

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Vergaberecht: Nebenangebote sind nicht zulässig, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist?

**Mit Beschluss vom 16.09.2013 hat das Thüringer OLG wie schon zuvor das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 02.11.2011 VII-Verg 22/11) dem BGH die Frage vorgelegt, ob Nebenangebote zuzulassen sind, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Der BGH hat diese Frage mit Beschluss vom 7. Januar 2014 (X ZB 15/13) nun verneint.**

Grund der Vorlage des OLG Jena an den BGH war die gegenteilige Ansicht des OLG Schleswig im Beschluss vom 15.04.2011 (1Verg-10/10) zu dieser Rechtsfrage.

### Worum geht es?

Die Gerichte interpretieren die europäische Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR) unterschiedlich. Das OLG Düsseldorf in ständiger Rechtsprechung und nun auch das Thüringer OLG stützen ihre Entscheidung auf den Wortlaut und die Systematik dieser Richtlinie. Nach Auffassung des OLG Schleswig und wohl auch des BGH spricht aber die teleologische Auslegung der VKR für eine Zulassung von Nebenangeboten, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist.

### Argumente des OLG Düsseldorf und des Thüringer OLG

Nach Art. 24 Abs. 1 VKR können die öffentlichen Auftraggeber Varianten und damit Nebenangebote bei Aufträgen zulassen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden. Art. 53 Abs. 1 VKR unterscheidet zwischen dem wirtschaftlich günstigsten Angebot und dem Kriterium des niedrigsten Preises.

Bei der Erteilung des Zuschlages können also ausschließlich folgende Kriterien angewendet werden, entweder

a) wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs-oder Ausführungsfrist

b) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises

Die beiden Gerichte schließen daraus, dass nach dem Wortlaut der Richtlinie lit. a und lit. b des Art. 53 Abs. 1 VKR damit Alternativen sind. Der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots in Art-24 Abs. 1 VKR kann somit nicht als Oberbegriff auch für das Kriterium allein des günstigsten Preises dienen, da in aller Regel Begrifflichkeiten innerhalb eines einheitlichen Regelwerks identisch sind und damit auch gleich auszulegen.

Somit sind Nebenangebote nur zuzulassen, wenn ein Angebot nach dem besten Preis-Leistungsverhältnis bewertet werden soll und nicht nur nach dem Preis.

Neben der rein grammatikalisch-semanticen Begründung erkennt das Thüringer OLG auch sachliche Gründe für die Forderung einer qualitativen Bewertung der mit Nebenangeboten vorgenommenen inhaltlichen Abweichungen vom Leistungsverzeichnis.

Es führt aus:

*"Eine vergleichende Angebotswertung, bei der allein auf den Preis abgestellt wird, erscheint nur dann sinnvoll, wenn ausnahmslos inhaltsgleiche Angebote einbezogen werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Auftraggeber einer bloß preislich günstigeren, inhaltlich-technisch aber schlechteren Ausführungsvariante zwingend den Zuschlag erteilen muss (z.B. Stolz, VergabeR 2008, 322, 334; differenzierend Kues/Kirch, NZBau 2011, 335, 338). Diesem Risiko mag der Auftraggeber in Einzelfällen mit sorgfältig gewählten Mindestanforderungen begegnen können, bei komplexen Auftragsvorhaben dürfte der durchschnittliche Auftraggeber hiermit aber überfordert sein, schon weil er nicht alle technisch möglichen Varianten kennen muss. Gerade um technisch wie wirtschaftlich interessante Varianten erst aufzuspüren, erscheint die Zulassung von Nebenangeboten aber dem Wettbewerb wie den Interessen des Auftraggebers dienlich. Dann aber ermöglicht nur die Anwendung auftragsbezogener weiterer Zuschlagskriterien im Sinne des Art. 53 Abs. 1 a) VKR eine Bewertung der vom Bieter vorgeschlagenen Lösung und der damit verbundenen Änderungen von den Vorgaben des Auftraggebers. Nicht möglich erscheint es dem Senat, für die Nebenangebote über den Preis hinaus weitere qualitative Wertungskriterien anzuwenden, die nicht bereits als solche in der Bekanntmachung enthalten sind. Dies würde das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen. Die zwingende Vorgabe von Mindestbedingungen und die nicht fernliegende Möglichkeit, dass die Nebenangebote diesen Mindestbedingungen in unterschiedlichem Maße gerecht werden, ändert daran nichts. Die Bezeichnung als Mindestbedingung impliziert nämlich, dass es insoweit nur um Erfüllung - dann ist das Angebot zu werten - oder um Nichterfüllung - dann ist es auszuschließen - geht. Auch die Vorgabe über den Preis hinausgehender qualitativer Wertungskriterien mit Geltung nur für die Nebenangebote erscheint dem Senat bedenklich, weil in diesem Fall die Wertung zwischen Haupt- und Nebenangeboten (allein nach dem Preis) und den Nebenangeboten untereinander (unter Einbeziehung weiterer Kriterien) nach unterschiedlichen Maßstäben erfolgen würde."*

