

## Mindestanforderungen an Nebenangebote: Eine sinnvolle Regelung bei der Vergabe von Bauverträgen?

von RA und FA für Bau- und Architektenrecht Dr. Hermann Luber, Nürnberg

### Inhaltsverzeichnis:

1. Einleitung
2. Bestehende Regelungen
3. Nebenangebote verursachen zusätzlichen Aufwand
4. Nebenangebote fördern den Wettbewerb und dienen dem Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung
5. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Vorgabe von Mindestanforderungen
6. Keine eindeutigen Orientierungshilfen oder Leitlinien der Rechtsprechung zu den Mindestanforderungen
7. Kein Ersatz der Gleichwertigkeitsprüfung durch die Erfüllung der Mindestanforderungen
8. Keine Nebenangebote bei alleinigem Wertungskriterium günstigster Preis
9. Zusammenfassung

### 1. Einleitung

- 1 Aufgrund der Vergabe-Richtlinie 2004/18/EG und der Rechtsprechung des EuGH<sup>FN1</sup> (Traunfellner) enthält das deutsche Vergaberecht seit einigen Jahren Regelungen zu Mindestanforderungen bei Nebenangeboten im Rahmen von Bauvertragsvergaben. Obwohl es sich somit nicht um eine neue Thematik handelt, ist diese nach wie vor unverständlich und nicht hinreichend geklärt. Dies gilt vor allem bei den Erstellern von Vergabeunterlagen in der Praxis. Dort herrscht nach wie vor eine gewisse Hilflosigkeit beim Umgang mit den Mindestanforderungen.
- 2 Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Mindestanforderungen an Nebenangebote erforderlich aus der Verpflichtung zur Transparenz, die die Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll. Bei dem Transparenzgebot und dem Gleichbehandlungsprinzip handelt es sich zweifellos um wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit den Mindestanforderungen bei Nebenangeboten stellt sich jedoch die Frage, ob mit dieser Methodik die gewünschte Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter erreicht werden. Durch die Mindestanforderungen an Nebenangebote wird die problematische Prüfung der Gleichwertigkeit des Nebenangebots nicht beseitigt und so ein wesentliches Ziel verfehlt. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Mindestanforderungen bei Nebenangeboten die ebenfalls wesentlichen Grundsätze des Wettbewerbsprinzips und der sparsamen Mittelverwendung tangieren. Die bestehenden Regelungen zu Mindestanforderungen bei Nebenangeboten bedürfen daher möglicherweise einer Änderung oder Ergänzung.

## 2. Bestehende Regelungen

- 3 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 Richtlinie 2004/18/EG) nicht enthalten. Lediglich Abschnitt 3 enthielt in § 25b 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 Mindestanforderungen bei Nebenangeboten bei dem überwiegenden Anteil der EG-Bauvertragsvergaben praktisch keine Rolle.
- 4 Ab der Ausgabe 2006 der VOB/A sind die Regelungen strenger geworden 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 b VOB/A 2012 ist vorgegeben, dass bei zugelassenen Nebenangeboten die Mindestanforderungen im Anschreiben anzugeben sind. Nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 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.
- 5 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.*

- 6 Ein Nebenangebot oder eine Variante liegt vor, wenn Gegenstand des Angebots ein von der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Leistung in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht abweichender Bieteranschlag ist, das heißt der Inhalt des Angebots durch den Bieter gestaltet und nicht vom Auftraggeber vorgegeben ist<sup>FN2</sup>. Nebenangebote sind Angebote, mit denen die Leistung anders als in der Leistungsbeschreibung nachgefragt, offeriert wird<sup>FN3</sup>.
- 7 Bei Vergaben oberhalb des Schwellenwerts sind Änderungsvorschläge nur wertbar, wenn der öffentliche Auftraggeber für sie Mindestanforderungen festgelegt hat<sup>FN4</sup>. Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, so trifft ihn die Pflicht, für diese Mindestanforderungen verbindlich festzulegen<sup>FN5</sup>. Versäumt dies der Auftraggeber, so ist es ihm nicht erlaubt, eingegangene Nebenangebote zu prüfen und zu werten<sup>FN6</sup>. Der Bieter muss erkennen können, welche inhaltlichen Mindestanforderungen für Nebenangebote der Auftraggeber fordert<sup>FN7</sup>. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs 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<sup>FN8</sup>. Von den festgelegten Mindestbedingungen für

Nebenangebote kann nachträglich nicht abgewichen werden<sup>FN 9</sup>. Dies verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB<sup>FN 10</sup>.

