

Thema: Vergabeverfahren, Wertung der Angebote

1. Einleitung

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist im Umbruch. Es findet eine zunehmende Verrechtlichung der Vergabematerie statt. Das Rechtsgebiet unterliegt besonders stark dem Gemeinschaftsrecht der EU. Diese hat seit 1971 mit insgesamt 4 Koordinierungsrichtlinien (BKR, LKR, DKR, SKR) den Mitgliedsstaaten Vorgaben gemacht. Diese betreffen besonders größere Auftragsvolumen, die nach Ansicht der EU binnenmarktrelevant sind. Für alle Beteiligten, ob Vergabestelle oder Bieter, macht es einen Unterschied, ob eine Vergabe unterhalb oder oberhalb der Schwellenwerte vorliegt, dies insbesondere auch im Hinblick auf den Rechtsschutz. Mit diesem Thema Rechtsschutz wird sich ein gesondertes Rundschreiben im Jahre 2005 beschäftigen.

In den nachfolgenden Darstellungen soll auf die Wertung der Angebote nach § 25 VOB/A eingegangen werden. Im Rahmen der Beratung von Vergabestellen und Bietern ist eine häufige Unkenntnis über das Vergabeverfahren verbreitet. Dies liegt einerseits an der Schwierigkeit der Materie und der zunehmend strenger werdenden Rechtssprechung nicht nur des Bundesgerichtshofs (BGH) sondern auch des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).

Die nachhaltig anhaltend schlechte wirtschaftliche Lage des gesamten Bausektors führt zu einem verstärkten „Kampf um den Auftrag“. Deshalb ist es für Bieter wichtig, formale Fehler zu vermeiden, um nicht im Rahmen der Wertung frühzeitig auszuschneiden. Die Kenntnis des Vergabeverfahrens hilft auch, rechtzeitig die Verstöße der Vergabestelle zu erkennen, und frühzeitig zu rügen. Wird die Rüge versäumt, ist der oberhalb der Schwellenwerte eingeräumte Rechtsschutz versperrt! Vergabestellen müssen Kenntnis über die Wertung der Angebote haben, um sich nicht unnötig den Prüfungsanträgen benachteiligter Bieter oder Schadensersatzansprüchen auszusetzen. Auch die Vergabestelle ist zunehmend „überfordert“, da von ihr an vielen Stellen auch „rechtliche Kenntnisse“ verlangt werden, die nur noch von im Vergaberecht bewanderten Rechtsanwälten bewältigt werden können.

2. Wertung der Angebote, Übersicht

Gemäß § 25 VOB/A erfolgt die Wertung der Angebote in 4 Stufen, die strikt einzuhalten sind. Eine **Vermischung der Wertungsstufen ist unzulässig** und führt zu einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens! Es handelt sich hierbei um folgende Stufen:

Übersicht Wertungsstufen:

1. Stufe : Ausschluss wegen formaler Fehler
2. Stufe : Eignung des Bieters
3. Stufe : Angemessenheit des Preises
4. Stufe : Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Die Vergabestelle ist gehalten, diese 4 Wertungsstufen strikt zu unterscheiden und zu dokumentieren. Ist nämlich in den Vergabeakten nicht erkennbar, dass die 4 Wertungsstufen eingehalten worden sind, so wird vermutet, dass die nicht dokumentierten Schritte nicht stattgefunden haben, was bereits alleine für sich ein Vergabefehler mit den entsprechenden Schadensersatzpflichten (bezüglich bestimmter Bieter, die in die engere Wahl gekommen wären) begründen kann.

Die nachfolgende Aufstellung untergliedert als „Checkliste“ die 4 Wertungsstufen weiter:

1. Stufe: Ausschluss wegen formaler Fehler Der Ausschluss von der Wertung wegen formaler Fehler ist in § 25 Nr. 1 VOB/A geregelt. Zwingende Ausschlussgründe, § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A: - nicht rechtzeitig eingegangenes Angebot - nicht unterzeichnetes Angebot - unvollständiges Angebot (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A) - nicht zweifelsfreie Änderung an den Eintragungen - Änderungen an den Verdingungsunterlagen - Angebot aufgrund wettbewerbsbeschränkender Absprachen - nicht zugelassene Nebenangebote / Änderungsvorschläge Fakultative Ausschlussgründe, § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A: - Ausschlussgründe gem. § 8 Nr. 5 VOB/A - Nebenangebote / Änderungsvorschläge, die nicht als besondere Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sind
2. Stufe: Eignung Die Eignung ist in § 97 Abs. 4 GWB, § 25 Nr. 2, § 8 Nr. 3 VOB/A geregelt. Hierfür gibt es 3 Kriterien: - Fachkunde - Leistungsfähigkeit - Zuverlässigkeit
3. Stufe: Angemessenheit des Preises Die Angemessenheit des Preises ergibt sich aus § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A. - Unangemessen hoher oder niedriger Preis (> 10 %), den der Bieter auf Nachfrage nicht erklären konnte und eine ordnungsgemäße Ausführung nicht zu erwarten ist.
4. Stufe: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots ergibt sich aus § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A. - Angebot lässt einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten. Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

3. Einzelprobleme:

Die Darstellung der Wertung in allen Einzelheiten würde den Rahmen eines Rundschreibens sprengen. Es sollen deshalb nur einzelne Probleme herausgegriffen und erläutert werden.