## Argumente des PLG Schleswig

Das OLG Schleswig sieht dies anders und hat die Zulassung von Nebenangeboten trotz des günstigsten Preises als alleiniges Zuschlagskriterium nicht als Verstoß gegen die europäische Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG angesehen. Das OLG Schleswig führte aus, die Richtlinie bedürfe nach Art. 288 AEUV der Umsetzung in innerstaatliches Recht und sei als direkter Prüfungsmaßstab im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nur anzuwenden, wenn sie nicht oder nur unvollständig umgesetzt sei und unmittelbar anwendbare Vorgaben enthielte.

Eine in diesem Sinne defizitäre Umsetzung liege aber nicht vor. Eine ausdrückliche Vorgabe, die die Zulassung von Nebenangeboten beim alleinigen Zuschlagskriterium Preis verbiete, sei der Richtlinie nicht zu entnehmen und auch nicht aus Art. 24 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 1 abzuleiten. Die beiden Zuschlagskriterien nach Art. 53 Abs. 1 lit. a und b VKR seien in § 97 Abs. 5 GWB und § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A (2006) umgesetzt worden. Das deutsche Vergaberecht habe die in den Richtlinien enthaltene Unterscheidung zwischen dem "wirtschaftlich günstigsten Angebot" und dem "niedrigsten Preis" nicht wörtlich übernommen, sondern mit der in § 97 Abs. 5 GWB bestimmten Verpflichtung zur Zuschlagerteilung auf das "wirtschaftlichste Angebot" zum Ausdruck gebracht, dass sich unter den zur Wertung zuzulassenden Angeboten dasjenige mit dem besten Preis-/ Leistungsverhältnis durchsetzen solle.

Der Begriff des wirtschaftlichsten Angebots in § 97 Abs. 5 GWB sei als Oberbegriff für die beiden in Art. 53 VKR genannten Kriterien anzusehen. Aus dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 VKR lasse sich nicht ableiten, dass Varianten bei der Zuschlagsalternative "niedrigster Preis" nicht zugelassen werden dürfen. Die Zuschlagsalternativen "wirtschaftlich günstigstes Angebot" und "niedrigster Preis" stünden nicht in einem konträren Verhältnis zueinander.

Soweit auch Art. 53 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG zwischen diesen Alternativen unterscheide, habe dies erkennbar nur den Sinn, für die nähere Bestimmung des "wirtschaftlich günstigsten Angebots" weitere Vorgaben, insbesondere das Erfordernis eines Zusammenhangs der Wirtschaftlichkeitskriterien mit dem Auftragsgegenstand, zu bestimmen. Dies führe zu einer Begrenzung der Auswahl zulässiger Kriterien, wie es in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB für "zusätzliche Anforderungen" zum Ausdruck komme.

Einer solchen Begrenzung bedürfe es bei einer Vergabe nach dem Kriterium des "niedrigsten Preises" von vornherein nicht. Der systematische Kontext der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie belege zudem, dass die Zuschlagsentscheidung der Entscheidung über die Zulassung von Varianten nachfolge. Die Zulassung von Nebenangeboten sei in Kapitel IV der Richtlinie geregelt und erfolge vor Beginn des eigentlichen Wertungsverfahrens auf der vierten Stufe, das erst Gegenstand des Kapitels VII sei, in dem sich auch die Vorgaben zu den Zuschlagskriterien fänden. Der Systematik der Richtlinie lasse sich damit

ein "systematischer Kontext" in dem Sinne, dass bei dem Kriterium "niedrigster Preis" eine Zulassung von Nebenangeboten ausgeschlossen sei, nicht entnehmen."

## Divergenzentscheidung des BGH

Gemäß § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB i hat ein Oberlandesgericht, das von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will, die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Der Bundesgerichtshof entscheidet anstelle des Oberlandesgerichts.

