichen Auftraggeber bzw. deren beauftragte Architekten- und Ingenieurbüros, dass sie Zuschlagskriterien ausarbeiten müssen, um Nebenangebote zulassen und werten zu dürfen. Dieses Aufstellen von Zuschlagskriterien ist nicht einfach und verursacht zusätzlichen Aufwand. Darüber hinaus müssen für Nebenangebote noch Mindestanforderungen aufgestellt werden, was ebenfalls schwierig und aufwändig ist.

Dieser zusätzliche Aufwand führt bei den Erstellern von Vergabeunterlagen naturgemäß zu der Tendenz, Nebenangebote generell nicht mehr zuzulassen. Welcher Architekt und Ingenieur, der für einen öffentlichen Auftraggeber die Vergabeunterlagen erstellt, betreibt schon gerne einen zusätzlichen Aufwand, für den er keine Vergütung erhält und der zusätzliche Haftungsrisiken birgt. Da ist es einfacher, Nebenangebote nicht zuzulassen. Dies ist aber eine Entwicklung, die kontraproduktiv ist. Sie führt zu einem volkswirtschaftlichen Schaden.

2. Nebenangebote fördern den Wettbewerb und dienen dem Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung

Nebenangebote sind wettbewerbspolitisch und preislich erwünscht.¹ Der Auftraggeber soll davon profitieren, dass einige Bieter den vom Auftraggeber angestrebten Beschaffungserfolg auf einem alternativen Weg erreichen möchten, den der Auftraggeber nicht erkannt hat oder nicht erkennen konnte.² Sinn und Zweck der Zulassung von Nebenangeboten besteht darin, das unternehmerische Potenzial der für die Deckung des Vergabebedarfs geeigneten Bieter dadurch auszuschöpfen, dass der Auftraggeber Vorschläge für alternative Lösungen erhält, auf die seine eigenen Mitarbeiter gerade deshalb nicht kommen konnten, weil sie nicht über dieselbe Fachkunde wie die Bieter verfügen.³ Der Bieter hat die Chance, sich gegenüber seinen Mitbewerbern durch innovative, kostengünstigere Lösungen besser zu positionieren und sich dadurch aus der Masse der Bewerber abzuheben.⁴

Nebenangebote und Änderungsvorschläge sind beim förmlichen Vergabeverfahren ein unentbehrliches Mittel, um von den in den Vergabungsunterlagen enthaltenen Vorgaben des Auftraggebers

abweichende Vorstellungen oder Vorschläge der Bieter berücksichtigen zu können.⁵ Beim förmlichen Vergabeverfahren wird die Leistung vom Auftraggeber im Einzelnen vorgegeben und der Bieter kann in sein Angebot nur die Preise und die geforderten Erklärungen einfügen.⁶ Nach Ablauf der Angebotsfrist, also mit Beginn der Öffnung der Angebote im Eröffnungstermin sind nachträgliche Veränderungen des Angebotsinhalts nicht mehr möglich. Denn es ist dem offenen Verfahren immanent, dass nach Ablauf der Angebotsfrist die Angebotsinhalte nicht neu festgelegt werden dürfen.⁷ Das betrifft nicht nur Preisangaben, sondern auch Angaben zum Leistungsoll.⁸

Die Zulassung von Nebenangeboten ermöglicht es den Bietern, eigene Erfahrungen und Ideen einzubringen und führt damit nicht nur zu einem Mehr an Wettbewerb sondern zu erheblichen Einsparungen, technischen Innovationen und anderen Rationalisierungseffekten, was den vergaberechtlichen Zwecken der kostengünstigen Beschaffung und der effizienten Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zu Gute kommt.⁹ Der Auftraggeber kann ohne Nebenangebote nicht feststellen, ob auf dem Markt eine technisch bessere oder wirtschaftlich vorteilhaftere Ausführung der Leistung, als er sie vorgegeben hat, angeboten wird und die Bieter können eine gegebenenfalls bessere Lösung der Bauaufgabe nicht vorschlagen und die sich daraus ergebenden Vorteile können beide Parteien nicht nutzen.¹⁰ Um diese allgemeine unerwünschte, aber im förmlichen Verfahren unvermeidbare Verengung der Angebotspalette soweit als möglich auszugleichen, sollen Nebenangebote in der Regel zugelassen werden.¹¹ Auftraggeber sollten im eigenen Interesse das in den Unternehmen vorhandene Know-how durch Zulassung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten nutzen.¹² Ein Ausschluss von Nebenangeboten ist nur zu rechtfertigen, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Gross Lubert in Nürnberg.