3.1. Ausschluss von der Wertung wegen formaler Fehler

Viele Bieter verstossen bereits bei den Formalien, was zu **zwingenden Ausschlussgründen** führt. Die rechtzeitige Vorlage des Angebots und das Vorhandensein einer Unterschrift (Kopie einer Unterschrift genügt nicht, daher auch kein Angebot per Fax) dürften selbstverständlich sein.

Schwierigkeiten bereitet bereits das Vorliegen der Preise und geforderten Erklärungen.

Gem. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A ist vorgeschrieben, dass Angebote **nur die Preise und die geforderte Erklärung** enthalten sollen. „Sollen“ bedeutet jedoch nach der bislang vorherrschenden Rechtsprechung, dass auch Ausnahmen zulässig waren. Solche Ausnahmen lagen danach vor, wenn Erklärungen fehlten, die für das Wettbewerbsergebnis unerheblich waren und die den Wettbewerb nicht beeinträchtigten.

OLG Thüringen, 05.12.2001, VergabeR 2002, 256,

Als erheblich wurde beispielsweise das Fehlen von Angaben über Art und Umfang beabsichtigter Nachunternehmerleistungen angesehen. Zunehmend werden aber die Anforderungen höher gesetzt.

Der BGH hat in einer streng formalistischer Betrachtungsweise des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A gefordert, dass die **Angebote die Preise und Erklärungen vollständig enthalten müssen**. Nur dann sei eine Vergleichbarkeit der Angebote gegeben und eine Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet. Es ist deshalb erforderlich, dass hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belastet, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert war.

BGH 07.01.2003, VergabeR 2003, 558

BGH 18.02.2003, VergabeR 2003, 313

Die fehlende Angabe von Typenbezeichnungen oder Fabrikationsangaben führt daher zum Ausschluss.

Ein weiteres Problem sind **Änderungen an den Verdingungsunterlagen**. Änderungen an den Verdingungsunterlagen sind unzulässig, da ansonsten die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleistet ist. Selbst Geringfügige Änderungen der Verdingungsunterlagen führen zwingend zum Ausschluss des Angebots, auch wenn sie nur unwichtige Leistungspositionen betreffen oder keinen Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis haben können. Streichungen, Ergänzungen oder die Herausnahme von Teilen der Verdingungsunterlagen sind daher nicht zulässig.

Vermieden werden sollte auch, inhaltliche Änderungen in einem Anschreiben vorzunehmen. Sinn und Zweck des § 21 Nr. 2 VOB/A ist es, daß die Bieter dem Auftraggeber nicht Bedingungen „unterschieben“ sollen, die er evtl. gar nicht bemerkt. Bislang wurden derartige Änderungen in einem Anschreiben als Nebenangebot behandelt. Dies gilt seit Inkrafttreten der VOB/2000 so nicht mehr, da nunmehr Nebenangebote, die nicht als besondere Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sind, ausgeschlossen werden können, §§ 21 Nr. 3 Satz 2, 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A. Das Vergabehandbuch schreibt zudem vor, dass solche Nebenangebote in der Regel auszuschließen sind (VHB, Richtlinien zu § 21 VOB/A, Ziff. 4).

Neben diesen zwingenden Ausschlussgründen gibt es auch noch sogenannte **fakultative Ausschlussgründe** („können ausgeschlossen werden“). Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, über einen Ausschluss zu entscheiden. Wichtig ist dabei, dass dem Auftraggeber keine offensichtlichen und groben Ermessensfehler unterlaufen.

TIPP:

1. Vergabestelle sollte dokumentieren:

- Angaben, welche Angebote aus welchen formalen Gründen zu welchem Zeitpunkt ausgeschlossen wurden
- Zeitpunkt der evtl. Information der betroffenen Bieter
- bei fakultativem Ausschluss: Begründung für den Ausschluss und Darlegung der Ermessensentscheidung

2. Bieter sollten beachten:

- Bieter sollten die Angebote sorgfältig prüfen und ausfüllen. Die geforderten Erklärungen sind vollständig beizufügen, da zunehmend seitens der Rechtsprechung eine formalistische Beachtungsweise bevorzugt wird.

3.2. Eignung

Der Auftraggeber hat verschiedene Möglichkeiten, die Eignung der Bieter zu prüfen (vgl. § 8 Nr. 3 VOB/A). Es ist allein die Aufgabe des Auftraggebers, die erforderlichen Fakten zur Beurteilung der Eignung einzufordern. Am Ende der Prüfung kann immer nur das Ergebnis stehen, dass ein Bieter entweder geeignet oder ungeeignet ist.