Auf Grund der erfolgte Vorlage, entschied der BGH daraufhin mit Beschluss vom 7. Januar 2014 (X ZB 15/13), dass Nebenangebote nicht zugelassen und gewertet werden dürfen, wenn in einem Vergabeverfahren der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist und klärte damit die oben aufgeführte umstrittene vergaberechtlichen Frage, die die Gerichte in den letzten Jahren stark beschäftigte. Einer Vorlage an den EuGH bedürfe es nach Ansicht des entscheidenden Senats nicht, weil Nebenangebote bereits nach dem Inhalt des anzuwendenden nationalen Vergaberechts bei einem reinen Preiswettbewerb nicht zugelassen werden dürfen. Die bisherige Rechtsprechung der Vergabesenate hatte demgegenüber stets auf den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18/EG) abgestellt.

Der BGH setzt sich im Rahmen seiner Entscheidung ausführlich mit der gegenteiligen Auffassung des OLG Schleswig auseinander und distanzierte sich von dessen Rechtsauffassung, der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots könne auch als Oberbegriff auch für das Kriterium allein des günstigsten Preises dienen. Er begründete aber seine Entscheidung nicht in erste Linie rein teleologisch, wie das OLG Jena und das OLG Düsseldorf, sondern inhaltlich unter Berücksichtigung der allgemeinen Vergaberechtsprinzipien.

Der BGH führt aus:

*"Es wäre vergaberechtswidrig, im Streitfall auf ein zugelassenes Nebenangebot den Zuschlag zu erteilen. Ist in einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Vergabeverfahren, wie hier, der Preis das alleinige Zuschlagskriterium (vorstehend III 1), dürfen Nebenangebote bereits nach dem Inhalt des anzuwendenden nationalen Vergaberechts, unabhängig von sich aus den vergaberechtlichen Richtlinien des Unionsrechts ergebenden Schranken, nicht zugelassen werden. Ist dies, wie hier ,doch geschehen, dürfen diese Nebenangebote jedenfalls nicht gewertet werden...."*

und

*".... 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. Ist beispielsweise ein den Mindestanforderungen genügendes Nebenangebot zwar geringfügig billiger als das günstigste Hauptangebot, bleibt es aber überproportional hinter dessen Qualität zurück und erweist es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung deshalb gerade nicht als das günstigste Angebot, müsste es mangels geeigneter Zuschlagskriterien, mit denen diese Diskrepanz in der Wertung erfasst werden kann, dennoch den Zuschlag erhalten, wenn nur der Preis berücksichtigt werden darf (vgl. auch OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 185, 191). Eine solche Wertungspraxis wäre unvereinbar mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 2 GWB) und mit dem mit diesem in engem Zusammenhang stehenden, aus § 97 Abs. 5 GWB folgenden Gebot, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen."*

Die Zulassung von Nebenangeboten bezwecke also, das unternehmerische Potenzial der für die Deckung des Vergabebedarfs geeigneten Bieter zu erschließen. Es diene der Transparenz und dem Gebot der Nichtdiskriminierung, wenn gefordert werde, dass für gewünschte Nebenangebote stets qualifizierte Mindestanforderungen festzulegen seien.

## Fazit

Die Forderung, dass bei Zulassung von Nebenangeboten auch Mindestkriterien für deren Bewertung zu veröffentlichen sind, überfordert schon jetzt viele Vergabestellen. Sie verzichten daher oft auf die Zulassung von Nebenangeboten, die aber sicherlich oft erwünschte, aber der Vergabestelle nicht bekannte Aspekte (Innovations- und Einsparpotenzial) in den Angeboten offenbaren würden. Aber wie soll ein solcher neuer Ansatz bewertet werden, wenn er noch nicht bekannt ist? Wie gesagt eine oft nicht lösbare Aufgabe für die Vergabestellen.

Nun legt der BGH noch nach; Er fordert die Veröffentlichung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit diesem zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien. Diese müssen es ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihren technisch-funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für die Hauptangebote nach dem Amtsvorschlag vorausgesetzten Standard zu vergleichen.

Damit ist einerseits die Maßstab erhöht worden, der an der festzulegenden Kriterien für Nebenangebote gelegt wird, andererseits besteht auch nun mehr Klarheit darüber, wie die Mindestkriterien zu gestalten sind. Bedauerlicherweise wird dieses Wissen um den Qualitätsmaßstab, der an die Kriterien für die Bewertung von Nebenangeboten gestellt wird, wohl die Tendenz fördern, Nebenangebote von vornherein nicht zuzulassen.

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin