



**Vergabekammer Niedersachsen
beim
Niedersächsischen Ministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**

Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes: Zuschlagskriterien, Punktevergabe, Begründung

Gliederung:

- I. Niedrigster Preis allein oder weitere Wirtschaftlichkeitskriterien?
- II. „Es muss machbar und überschaubar bleiben“ - Festlegung und Bekanntmachung aller Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungen und Bewertungsmaßstäbe
- III. Die Wertungsmatrix allein genügt nicht! Dokumentations- und Transparenzanforderungen für Punktevergabe und Begründung
- IV. Konflikt zwischen der Berücksichtigungsfähigkeit von Qualitätskriterien und dem Gebot der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nach der Rechtsprechung des EuGH, des BGH und der Vergabesenate

Einführung

Wertungsstufen des Vergabeverfahrens im Standardfall „Offenes Verfahren“ - § 3 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A bzw. § 3 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A

1. Vollständigkeitsprüfung (Hat der Bieter dem Angebot alle Erklärungen und Nachweise beigelegt, wurde es unterschrieben und sind alle Preise eingetragen?)
2. Eignungsprüfung - § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB; §§ 2 EG Abs. 1 Nr. 1, 6 EG Abs. 3 Nr. 1 und 16 EG Abs. 2 Nr. 1 VOB/A bzw. §§ 2 EG Abs. 1 Satz 1, 7 EG und 19 EG Abs. 5 VOL/A

3. Die Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise, sofern dazu Anlass besteht (§ 16 EG Abs. 6 Nr. 2 VOB/A und § 19 EG Abs. 6 VOL/A)

4. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes - § 97 Abs. 5 GWB, § 16 EG Abs. 7 VOB/A und §§ 19 EG Abs. 8 und 9, 21 EG Abs. 1 VOL/A

I. Niedrigster Preis allein oder weitere Wirtschaftlichkeitskriterien?

„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“

- Der niedrigste Angebotspreis allein ist in der Regel nicht entscheidend.

Die Beschränkung auf den Preis als einziges Zuschlagskriterium macht überhaupt nur Sinn, wenn es sich um einfache Beschaffungsgegenstände handelt und/oder zumindest gewährleistet wird dass alle Anforderungen des Auftraggebers zu Qualität und Modalitäten der Leistungserbringung auch wirklich in einer sorgfältigen Leistungsbeschreibung und in ebenso sorgfältigen Vertragsbedingungen festgelegt sind !

- Andere (betriebswirtschaftlich relevante) Aspekte wie z. B. Qualität, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität, technischer Wert sind mit zu berücksichtigen.

Eine Preisdominanz ist zulässig – aber kein nur marginales „Alibikriterium“:

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.11.2013 – Verg 20/13
(zitiert nach vpr-online)

Sachverhalt:

- Der AG (Deutsche Bahn) legt für die Vergabe einer Streckenbaumaßnahme den **Preis als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 95 %** fest.

- Um Nebenangebote zulassen zu dürfen bzw. eine Kollision mit der diesbezüglichen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und den EU-Richtlinien zu vermeiden, legt der Auftraggeber als – einziges – zusätzliches Kriterium die „Terminplanung“ mit einer Gewichtung von lediglich 5 % fest.

Entscheidung des OLG Düsseldorf:

Eine derartige Wertungsmatrix und Gewichtung ist vergaberechtswidrig. Hier handelt es sich um eine „Nahezu-Niedrigstpreisvergabe“, bei der das einzige zusätzliche, nur marginal gewichtete Kriterium lediglich „Alibifunktion“ hat.

II. Es muss machbar und überschaubar bleiben – und zwar für Auftraggeber und Bieter !

Festlegung und Bekanntmachung aller Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Gewichtungen und Bewertungsmaßstäbe

§ 16 EG Abs. 7 VOB/A; §§ 9 EG Abs. 1 b, Abs. 2, 19 EG Abs. 7 VOL/A:

Bei der Wertung der Angebote berücksichtigen die Auftraggeber entsprechend der bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich die Kriterien, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind.

1. Nachträglich aufgestellte Unterkriterien

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.05.2011 – Verg 64/10
(Rohrleitungen für Heizkraftwerk)

Sachverhalt:

- Die AG'in schrieb im Rahmen des Aus- und Umbaus eines Heizkraftwerkes im Verhandlungsverfahren Bauleistungen für Rohrleitungen aus.
- Als Zuschlagskriterien legte sie in der Bekanntmachung fest:
„Wirtschaftlich günstigstes Angebot nach den Kriterien
1. Preis. Gewichtung 40 %
2. Wirtschaftlichkeit: Gewichtung 60 %.“

- Die ASt. wendet sich nach erfolgloser Rüge gegen die Wertung der Angebote auf der Grundlage des von der Antragsgegnerin mitgeteilten Zuschlagskriteriums der „Wirtschaftlichkeit“.
- Dieses sei vergaberechtswidrig, da eine dieses Kriterium näher konkretisierende Wertungsmatrix den Bietern nicht bekannt gegeben und der Wertung auch nicht zugrunde gelegt worden sei.

- Die AG'in macht geltend, sie habe bei der Wertung des "Wirtschaftlichkeitskriteriums" keine Unterkriterien herangezogen, sondern dieses Kriterium aus sich heraus gewertet.

Entscheidung:

Nach erfolglosem Nachprüfungsverfahren gibt der Vergabesenat der Beschwerde in diesem Punkt statt:

- Eine Verletzung der Rechte des Bieters liegt dann vor, wenn der Auftraggeber bei der Wertung das Kriterium der "Wirtschaftlichkeit" herangezogen hat, ohne eine dieses Kriterium näher konkretisierende Wertungsmatrix den Bietern bekanntzugeben und der Wertung zu Grunde zu legen.
- Der AG darf sich nicht darauf beschränken, die Zuschlagskriterien als solche zu benennen und bekannt zu machen, sondern hat den Bietern auch die zur Ausfüllung eines Zuschlagskriteriums aufgestellten Unterkriterien und deren Gewichtung mitzuteilen, um so die Transparenz des Verfahrens und die Chancengleichheit der Bieter zu gewährleisten.

- Dies gilt nicht nur für im Voraus, d.h. vor der Veröffentlichung und Versendung der Verdingungsunterlagen, sondern auch für nach diesem Zeitpunkt vom Auftraggeber aufgestellte Unterkriterien, wenn nicht auszuschließen ist, dass die nachträglich aufgestellten Kriterien und Gewichte den Inhalt der Angebote hätten beeinflussen können, wenn sie vor Erstellung der Angebote bekannt gewesen wären.
- Auch der Antragsgegner musste den Begriff der Wirtschaftlichkeit für sich definieren und ausfüllen, um die Angebote überhaupt miteinander vergleichen und abschließend bewerten zu können.
- Daher ist der Sache nach jedenfalls während des Wertungsvorgangs eine Wertungsmatrix entwickelt und angewandt worden.

2. Eine ambitionierte Abfrage von Basis- und Pauschalpreisen

OLG Celle, Beschluss vom - Az.: 13 Verg 14/12 unter Abänderung VK Lüneburg, Beschl. v. 11.12.2012 – VgK-46/2012 - „Rahmenvereinbarung Labor-, Stations- und Abteilungsumzüge“

Sachverhalt:

- Die AG'in hat im nichtoffenen Verfahren die Durchführung von Labor-, Stations- und Abteilungsumzügen ausgeschrieben.
- Als einziges Zuschlagskriterium für die abzuschließende Rahmenvereinbarung mit einem Wirtschaftsteilnehmer wurde der niedrigste Preis festgelegt.
- Der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist zu entnehmen, dass „das Bewertungskriterium für die Angebotswertung ausschließlich die Preise für Stations- und Laborumzüge (Gewichtung 53 %) und Büro- und Abteilungsumzüge (Gewichtung 47 %) ist.“