Ein häufiger Fehler der Auftraggeber ist es, später noch im Rahmen der Auswahl des wirtschaftlichen Angebots wiederum das Kriterium der Eignung zu prüfen.

Es gibt nach der Rechtssprechung grundsätzlich keine „geeigneteren“ Bieter, die wegen eines **„mehr an Eignung“** im Rahmen der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots den anderen Bieter vorzuziehen sind.

BGH 08.09.1989, IBR 1989, 463

Die Kriterien für die Prüfung der Eignung der Bieter sind von den Kriterien für die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (Zuschlagskriterien) zu unterscheiden.

EUGH 18.06.2003, VergabeR 2003, 546

Die Hauptkriterien der Eignung sind die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit:

Fachkundig ist ein Bieter, der über die für die Vorbereitung und Ausführung der jeweiligen Leistung notwendigen Kenntnisse verfügt. Die Fachkunde ist objektbezogen, d.h. mit den zu vergebenden Aufträgen des betreffenden Bauvorhabens zu prüfen.

Zum Nachweis der Fachkunde kann beispielsweise die Vorlage von Fortbildungszertifikaten etc. verlangt werden.

Leistungsfähig ist ein Betrieb, wenn er aufgrund Ausstattung, Kapazität den zu vergebenden Auftrag ohne Schwierigkeiten ausführen kann. Dieses Kriterium wird insbesondere durch technische, finanzielle und kaufmännische Mindestanforderungen geprägt.

Zuverlässigkeit liegt vor, wenn der Bieter die Gewähr für eine sorgfältige und ordnungsgemäße, den öffentlich rechtlichen und technischen Normen entsprechende Bauausführung zum vereinbarten Termin bietet.

TIPP:

Die Vergabestelle muss beachten, dass die Eignung nicht ausgeschlossen werden kann, wenn dies nicht auf gesicherten Erkenntnissen des Auftraggebers beruht. Bei der Einholung von Referenzen ist darauf zu achten, dass im Falle der Ablehnung der Eignung wegen schlechter Referenzen genaue Angaben vorliegen und diese dokumentiert werden. Die häufig übliche, nur kurze telefonische Abfrage anderer Auftraggeber, sie hätten mit den Unternehmen viele „Probleme gehabt“ genügt nicht.

3.3. Angemessenheit des Preises

Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden, § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A.

Unangemessen hohe Angebote sind in der dritten Wertungsstufe auszuschließen.

Unangemessen niedrige Angebote müssen durch Aufklärung gem. § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B geklärt werden.

Es reicht für den Ausschluss nicht aus, wenn ein Angebot lediglich nicht auskömmlich ist. Es muss darüberhinaus erwartet werden, dass der Bieter wegen des Missverhältnisses in so

große wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, dass er den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß durchführen kann. Erforderlich ist also:

- ein offensichtliches Missverhältnis und
- keine Erwartung einer ordnungsgemäßen Ausführung

TIPP:

Die Vergabestelle hat zu dokumentieren, welche Angebotspreise unangemessen hoch oder niedrig erscheinen. Dabei ist anzuführen, was der Auftraggeber zur Aufklärung der Preise unternommen hat und zu welchem Ergebnis dies geführt hat einschließlich deren Begründung.

3.4. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

In die engere Wahl kommen nur solche Angebote gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 VOB/A, die unter Berücksichtigung eines rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lassen.

Unter diesen Angeboten ist gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen. Das wirtschaftlichste Angebot ist exakt anhand der in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen genannten Kriterien (nicht mehr und nicht weniger!) zu ermitteln.

Der niedrigste Preis ist dabei gem. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 3 VOB/A nicht allein entscheidend.

Die Vergabestellen vergeben sich hier häufig selbst die Chance, die Kriterien vorzugeben. Fehlt es an Kriterien und stimmen die eingereichten Angebote inhaltlich überein, kommt es letztendlich trotz der Formulierung auf den niedrigsten Preis an. Auftraggeber können also in der Ausschreibung durchaus eine Bewertungsmatrix (Wertungskriterien mit ihrer Gewichtung) vorgeben. Falls sie derartige Kriterien vorgeben, sind sie bei der Wertung an diese gebunden (Selbstbindung).

TIPP:

Die Vergabestelle muss die Werte und Kriterien darlegen (Bewertungsmatrix, Wertungskriterien mit ihrer Gewichtung etc.) und dokumentieren.

4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Vergabeverfahren bei der Wertung der Angebote sehr schematisch abläuft. Die Beratungspraxis zeigt, dass viele Bieter bereits aufgrund fehlender Formalien und aus Unachtsamkeit ausscheiden. Umgekehrt ist häufig bei Auftraggebern zu beobachten, dass ihnen die strenge Einteilung der Wertungsstufen nicht bekannt ist und die Dokumentation fehlt. Dies provoziert, insbesondere bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, die Rechtsstreitigkeiten. Aber auch unterhalb der Schwellenwerte drohen Schadensersatzansprüche.