1 Dicks, *VergabeR* 2012, 318, 324.

2 Wagner/Steinkemper, *NZBau* 2004, 253, 255.

3 Vgl. BGH, Urteil vom 30.08.2011 - X ZR 55/10.

4 Wagner/Steinkemper, *NZBau* 2004, 253, 255.

5 Lampe-Helbig/Wörmann, *Handbuch der Bauvergabe*, 2. Auflage, München 1995, S. 66, RdNr. 134.

6 Lampe-Helbig/Wörmann, S. 66, RdNr. 134.

7 Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 23.02.2012 - 2 Verg 15/11.

8 OLG Naumburg, Beschluss vom 23.02.2012 - 2 Verg 15/11.

9 Frister, *VergabeR* 2011, 295, 303.

10 Vgl. Lampe-Helbig/Wörmann, S. 66, RdNr. 134.

11 Lampe-Helbig/Wörmann, S. 66, RdNr. 134.

12 Marbach, *BauR* 2000, 1643, 1644.

Trotz dieser positiven Effekte der Nebenangebote wurde deren Handhabung in den letzten Jahren komplizierter und aufwändiger. Es wurden neue Vergaberegeln eingeführt, die den Umgang mit Nebenangeboten erschweren, statt ihn zu erleichtern.

3. Nebenangebote verursachen einen zusätzlichen Aufwand

Im Bereich der Bauvertragsvergaben über den Schwellenwerten hat der Auftraggeber bei Nebenangeboten einen höheren Aufwand als früher. Er muss Nebenangebote ausdrücklich zulassen und weiterhin hierfür Mindestanforderungen ausarbeiten. Es müssen aussagekräftige Zuschlagskriterien und deren Gewichtung festgelegt werden und in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt werden.

Bei der Wertung der Angebote dürfen nur die bekannt gemachten Kriterien und deren Gewichtung berücksichtigt werden, § 17 EG Abs. 7 Satz 1 VOB/A. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Wertung immer aufwändiger und schwieriger wird, je mehr Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sind. Und die Zuschlagsentscheidung bietet dann auch mehr Angriffspunkte für ein Nachprüfungsverfahren.

4. Nebenangebote müssen ausdrücklich zugelassen werden

Seit der Ausgabe 2012 der VOB/A muss der Auftraggeber Nebenangebote bei Bauvertragsvergaben über den Schwellenwerten ausdrücklich zulassen. Bislang waren Nebenangebote sowohl im Bereich der Basisparagrafen als auch in Abschnitt 2 der VOB/A immer zulässig, es sei denn der Auftraggeber hatte sie ausdrücklich nicht zugelassen, § 8 Abs. 2 Nr. 3, § 16 Abs. 8 VOB/A (2009). Nunmehr bedürfen sie der ausdrücklichen Zulassung. Dies ergibt sich aus § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 VOB/A (2012) und aus § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 e VOB/A (2012).

5. Für Nebenangebote müssen Mindestanforderungen festgelegt werden

Aufgrund der Vergabe-Richtlinie 2004/18/EG und der Rechtsprechung des EuGH¹³ (Traunfellner) enthält das deutsche Vergaberecht seit einigen Jahren Regelungen zu Mindestanforderungen bei Nebenangeboten im Rahmen von Bauvertragsvergaben.