### 3. Nebenangebote verursachen zusätzlichen Aufwand

- 8 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 dem bereits oben erwähnten § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 VOB/A 2012 und aus § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 e VOB/A 2012.
- 9 Im Bereich der Bauvertragsvergaben über den Schwellenwerten hat der Auftraggeber bei Nebenangeboten daher einen höheren Aufwand als früher. Er muss Nebenangebote ausdrücklich zulassen und weiterhin hierfür Mindestanforderungen ausarbeiten. Diese beiden Schritte sind bei Bauvertragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht erforderlich. Bis zur Ausgabe 2006 der VOB/A galt das auch bei Vergaben über den Schwellenwerten. Wegen der genannten Erschwernisse bei Nebenangeboten gibt es die zunehmende Tendenz, dass Auftraggeber generell Nebenangebote nicht mehr zulassen bei Vergaben über den Schwellenwerten. 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<sup>FN 11</sup>.
- 10 Es stellt sich die Frage, weshalb für Nebenangebote diese Erschwernisse eingeführt wurden und ob diese sinnvoll sind. In der Tendenz kann jedenfalls eine Abkehr von der Grundeinstellung des deutschen Vergaberechts zu Nebenangeboten gesehen werden. Nebenangebote wurden danach ganz oder zumindest überwiegend positiv im Sinne der Grundprinzipien des Vergaberechts beurteilt. Nebenangebote sollten grundsätzlich zugelassen werden. Nebenangebote standen hoch im Kurs. Seit einigen Jahren erhalten Nebenangebote aber "Gegenwind" aus Brüssel. So erscheint es jedenfalls.
- 11 Es wird vertreten, dass sich aus Erwägungsgrund 29 eine "Offenheit" der Richtlinie 2004/18/EG für Nebenangebote ergebe. Aus Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2004/18/EG ergibt sich eine "Offenheit" der Richtlinie für die Zulassung von Varianten, weil diese den Wettbewerb erweitern, indem sie eine "Vielfalt technischer Lösungsmöglichkeiten" einbeziehen<sup>FN 12</sup>. Diese Auffassung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Der Erwägungsgrund 29 der Richtlinie befasst sich mit den technischen Spezifikationen, also einem Dauerthema des Europäischen Vergaberechts. Durch die Regelungen zu den technischen Spezifikationen soll verhindert werden, dass die Auftraggeber durch die Verwendung nationaler technischer Normen die Teilnahme von ausländischen Bietern am Wettbewerb behindern. Hierum geht es vorrangig in den Sätzen 1 bis 5 von Erwägungsgrund 29 der Richtlinie und nur am Rande um eine "Offenheit" für Nebenangebote (diversity of technical solutions).

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

- 12 Nebenangebote sind wettbewerbspolitisch und preislich erwünscht<sup>FN 13</sup>. 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<sup>FN 14</sup>. 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<sup>FN 15</sup>. 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<sup>FN 16</sup>.
- 13 Nebenangebote und Änderungsvorschläge sind beim förmlichen Vergabeverfahren ein unentbehrliches Mittel, um von den in den Verdingungsunterlagen enthaltenen Vorgaben des Auftraggebers abweichende Vorstellungen oder Vorschläge der Bieter berücksichtigen zu können<sup>FN 17</sup>. 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<sup>FN 18</sup>. 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<sup>FN 19</sup>. Das betrifft nicht nur Preisangaben, sondern auch Angaben zum Leistungssoll<sup>FN 20</sup>.
- 14 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<sup>FN 21</sup>. 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<sup>FN 22</sup>. Um diese allgemein unerwünschte, aber im förmlichen Verfahren unvermeidbare Verengung der Angebotspalette soweit als möglich auszugleichen, sollen Nebenangebote in der Regel zugelassen werden<sup>FN 23</sup>. Auftraggeber sollten im eigenen Interesse das in den Unternehmen vorhandene Know-how durch Zulassung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten nutzen<sup>FN 24</sup>. Ein Ausschluss von Nebenangeboten ist nur zu rechtfertigen, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.
- 15 Das Gebot der Aufstellung von Mindestanforderungen stürzt den Auftraggeber in ein Dilemma<sup>FN 25</sup>. Zu weit gehende Anforderungen an die Formulierung materieller Mindestanforderungen schränken den Wettbewerb und das Innovationspotenzial der Bieter ein<sup>FN 26</sup>. 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<sup>FN 27</sup>. Deshalb sollen weitgehend "offene"<sup>FN 28</sup> 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.

- 16 Bei den Vergaben nach nationalem Recht ist die Angabe der Mindestbedingungen nicht erforderlich, so dass es den Bietern bessere Möglichkeiten bietet, tatsächlich innovative Lösungen anzubieten. Die deutsche Regelung ist daher gegenüber der europäischen Lösung vorzugswürdig<sup>FN 29</sup>. Aus dem nationalen Vergaberecht lässt sich eine Verpflichtung zur Benennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht entnehmen, weshalb die Rechtsprechung des EuGH (Entscheidung vom 16.10.2003 - Rs. C-421/01) zur Forderung der Erläuterung von Mindestanforderungen, die Nebenangebote erfüllen müssen, nicht auf nationale Ausschreibungen übertragen lässt<sup>FN 30</sup>.

## 5. Beschränkung des Wettbewerbs durch die Vorgabe von Mindestanforderungen

- 17 Die Vorgabe von Mindestanforderungen bei Nebenangeboten ist in der Sache zweifelhaft. Sie führt in Einzelfällen dazu, dass kreative und vom Hauptangebot weit abweichende Nebenangebote nicht berücksichtigt werden können. Die beiden nachfolgenden Beispiele aus meiner Praxis sollen die Problematik verdeutlichen:
- 18 Bei einem Klinikneubau sah das Leistungsverzeichnis einen Bodenaustausch vor, da der vorhandene Baugrund nicht die notwendige Tragfähigkeit aufwies. Das vorhandene Erdreich sollte bis zu einer bestimmten beträchtlichen Tiefe abgetragen werden. Anschließend sollte der Bodenabtrag mit Schroppen (Felsblöcke/Felszersatz) aufgefüllt werden.
- 19 Ein Bieter, der später beauftragt wurde, unterbreitete als Nebenangebot eine völlig andere Vorgehensweise. Er schlug eine Bodenverbesserung vor. Das vorhandene nicht tragfähige Erdreich sollte nicht ausgetauscht sondern durch Injektionen soweit verbessert werden, bis es die notwendige Tragfähigkeit aufwies. Diese Vorgehensweise war wesentlich billiger als der Bodenaustausch. Deshalb erhielt das Nebenangebot den Zuschlag. Die Beauftragung dieses Nebenangebots hatte sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer einen wirtschaftlichen Vorteil. Der Auftraggeber musste für sein Bauvorhaben weniger bezahlen und Auftragnehmer hat den Auftrag erhalten. Eine klassische win-win-Situation für beide Vertragspartner.
- 20 Der geschilderte Sachverhalt verdeutlicht, dass diese win-win-Situation dann nicht zum Tragen gekommen wäre, wenn die Vergabestelle beispielsweise als Mindestanforderung die Größe der Schroppen vorgegeben hätte. Dann hätte das Nebenangebot des Bodenaustausches nicht den Mindestanforderungen entsprochen und hätte demzufolge nicht gewertet werden können. Der Auftraggeber hätte ein für ihn günstiges Angebot nicht beauftragen dürfen.
- 21 Diese missliche Situation verdeutlicht das zweite Beispiel:

Bei einer Glasdach-Konstruktion sah das Leistungsverzeichnis eine Unterkonstruktion aus Stahl vor. Auf die Stahlträger sollten Aluminium-Profile montiert werden. Die Aluminiumprofile sollten die Glashalter für die Scheiben des Glasdaches sein. Die Stahl-Unterkonstruktion hatte das ausschreibende Ingenieurbüro insbesondere aus statischen Gründen vorgegeben.

- 22 Das Nebenangebot eines Bieters sah vor, die Stahl-Unterkonstruktion völlig wegzulassen und zur Erfüllung der statischen Anforderungen ein stabiles Aluminiumprofil zu verwenden. Auch dieses Nebenangebot war wesentlich preisgünstiger als alle eingereichten Hauptangebote. Es entfielen schließlich die Kosten für die gesamte Stahl-Unterkonstruktion. Das Nebenangebot konnte der Auftraggeber jedoch nicht beauftragen, da die Ausschreibungsunterlagen Mindestanforderungen an die Stahlkonstruktion enthielten. Diese Mindestanforderungen an die Stahlkonstruktion konnte das Nebenangebot natürlich nicht erfüllen, da es überhaupt keine Stahlkonstruktion vorsah. Eine Beauftragung des Nebenangebots durfte daher nicht erfolgen.
- 23 Diese Sachverhalte belegen, dass die gesetzlichen Regelungen, dass bei Nebenangeboten immer Mindestanforderungen vorzugeben sind, die Gefahr bergen, dass hieraus finanzielle Nachteile für die Auftraggeber entstehen, weil Nebenangebote ausgeschlossen werden müssen, ohne dass es dafür zwingende Gründe gibt.