Seit der Ausgabe 2006 der VOB/A darf der Auftraggeber bei Bauvertragsvergaben über den Schwellenwerten ein Nebenangebot nur berücksichtigen, wenn dieses die Mindestanforderungen erfüllt, die der Auftraggeber hierfür verlangt hat. Bis zur Ausgabe 2002 war eine solche Regelung im Abschnitt 2 (Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Baukoordinierungsrichtlinie) nicht enthalten. Lediglich Abschnitt 3 (Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der Sektorenrichtlinie) enthielt in § 25 b Abs. 3 die Regelung, dass der Auftraggeber den Zuschlag nur auf solche Nebenangebote erteilen darf, die den Mindestanforderungen entsprechen, sofern er - und nur dann - vorher an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt hatte. Bis zur Ausgabe 2006 der VOB/A spielten die Min-

destanforderungen bei Nebenangeboten bei dem überwiegenden Anteil der EG-Bauvertragsvergaben praktisch keine Rolle.

Ab der Ausgabe 2006 der VOB/A wurden zusätzliche Regelungen eingeführt für Nebenangebote bei Bauvertragsvergaben über den Schwellenwerten. Nach § 25a Abs. 3 VOB/A (2006), § 16a Abs. 3 VOB/A (2009) darf der Auftraggeber nur solche Nebenangebote berücksichtigen, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen. In § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 lit b VOB/A (2012) ist vorgegeben, dass bei zugelassenen Nebenangeboten die Mindestanforderungen im Anschreiben anzugeben sind. Nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit e VOB/A (2012) sind Nebenangebote auszuschließen, die den Mindestanforderungen nicht entsprechen. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgeben muss, wenn er Nebenangebote zulassen und werten möchte.

In Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG ist geregelt:

(3) Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so nennen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind.

(4) Die öffentlichen Auftraggeber berücksichtigen nur Varianten, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen.

Der vom Europäischen Parlament angenommene Text der kurz vor der Verabschiedung stehenden Richtlinie, die die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ersetzen soll, sieht in Erwägungsgrund 45 vor:

Es sollte klargestellt werden, dass es sich bei den Mindestanforderungen, die vom öffentlichen Auftraggeber festzulegen sind, um jene (insbesondere physischen, funktionellen und rechtlichen) Bedingungen und wesentlichen Merkmale handelt, die jedes Angebot erfüllen beziehungsweise aufweisen sollte, damit der öffentliche Auftraggeber den Auftrag im Einklang mit dem gewählten Zuschlagskriterium vergeben kann.

In Erwägungsgrund 48 steht:

Aufgrund der Bedeutung von Innovation sollten die öffentlichen Auftraggeber aufgefordert werden, so oft wie möglich Varianten zuzulassen. Die öffentlichen Auftraggeber sollten folglich darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Mindestanforderungen für Varianten definiert werden müssen, bevor angegeben wird, dass Varianten eingereicht werden können.

Der Artikel 45 der neuen Richtlinie wird voraussichtlich lauten:

Artikel 45

Varianten

1. Die öffentlichen Auftraggeber können den Bietern die Möglichkeit einräumen oder ihnen vorschreiben, Varianten vorzulegen. Sie weisen in der Bekanntmachung oder - wenn eine Bekanntmachung einer Vorinformation als Aufruf zum Wettbewerb verwendet wird - in der Aufforderung zur Interessensbestätigung darauf hin, ob sie Varianten zulassen oder verlangen oder nicht.

¹³ EuGH, Urteil vom 16.10.2003 - C - 421/01 (Traunfellner GmbH/Asfinag, Republik Österreich).

Fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Varianten zugelassen. Varianten müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

2. Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu oder schreiben sie diese vor, so nennen sie in den Auftragsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind - insbesondere ob Varianten nur vorgeschlagen werden dürfen, wenn auch ein Angebot, das keine Variante ist, eingereicht wurde. Auch sorgen sie dafür, dass die gewählten Zuschlagskriterien sowohl auf die Varianten angewandt werden können, die diese Mindestanforderungen erfüllen, als auch auf übereinstimmende Angebote, die keine Varianten sind.

Sollte es bei dem vom Europäischen Parlament angenommenen Text der neuen „Vergabekoordinierungsrichtlinie“ verbleiben, wird sich wohl an der Rechtslage für Nebenangebote nichts Wesentliches ändern. Dabei hätte gerade die Neufassung der Richtlinie eine Gelegenheit geboten, die Handhabung von Nebenangeboten zu erleichtern. Da dies versäumt wurde, wird die bisherige Rechtsprechung zu den Mindestanforderungen anwendbar bleiben:

Bei Vergaben oberhalb des Schwellenwerts sind Änderungsvorschläge nur wertbar, wenn der öffentliche Auftraggeber für sie Mindestanforderungen festgelegt hat.¹⁴ Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, so trifft ihn die Pflicht, für diese Mindestanforderungen verbindlich festzulegen.¹⁵ Versäumt dies der Auftraggeber, so ist es ihm nicht erlaubt, eingegangene Nebenangebote zu prüfen und zu werten.¹⁶ Der Bieter muss erkennen können, welche inhaltlichen Mindestanforderungen für Nebenangebote der Auftraggeber fordert.¹⁷ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist ein öffentlicher Auftraggeber, der nicht ausgeschlossen hat, dass Änderungsvorschläge vorgelegt werden, verpflichtet, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die diese Änderungsvorschläge erfüllen müssen.¹⁸ Von den festgelegten Mindestbedingungen für Nebenangebote kann nachträglich nicht abgewichen werden.¹⁹ Dies verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB.²⁰

6. Keine eindeutigen Orientierungshilfen oder Leitlinien der Rechtsprechung zu den Mindestanforderungen

Die Mindestanforderungen an Nebenangebote stellen eine Thematik dar, die nach wie vor unverständlich und nicht hinreichend geklärt ist. Dies gilt vor allem bei den Erstellern von Vergabeunterlagen in der Praxis. Dort herrscht eine gewisse Hilflosigkeit beim Umgang mit den Mindestanforderungen.

Die Schwierigkeiten bei der Handhabung der Mindestanforderungen werden durch die Entscheidungen der Vergabekammern nicht wirklich erleichtert. Tatsächliche Orientierungshilfen²¹ oder Leitlinien²² sind zumindest nicht mit der notwendigen Deutlichkeit erkennbar. Vielmehr tragen einige Entscheidungen mehr zur Verwirrung als zur Klärung bei. Dies belegen die Leitsätze der nachfolgenden Entscheidungen:

Die Angabe von Anforderungen für Nebenangebote ist dort erforderlich, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die nicht aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen heraus klar bestimmbar ist.²³ Nebenangeboten können nur gewertet werden, wenn nicht nur rein formale Wertungsvoraussetzungen aufgestellt

sind; es müssen auch leistungsbezogene, d. h. sachlich-technische Vorgaben vorhanden sein.²⁴ Hierfür genügt eine Bezugnahme auf das Regelwerk „Richtzeichnungen für Ingenieurbauten in der Sammlung Brücken- und Ingenieurbau“.²⁵ Ergibt sich aus den Verdingungsunterlagen welche Bauaufgabe ein Nebenangebot zu erfüllen hat, bedarf es einer zusätzlichen separaten Festlegung von Mindestanforderungen nicht.²⁶ Die Anforderungen an die Vorgabe von Mindestbedingungen für Nebenangebote in der Ausschreibung sind mit folgender Formulierung erfüllt: „... das Nebenangebot muss den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen“.²⁷ Bei der europaweiten Vergabe von Reinigungsleistungen stellt die Vorgabe, dass Nebenangebote die Qualitätsstandards für Hauptangebote nicht unterschreiten dürfen, eine konkrete Anforderung dar, die die Qualität der durch ein Nebenangebot anzubietenden Leistung bestimmt.²⁸ Derartige Mindestanforderungen müssen aber nicht für jede Position der Leistungsbeschreibung aufgestellt werden.²⁹ Mindestkriterien für Nebenangebote können auch negativ abgegrenzt sein.³⁰ Weist der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich darauf hin, dass ein Nebenangebot die mit einem Hauptangebot anzubietenden Verträge nur im Rahmen der in bekannt gegebenen Vertragsentwürfen festgelegten inhaltlichen Mindestvorgaben modifizieren und ergänzen kann, sind damit die Bedingungen speziell für Nebenangebote inhaltlich hinreichend beschrieben worden.³¹

Einem Architekten oder Ingenieur, der die Mindestanforderungen für Nebenangebote festzulegen hat, helfen derartige Allgemeinplätze nicht wirklich weiter. Auch den Ausführungen des BGH in dem Beschluss vom 07.01.2014 können die in der Regel technisch denkenden Ersteller von Vergabeunterlagen keine Handlungsanleitung entnehmen:

Wie eingehend und detailliert die an Nebenangebote gestellten Anforderungen in den Vergabeunterlagen beschrieben sein müssen, lässt sich in Anbetracht der Anwendungsbreite der Bestimmung und der Vielfältigkeit der auszuschreibenden Leistungen nicht allgemein festlegen, sondern nur im Einzelfall unter Berücksichtigung

¹⁴ EuGH, Urteil vom 16.10.2003 – C-421/01 (Traunfellner GmbH / Asfinag, Republik Österreich); OLG Schleswig, Beschluss vom 05.04.2005 – 6 Verg 1/05, IBR 2005, 342.

¹⁵ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.08.2009 – 1 VK 37/09.

¹⁶ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.08.2009 – 1 VK 37/09.

¹⁷ VK Südbayern, Beschluss vom 29.04.2009 – Z3-3-3194-1-11-03/09.

¹⁸ VK Brandenburg, Beschluss vom 16.05.2007 – 1 VK 13/07.

¹⁹ VK Nordbayern, Beschluss vom 18.07.2007 – 21.VK-3194-27/07, IBR 2007, 706.

²⁰ VK Nordbayern, Beschluss vom 18.07.2007 – 21.VK-3194-27/07, IBR 2007, 706.

²¹ So Dicks, VergabeR 2012, 318, 325.

²² So Frister, VergabeR 2011, 295, 304.

²³ VK Südbayern, Beschluss vom 29.04.2009 – Z3-3-3194-1-11-03/09.

²⁴ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 – Verg W 10/08, IBR 2008, 533.

²⁵ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 – Verg W 10/08, IBR 2008, 533.

²⁶ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 07.05.2008 – VK-SH 5/08.

²⁷ VK Bund, Beschluss vom 20.08.2008 – VK 1-108/08, IBR 2009, 48.

²⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.05.2010 – Verg 4/10.

²⁹ OLG Koblenz, Beschluss vom 26.07.2010 – 1 Verg 6/10.

³⁰ VK Arnberg, Beschluss vom 13.06.2006 – VK 15/06.

³¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.10.2007 – Verg 32/07.

sichtigung von Sinn und Zweck der Regelung und der jeweiligen Gesamtumstände, insbesondere der Komplexität des einzelnen Vergabegegenstands, bestimmen.³² Generell sind Mindestanforderungen zweckmäßig, die Spielraum für eine hinreichend große Variationsbreite in der Ausarbeitung von Alternativvorschlägen lassen.³³ Erforderlich, aber im Interesse des Transparenzgebots auch ausreichend ist, dass den Bietern - neben technische Diversität zulassenden technischen Spezifikationen - als Mindestanforderungen in allgemeinerer Form der Standard und die wesentlichen Merkmale deutlich gemacht werden, die eine Alternativausführung aus Sicht der Vergabestelle aufweisen muss.³⁴