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

- 24 Die Schwierigkeiten bei der Handhabung der Mindestanforderungen werden durch die Entscheidungen der Vergabekammern nicht wirklich erleichtert. Tatsächliche Orientierungshilfen<sup>FN31</sup> oder Leitlinien<sup>FN32</sup> 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:
- 25 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<sup>FN33</sup>. Nebenangebote können nur gewertet werden, wenn nicht nur rein formale Wertungsvoraussetzungen aufgestellt sind; es müssen auch leistungsbezogene, das heißt sachlich-technische Vorgaben vorhanden sein<sup>FN34</sup>. Hierfür genügt eine Bezugnahme auf das Regelwerk "Richtzeichnungen für Ingenieurbauten in der Sammlung Brücken- und Ingenieurbau"<sup>FN35</sup>. Ergibt sich aus den Verdingungsunterlagen, welche Bauaufgabe ein Nebenangebot zu erfüllen hat, bedarf es einer zusätzlichen separaten Festlegung von Mindestanforderungen nicht<sup>FN36</sup>. 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"<sup>FN37</sup>. 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<sup>FN38</sup>. Derartige Mindestanforderungen müssen aber nicht für jede Position der Leistungsbeschreibung aufgestellt werden<sup>FN39</sup>. Mindestkriterien für Nebenangebote können auch negativ abgegrenzt sein.<sup>FN40</sup> 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<sup>FN41</sup>.

Einem Architekten oder Ingenieur, der die Mindestanforderungen für Nebenangebote festzulegen hat, helfen derartige Allgemeinplätze nicht wirklich weiter.

## 7. Kein Ersatz der Gleichwertigkeitsprüfung durch die Erfüllung der Mindestanforderungen

- 27 Der EuGH vertritt die Auffassung, dass die Angabe der Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen den Bietern die Kenntnis ermöglicht, welche Anforderungen ihre Nebenangebote erfüllen müssen, um bei der Auftragsvergabe berücksichtigt zu werden. Es geht dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll, der bei jedem von der Richtlinie erfassten Vergabeverfahren für Aufträge einzuhalten ist <sup>FN42</sup>.
- 28 Es wird die Auffassung vertreten, dass durch die Angabe von Mindestanforderungen die Gleichwertigkeitsprüfung von Nebenangeboten nicht mehr notwendig sei <sup>FN43</sup>. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.
- 29 Die Wertung eines Nebenangebots erfordert einen zusätzlichen, bei Hauptangeboten nicht erforderlichen Prüfungsschritt. Es ist festzustellen, ob das Nebenangebot im Verhältnis zu den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und den daraufhin abgegebenen Hauptangeboten qualitativ und quantitativ gleichwertig ist <sup>FN44</sup>. Bei der Wertung von Nebenangeboten ist eine Gleichwertigkeitsprüfung durchzuführen, auch wenn ein Nebenangebot den Mindestanforderungen entspricht <sup>FN45</sup>.
- 30 Durch dieses Gleichwertigkeitserfordernis können die Bieter erkennen, welche Anforderungen das Nebenangebot erfüllen muss, um bei der Vergabe berücksichtigt zu werden. Hierzu bedarf es eigentlich keiner Angabe von Mindestanforderungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken und zudem den Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung beeinträchtigen können.
- 31 Zudem kann die Angabe von Mindestanforderungen die Gleichwertigkeitsprüfung nicht ersetzen <sup>FN46</sup>. Die Erfüllung von Mindestanforderungen ist schon begrifflich kein Äquivalent für die Gleichwertigkeit, sondern lediglich das Minimum dessen, was der Auftraggeber vorgibt, um überhaupt im Übrigen in die Gleichwertigkeitsprüfung einzutreten <sup>FN47</sup>. Der bloße Umstand, dass das Nebenangebot den vorgegebenen Mindestbedingungen entspricht, führt deshalb nicht zur Annahme seiner Gleichwertigkeit mit dem Amtsvorschlag <sup>FN48</sup>. Ein Nebenangebot muss in qualitativer wie quantitativer Hinsicht gegenüber dem Hauptangebot bzw. dem Amtsvorschlag gleichwertig sein <sup>FN49</sup>. Es ist Aufgabe des Bieters, diesen Gleichwertigkeitsnachweis durch Vorlage geeigneter Nachweise zu erbringen. In der Regel werden hierzu Prüfzeugnisse vorgelegt, mit der die Einhaltung spezieller technischer Werte nachgewiesen wird. Der Gleichwertigkeitsnachweis bewegt sich damit im Bereich von expliziten technischen Anforderungen, die die zu erbringende Leistung erfüllen muss. Die Gleichwertigkeit ist nicht mit dem Nachweis erbracht, dass die Leistung gewisse Mindestanforderungen erfüllt.
- 32 Es ist nicht möglich, die Mindestanforderungen "offen" festzulegen und entsprechend allgemeine Vorgaben zu machen, die gleichzeitig die Anforderungen für die Gleichwertigkeit

darstellen sollen. Der Nachweis der Gleichwertigkeit und die Erfüllung der Mindestanforderungen können daher nicht deckungsgleich sein.

- 33 Zwar ist auch die Gleichwertigkeitsprüfung nicht unproblematisch und eröffnet möglicherweise in dem einen oder anderen Fall auch Manipulationsmöglichkeiten. Es ist durchaus vorstellbar, dass Vergabestellen unliebsame Bieter aus der Wertung ausschließen mit dem Argument, das Nebenangebot wäre mit dem Hauptangebot nicht gleichwertig. Allerdings wurden für die Gleichwertigkeitsprüfung in letzter Zeit von den Vergabekammern vernünftige Beurteilungskriterien herausgearbeitet, die der Hoffnung Anlass geben, dass die Gleichwertigkeitsprüfung mehr und mehr anhand eines objektiven Prüfungsschemas erfolgt. Es dürfte jedenfalls einfacher sein, die Gleichwertigkeit von Haupt- und Nebenangebot zu beurteilen als eine Auswahl von Mindestanforderungen zu treffen, die den Wettbewerb nicht beschränken und den Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung nicht gefährden und trotzdem die Vorgaben des EuGH erfüllen. Deshalb sollte die Gleichwertigkeitsprüfung über die Zulassung des Nebenangebot entscheiden und nicht die Einhaltung von Mindestanforderungen.
- 34 Gerade bei Spezial-Gewerken haben die Unternehmer ein Know-how angesammelt, über das der Ausschreibende nicht oder nicht in diesem Umfang verfügt. Aufgrund dieses Know-hows können die Unternehmer Lösungen entwickeln, die vom Hauptangebot wesentlich abweichen und einen anderen Lösungsansatz haben. Diese Kreativität sollte nicht durch Mindestanforderungen bei Nebenangeboten behindert werden.
- 35 Da die Gleichwertigkeitsprüfung im Rahmen der Wertung stattfindet, soll in diesem Zusammenhang auch auf eine Änderung der Wertungsvorschriften im Bereich der EG-Vergaben hingewiesen werden, die durch die Ausgabe 2012 der VOB/A erfolgte.
- 36 Die wesentliche Vorschrift der Basisparagrafen der VOB/A zur Zuschlagserteilung in § 16 Abs. 3 lautet bekanntlich wie folgt: 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 zum Beispiel Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint.
- 37 Bis einschließlich der Ausgabe 2009 der VOB/A galten diese Sätze 1 und 2 des § 16 Abs. 3 sowohl für die nationalen Vergaben als auch für die EG-Vergaben, da für Letztere sowohl die Basisparagrafen nach Abschnitt 1 als auch die "a"-Paragrafen des Abschnitts 2 galten. In der Ausgabe 2012 der VOB/A erfolgte bekanntlich in Abschnitt 2 die Zusammenführung der Basis- und a-Paragrafen zu den EG-Paragrafen. Dort ist in § 16 Abs. 3 der Satz 2 der Basisparagraf nicht mehr enthalten. Es fehlt also bei den EG-Vergaben eine Regelung, auf welches Angebot der Zuschlag erfolgen soll. Hierauf soll nur am Rande hingewiesen werden.