Ich habe den Beschluss des BGH vom 07.01.2014 einem befreundeten Diplom-Bauingenieur, der seit vielen Jahren im öffentlichen Auftragswesen tätig ist, zum Lesen gegeben. Einige Tage später habe ich diesen Diplom-Bauingenieur gefragt, ob er mit den Ausführungen des BGH etwas anfangen könne. Ich erhielt die Antwort, dass nach dem Lesen von etwa der Hälfte des Entscheidungstextes das Weiterlesen aufgrund von Verständnisproblemen aufgegeben wurde. Außerdem machte der Diplom-Bauingenieur noch die Anmerkung, dass ihn der Schreibstil der Entscheidung an die „Commentarii de Bello Gallico“ von Gaius Iulius Caesar erinnere. Dieser hätte ähnliche Schachtelsätze verwendet, bei denen man am Schluss des Satzes nicht mehr wusste, was am Anfang stand.

Der Beschluss des BGH wird also von den Adressaten der Entscheidung nicht verstanden. Wenn aber Diplom-Bauingenieure, die seit vielen Jahren für öffentliche Auftraggeber die Vergabeunterlagen erstellen und sich deshalb mit der Materie auskennen, den BGH nicht verstehen, dann läuft einiges schief.

Das Gebot der Aufstellung von Mindestanforderungen stürzt den Auftraggeber in ein Dilemma.³⁵ Zu weit gehende Anforderungen an die Formulierung materieller Mindestanforderungen schränken den Wettbewerb und das Innovationspotenzial der Bieter ein.³⁶ Zudem müsste der Auftraggeber zwecks Auswahl und Aufstellung der Mindestanforderungen die mit den Nebenangeboten erwarteten alternativen Lösungsmöglichkeiten antizipieren, wozu er mangels eigenen Know-hows kaum in der Lage sein wird.³⁷ Deshalb sollen weitgehend „offene“³⁸ Mindestanforderungen an Nebenangebote festgelegt werden. Durch diese Formulierung wird den Erstellern von Vergabeunterlagen nicht wirklich weitergeholfen. Je „offener“ die Anforderungen formuliert werden, desto mehr birgt dies die Gefahr, dass lediglich nichtssagende Allgemeinplätze vorgegeben werden, die die Vorgaben des EuGH nach Transparenz und Gleichbehandlung nicht erfüllen. Bei konkreteren Anforderungen ist latent die Gefahr vorhanden, dass eine innovative Lösung eines Bieters, an die der Auftraggeber überhaupt nicht gedacht hat, ausgeschlossen wird.

6. Keine Nebenangebote bei alleinigem Wertungskriterium günstigster Preis; Erfordernis der Festlegung von aussagekräftigen Zuschlagskriterien

Bislang erfolgte die Wertung von Nebenangeboten i. d. R. anhand des Wertungskriteriums „Preis“ und auf der Basis einer Gleichwertigkeitsprüfung. Bei Letzterer war festzustellen, ob das Nebenangebot im Verhältnis zu den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und den daraufhin abgegebenen Hauptangeboten qualitativ und quantitativ gleichwertig ist.³⁹ Diese gängige Vorgehensweise ist nicht mehr zulässig. Ist der Preis das alleinige

Wertungskriterium dürfen Nebenangebote nicht mehr zugelassen und gewertet werden.