## **8. Keine Nebenangebote bei alleinigem Wertungskriterium günstigster Preis**

- 38 Die Zulassung und Wertung von Nebenangeboten scheidet grundsätzlich aus, wenn das Zuschlagskriterium allein der günstigste Preis ist <sup>FN 50</sup>. Wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, dürfen Nebenangebote nicht berücksichtigt werden <sup>FN 51</sup>. Wählt der Auftraggeber als einziges Zuschlagskriterium den Preis und lässt er gleichzeitig die Abgabe



von Nebenangeboten zu, liegt darin ein Verstoß gegen Art. **24** Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG<sup>FN.52</sup>. Dies folgt aus Art. **24** Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG, der mangels Umsetzung ins deutsche Recht unmittelbar anzuwenden ist<sup>FN.53</sup>. Art. **36** Abs. 1 Richtlinie 2004/17/EG und Art. **24** Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG lassen Varianten (in der deutschen Terminologie Nebenangebote) nicht zu, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist<sup>FN.54</sup>. Hat der Auftraggeber gleichwohl Nebenangebote zugelassen, liegt ein schwerwiegender Vergabefehler vor, der zur Aufhebung des Vergabeverfahrens gemäß § **26** Nr. 1 c VOB/A 2006 (= VOB/A 2009 § **17** Abs. 1 Nr. 3) zwingt<sup>FN.55</sup>. Nach Art. **24** Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG dürfen die Auftraggeber Nebenangebote nur bei Aufträgen berücksichtigen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden<sup>FN.56</sup>.

- 39 Die hiervon abweichende Meinung des OLG Schleswig<sup>FN.57</sup> vermag dogmatisch nicht zu überzeugen, auch wenn sie eine praktikable Lösung darstellen würde. Es wird die Auffassung vertreten, dass eine Vorgabe expressis verbis, die die Zulassung von Nebenangeboten beim alleinigen Zuschlagskriterium "Preis" verbietet, der Richtlinie an keiner Stelle zu entnehmen sei<sup>FN.58</sup>. Die beiden Zuschlagsalternativen "wirtschaftlich günstigstes Angebot" und "niedrigster Preis" würden nicht in einem konträren Verhältnis zueinander stehen<sup>FN.59</sup>. Auch beim alleinigen Zuschlagskriterium "Preis" könne der Auftraggeber den Zuschlag auf ein Nebenangebot erteilen. Dieses sinnvolle Ergebnis lässt sich aber nicht halten, da Art. 53 Abs. 1 der Richtlinie klar entnommen werden kann, dass zwischen den Zuschlagskriterien "wirtschaftlich günstigstes Angebot" und "Preis" ein Alternativverhältnis besteht. Dies ergibt sich aus der entweder/oder Formulierung. Wie sich aus Art. 53 Abs. 1 VKR (s. auch Erw. gr. 46 Abs. 1) ergibt, wonach der Zuschlag entweder auf das wirtschaftlich günstigste Angebot ergehen kann (lit. a) oder nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgt (lit. b), differenziert die Richtlinie zwischen den Kriterien des niedrigsten Preises und des wirtschaftlich günstigsten Angebots<sup>FN.60</sup>. Das Zuschlagskriterium "Preis" ist deshalb kein Unterfall des Zuschlagskriteriums "wirtschaftlich günstigstes Angebot". Eine Interpretation, wonach das Kriterium des wirtschaftlichsten Angebots als Oberbegriff auch das des niedrigsten Preises umfasse, scheidet angesichts des Wortlauts und der Systematik des Art. 53 Abs. 1 VKR aus<sup>FN.61</sup>.
- 40 Bei dem alleinigen Zuschlagskriterium "Preis" kann der Auftraggeber deshalb keine Nebenangebote zulassen. Dies ist eine Einschränkung im Vergabeverfahren, deren Sinnhaftigkeit sich nicht zwanglos erschließt und über die deshalb nochmals nachgedacht werden sollte. Es wird sicherlich Auftraggeber geben, die Nebenangebote zulassen möchten, obwohl sie ausschließlich nach dem günstigsten Preis vergeben. Dies war schließlich früher die gängige Vergabepaxis.
- 41 Da das OLG Düsseldorf von der Entscheidung des OLG Schleswig abweichen wollte, hat es den BGH im Wege der Divergenzvorlage<sup>FN.62</sup> angerufen. Da die Beteiligten den Nachprüfungsantrag übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, musste der BGH noch über die Kosten entscheiden<sup>FN.63</sup>. In der Begründung der Entscheidung scheint der BGH eher zu Rechtsauffassung des OLG Schleswig zu tendieren. Der BGH weist jedoch ausdrücklich darauf hin, dass er vor der Entscheidung des Streitfalls in der Hauptsache den Gerichtshof der Europäischen Union um eine Vorabentscheidung (AEUV Art. 267 Abs. 3) ersucht hätte. Eine abschließende Klärung dieser Thematik liegt somit noch nicht vor.