Verlangt das anzuwendende Recht, für Nebenangebote (lediglich) Mindestanforderungen vorzugeben, ohne Regelungen darüber zu treffen, wie Nebenangebote im Verhältnis zu der als Hauptangebot vorgesehenen Ausführung („Amtsvorschlag“) zu werten sind, ist eine wettbewerbskonforme Wertung der Nebenangebote nicht gewährleistet, wenn für den Zuschlag allein der Preis maßgeblich sein soll.⁴⁰ Soweit in der Rechtsprechung der Vergabesenate verlangt wird, dass zuschlagsfähige Nebenangebote über die Erfüllung der Mindestanforderungen hinaus mit dem Amtsvorschlag gleichwertig sein müssen (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, VergabeR 2011, 586, 591; OLG München, Beschluss vom 9. September 2010 - Verg 16/10; Brandenburgisches Oberlandesgericht, VergabeR 2009, 222; 2012, 124; OLG Frankfurt am Main, VergabeR 2012, 884, 894; vgl. auch Kues/Kirch, NZBau 2011, 335 ff.; Dittmann in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, VOB/A § 16 Rn. 293 ff.; vgl. auch Vavra in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 62; zur Problematik insgesamt beispielsweise Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkomm. zur VOB, 13. Aufl., § 16 EG VOB/A Rn. 183f ff.), mögen solche ungeschriebenen Gleichwertigkeitsprüfungen, die ersichtlich auch die Vergabestelle im Streitfall vorgenommen hat, zwar im Einzelfall durchaus geeignet sein, den Wert von Nebenangeboten im Verhältnis zu den abgegebenen Hauptangeboten zu beurteilen.⁴¹ Bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung genügt eine Gleichwertigkeitsprüfung, für die es keine benannten Bezugspunkte gibt, weil der Preis das einzige Zuschlagskriterium sein soll, jedoch nicht den Anforderungen an transparente Wertungskriterien, da für die Bieter bei Angebotsabgabe nicht mehr mit angemessenem Sicherheitsgrad voraussehbar ist, welche Varianten die Vergabestelle bei der Wertung noch als gleichwertig anerkennen wird und welche nicht mehr.⁴²

Nach dieser Rechtsprechung des BGH kann eine Gleichwertigkeitsprüfung im Einzelfall geeignet sein, den Wert des Nebenangebots im Verhältnis zum Hauptangebot zu beurteilen. Wenn jedoch lediglich der Preis als Wertungskriterium angegeben ist, dann soll es für die Bieter nicht transparent sein, nach welchen Kriterien der Auftraggeber die Gleichwertigkeit beurteilt. Es bedürfe hierfür vielmehr weiterer Zuschlagskriterien:

Die vergaberechtskonforme Wertung von Nebenangeboten, die den vorgegebenen Mindestanforderungen genügen, ist durch Festlegung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien zu gewährleisten, die es ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihren technisch-funktionalen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen

³² BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13.

³³ BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13.

³⁴ BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13.

³⁵ Dicks, VergabeR 2012, 318, 324.

³⁶ Frister, VergabeR 2011, 295, 304.

³⁷ Frister, VergabeR 2011, 295, 304.

³⁸ Frister, VergabeR 2011, 295, 304; Dicks, VergabeR 2012, 318, 324.

³⁹ Vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 09.09.2003 - 38-08/2003, IBR 2004,40.

⁴⁰ BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13.

⁴¹ BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13.

⁴² BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13.

gen hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für die Hauptangebote nach dem Amtsvorschlag vorausgesetzten Standard zu vergleichen.⁴³

Aufgrund dieser Vorgaben des BGH ist die Festlegung geeigneter Zuschlagskriterien schwierig und damit wenig rechtssicher. Die Zuschlagskriterien müssen aussagekräftig und auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den zu deckenden Bedarf zugeschnitten sein. Außerdem sollen die Zuschlagskriterien einen nachvollziehbaren und überprüfbaren Vergleich ermöglichen zwischen dem Qualitätsniveau sowie dem technisch-funktionalen und sonstigen sachlichen Wert der Nebenangebote und dem vom Amtsvorschlag für die Hauptangebote vorausgesetzten Standard.