## 9. Zusammenfassung

42 Die Verpflichtung zur Vorgabe von Mindestanforderungen an Nebenangebote sollte entweder abgeschafft oder zumindest soweit konkretisiert werden, dass in der Praxis eine vernünftige Handhabung damit möglich ist. Ansonsten überwiegen die aufgezeigten Nachteile. Es mögen die Verpflichtungen aus Art. 19 BKR und 24 VKR zur Vorgabe von Mindestanforderungen bei der Beschaffung vergleichsweise homogener Güter noch unproblematisch sein<sup>FN 64</sup>. Ist Gegenstand der Beschaffung dagegen eine komplexe Leistung, beispielsweise ein schlüsselfertig zu errichtender Gebäudekomplex, so besteht regelmäßig eine Vielzahl von Möglichkeiten, Alternativvorschläge zu unterbreiten<sup>FN 65</sup>. Diese können sich auf die Bauleistung als Ganzes beziehen, aber auch nur auf einzelne Gewerke oder Teile davon<sup>FN 66</sup>. Muss der öffentliche Auftraggeber auch hier inhaltliche Mindestbedingungen für Nebenangebote vorgeben, liegt auf der Hand, dass es regelmäßig nur gelingen wird, einen Bruchteil der objektiv möglichen Alternativausführungen vergaberechtskonform in den Vergabeunterlagen anzusprechen<sup>FN 67</sup>. Die daraus resultierende Einengung des Wettbewerbs benachteiligt die einheimischen Unternehmen nicht minder als ausländische Anbieter, deren Interessen durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt werden sollen<sup>FN 68</sup>. Diese negative Begleiterscheinung der Mindestanforderungen an Nebenangebote sollte beseitigt werden. Außerdem sollte es den Auftraggebern auch dann möglich sein, Nebenangebote zuzulassen, wenn sie ausschließlich nach dem günstigsten Preis vergeben.

### Fußnoten:

**1** ↑ EuGH, Urteil vom 16.10.2003 - **C-421/01**.

**2** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2011 - **Verg 22/11**.

**3** ↑ VK Lüneburg, Beschluss vom 02.08.2012 - **VgK-24/2012**.

**4** ↑ EuGH, Urteil vom 16.10.2003 - **C-421/01**; OLG Schleswig, Beschluss vom 05.04.2005 - **6 Verg 1/05, IBR 2005, 342**.

**5** ↑ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.08.2009 - **1 VK 37/09**.

**6** ↑ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.08.2009 - **1 VK 37/09**.

**7** ↑ VK Südbayern, Beschluss vom 29.04.2009 - **Z3-3-3194-1-11-03/09**.

**8** ↑ VK Brandenburg, Beschluss vom 16.05.2007 - **1 VK 13/07**.

**9** ↑ VK Nordbayern, Beschluss vom 18.07.2007 - **21.VK-3194-27/07, IBR 2007, 706**.

**10** ↑ VK Nordbayern, Beschluss vom 18.07.2007 - **21.VK-3194-27/07, IBR 2007, 706**.

**11** ↑ Dicks, VergabeR 2012, 318, 324.

**12** ↑ OLG Schleswig, Beschluss vom 15.04.2011 - **1 Verg 10/10**.

**13** ↑ Dicks, VergabeR 2012, 318, 324.

**14** ↑ Wagner/Steinkemper, NZBau 2004, 253, 255.

**15** ↑ vgl. BGH, Urteil vom 30.08.2011 - **X ZR 55/10**.

- 16** ↑ Wagner/Steinkemper, NZBau 2004, 253, 255.
- 17** ↑ Lampe-Helbig/Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, 2. Auflage, München 1995, S. 66, Rz. 134.
- 18** ↑ Lampe-Helbig/Wörmann, a.a.O., S. 66, Rz. 134.
- 19** ↑ vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 23.02.2012 - **2 Verg 15/11**.
- 20** ↑ OLG Naumburg, Beschluss vom 23.02.2012 - **2 Verg 15/11**.
- 21** ↑ Frister, VergabeR 2011, 295, 303.
- 22** ↑ vgl. Lampe-Helbig/Wörmann, S. 66, Rz. 134.
- 23** ↑ Lampe-Helbig/Wörmann, S. 66, Rz. 134.
- 24** ↑ Marbach, BauR 2000, 1643, 1644.
- 25** ↑ Dicks, VergabeR 2012, 318, 324.
- 26** ↑ Frister, VergabeR 2011, 295, 304.
- 27** ↑ Frister, VergabeR 2011, 295, 304.
- 28** ↑ Frister, VergabeR 2011, 295, 304; Dicks, VergabeR 2012, 318, 324.
- 29** ↑ Wagner/Steinkemper, NZBau 2004, 253, 25.
- 30** ↑ VK Sachsen, Beschluss vom 05.02.2007 - **1/SVK/125-06**.
- 31** ↑ so Dicks, VergabeR 2012, 318, 325.
- 32** ↑ so Frister, VergabeR 2011, 295, 304.
- 33** ↑ VK Südbayern, Beschluss vom 29.04.2009 - **Z3-3-3194-1-11-03/09**.
- 34** ↑ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 - **Verg W 10/08, IBR 2008, 533**.
- 35** ↑ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 - **Verg W 10/08, IBR 2008, 533**.
- 36** ↑ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 07.05.2008 - **VK-SH 5/08**.
- 37** ↑ VK Bund, Beschluss vom 20.08.2008 - **VK 1-108/08, IBR 2009, 48**.
- 38** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.05.2010 - **Verg 4/10**.
- 39** ↑ OLG Koblenz, Beschluss vom 26.07.2010 - **1 Verg 6/10**.
- 40** ↑ VK Arnsberg, Beschluss vom 13.06.2006 - **VK 15/06**.
- 41** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.10.2007 - **Verg 32/07**.
- 42** ↑ EuGH, Urteil vom 16.10.2003 - Rs. **C-421/01**.
- 43** ↑ Herrmann, VergabeR 2012, 673, 684.

- 44** ↑ VK Südbayern, Beschluss vom 09.09.2003 - 38-08/2003, **IBR 2004,40**.
- 45** ↑ OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.05.2011 - **Verg W 16/10**.
- 46** ↑ a. A. Herrmann, VergabeR 2012, 673, 684.
- 47** ↑ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 - **Verg W 10/08, IBR 2008, 533**.
- 48** ↑ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 - **Verg W 10/08, IBR 2008, 533**.
- 49** ↑ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.07.2008 - **Verg W 10/08, IBR 2008, 533**.
- 50** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2010 - **Verg 61/09, IBR 2010,585**.
- 51** ↑ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 08.10.2010 - **VK-SH 13/10, IBR 2011, 40**.
- 52** ↑ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 08.10.2010 - **VK-SH 14/10**.
- 53** ↑ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 08.10.2010 - **VK-SH 13/10, IBR 2011, 40**; vgl. Herrmann, VergabeR 2012, 673, 681.
- 54** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.03.2011 - **Verg 52/10**.
- 55** ↑ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 08.10.2010 - **VK-SH 13/10, IBR 2011, 40**.
- 56** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2010 - **Verg 61/09, IBR 2010, 585**.
- 57** ↑ OLG Schleswig, Beschluss vom 15.04.2011 - **1 Verg 10/10**.
- 58** ↑ vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 15.04.2011 - **1 Verg 10/10**, Rz. 40.
- 59** ↑ vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 15.04.2011 - **1 Verg 10/10**, Rz. 43.
- 60** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2011 - **VII Verg 22/11**.
- 61** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2011 - **VII Verg 22/11**.
- 62** ↑ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2011 - **VII Verg 22/11**.
- 63** ↑ vgl. BGH, Beschluss vom 23.01.2013 - **X ZB 8/11**.
- 64** ↑ vgl. BGH, Urteil vom 30.08.2011 - **X ZR 55/10**.
- 65** ↑ BGH, Urteil vom 30.08.2011 - **X ZR 55/10**.
- 66** ↑ BGH, Urteil vom 30.08.2011 - **X ZR 55/10**.
- 67** ↑ BGH, Urteil vom 30.08.2011 - **X ZR 55/10**.
- 68** ↑ BGH, Urteil vom 30.08.2011 - **X ZR 55/10**.

(Aufsatz online seit 06.05.2013)

© id Verlag