Welche Zuschlagskriterien wählt man nach diesen Vorgaben bei komplexen Bauvorhaben oder Großbauten wie beispielsweise der berühmten/berühmten Elbphilharmonie? In § 17 EG Abs. 7 VOB/A sind beispielhaft folgende Kriterien genannt: Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist. Bei Bauten wie der Elbphilharmonie sind sicherlich alle diese Zuschlagskriterien sinnvoll. Sind sie dann auf den Auftragsgegenstand und den zu deckenden Bedarf zugeschnitten? Soll man alle oder nur einige dieser Faktoren als Zuschlagskriterien festlegen? Eignen sich die Kriterien für einen Vergleich des Qualitätsniveaus und des Werts des Nebenangebots mit dem Standard, den der Amtsvorschlag für das Hauptangebot vorgibt? Viele Fragen, wenig Antworten.

Wie lassen sich diese Schwierigkeiten am einfachsten umgehen? Durch die Nichtzulassung von Nebenangeboten natürlich. Aber damit tun sich die öffentlichen Auftraggeber keinen Gefallen. Solche Auftraggeber berauben sich jedoch ohne wirklichen Grund des in Nebenangeboten steckenden Innovationspotenzials, vor allen Dingen der Möglichkeit von erheblichen Kosteneinsparungen bei der Ausführung, die sich unter Umständen einer strafbaren Veruntreuung öffentlichen Vermögens gefährlich nähern kann.⁴⁴

Im Vergabehandbuch Bayern (Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen durch Behörden des Freistaates Bayern) – Stand August 2012 enthält das Formblatt 227.H folgende Wertungskriterien:

1. Preis
Wertungssumme einschl. evtl. Wartungskosten
2. Technischer Wert
Produktangaben: berücksichtigte Positionen siehe Nr. 2; Nebenangebote: siehe Formblatt 226.H
3. Vertragsbedingungen
Nebenangebote Formblatt 226.H
4. Folgekosten
Nebenangebote Formblatt 226.H
5. Energieeffizienz

Wird die Wertung von Nebenangeboten durch derartige Wertungskriterien tatsächlich transparenter?

Früher galt für die Wertung von Haupt- und Nebenangeboten - im Unterschwellenbereich und über den Schwellenwerten - die Wertungsvorschrift des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A (2006) bzw. 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A (2009): In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten

lassen. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag 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 Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. War diese Regelung wirklich so schlecht, dass sie aus der VOB/A EG (2012) herausgenommen werden musste?

9. Zusammenfassung

Es dürfte unstrittig sein, dass die Zulassung von Nebenangeboten die Innovation fördert und prinzipiell zu Kostenersparnissen bei den Auftraggebern führt. Es besteht wohl auch Einigkeit darüber, dass Nebenangebote generell zugelassen werden sollten.

Wenn aber die Zulassung von Nebenangeboten grundsätzlich nur positiv zu beurteilen ist, dann sollte die Handhabung von Nebenangeboten vereinfacht und rechtssicher gemacht werden. Leider ist derzeit genau das Gegenteil der Fall. Das beginnt bereits bei der Zulassung von Nebenangeboten. Früher waren Nebenangebote generell zulässig, es sei denn, der Auftraggeber hatte sie ausdrücklich nicht zugelassen. Jetzt bedürfen Nebenangebote der ausdrücklichen Zulassung. Für Nebenangebote müssen jetzt Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien festgelegt werden, was früher nicht nötig war. Die Erstellung der Vergabeunterlagen und die Wertung der Nebenangebote wird hierdurch aufwändiger und komplizierter. Die neuen Anforderungen führen weiterhin zu Rechtsunsicherheit und erhöhter Anfechtbarkeit. Dies sind alles Faktoren, die die Ersteller von Vergabeunterlagen verständlicherweise veranlassen, Nebenangebote möglichst nicht mehr zuzulassen. Dies stellt aber eine Fehlentwicklung dar, die die Innovation einschränkt und Kostenersparnisse verhindert. Es sollte deshalb darüber nachgedacht werden, wie die Handhabung von Nebenangeboten wieder einfacher und rechtssicher gemacht werden kann.

⁴³ BGH, Urteil vom 30.08.2011 - X ZR 55/10; BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13.

⁴⁴ Dicks Heinz-Peter, VergabeR 2012, 318, 324.