- Vorliegend hatte die Antragsgegnerin mit dem Preisblatt als Anlage zum Leistungsverzeichnis **zwar ausdrücklich keinen Gesamtpreis, aber neun Preise abgefragt.**
- Bei diesen Preisen hat sie bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ausweislich der Dokumentation in der Vergabeakte nur die Basispreise inkl. sämtlicher Verbrauchsmittel: Verpackung, Markierungsmittel, etc. für Stations- und Laborumzüge und - davon getrennt - für Büro- und Abteilungsumzüge berücksichtigt.
- **Die vom Bieter darüber hinaus einzutragenden Preise** für die Leistungen pauschal: Strecke bundesweit, Lagerpreis beim Spediteur und Umschlag inkl. Rücktransport des Containers zusätzlich zu Pos. 9, De- und Montagen, Außenaufzug, Stundensätze Möbeltransporte, nicht aufgeführte Kosten gemäß schriftlicher Zusatzvereinbarung, Zusatzversicherungen (vom zu benennenden Versicherungswert) und schließlich Kosten, die bislang nicht im Preisblatt aufgeführt sind, **hat die Antragsgegnerin bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes nicht berücksichtigt.**

- Die ASt. wendet sich nach erfolgloser Rüge gegen die beabsichtigte Beauftragung der Beigeladenen. Diese verfüge nicht über die erforderliche Ausstattung und Erfahrung auf dem Gebiet verfügt. Ebenso könnte die Beigeladene nicht eine temperierte Containerlagerhalle anbieten, wie sie die Antragsgegnerin fordere.

Entscheidung:

Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag stattgegeben, weil die AG'in auf der Grundlage des Teilnahmewettbewerbs auch die Beigeladene zur Abgabe eines Angebots aufforderte, obwohl die von der Beigeladenen mit Abgabe des Angebotes vorgelegten Referenzen nicht den Anforderungen entsprachen, die die Antragsgegnerin bereits in der Bekanntmachung festgelegt hatte.

- Sie hat darüber hinaus entschieden, dass die Antragsgegnerin darüber hinaus auf der vierten Stufe der Angebotswertung gegen die Regelungen des § 19 EG Abs. 8, 9 VOL/A und § 21 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A verstoßen hat, indem sie bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes unter Zugrundelegung des einzig festgelegten Kriteriums des niedrigsten Preises allein die Basispreise, nicht aber die gleichfalls abgefragten und von den Bietern bei der Kalkulation zu berücksichtigenden weiteren Einheitspreise berücksichtigt hat.
- § 19 EG Abs. 8 VOL/A legt fest, dass die Auftraggeber bei der Wertung der Angebote entsprechend der bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich die Kriterien berücksichtigen, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind.

- Nach Auffassung der Vergabekammer ergab sich aus Sicht eines fachkundigen Bieters jedoch nicht ohne weiteres, dass für die Auswertung der Angebote nur die Basispreise für beide Umzugsarten zum Tragen kommen. Denn **unstreitig können und werden auch die durch die anderen Einheitspreise abgedeckten, variablen Kosten sowohl bei Stations- und Laborumzügen als auch bei Büro- und Abteilungsumzügen zum Tragen kommen.**
- Um auch insoweit für die Angebotswertung vergleichbare Preise zu erhalten, wäre es allerdings zweckmäßig gewesen, wenn die Antragsgegnerin für die Wertung dieser Einheitspreise den Bietern ein Mengengerüst bzw. Szenario vorgegeben hätte.

Das OLG Celle hat in der Beschwerdeinstanz den Beschluss der VK teilweise geändert. Es hat die Pflicht zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen ihres mangelhaften bestätigt, aber im Gegensatz zur VK eine ebensolche Verpflichtung der AG'in im Bezug auf das Angebot der ASt festgestellt und den Zuschlag untersagt.

Eine Auseinandersetzung mit der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgte deshalb im Beschluss des Vergabesenats nicht.

III. Die Wertungsmatrix allein genügt nicht! - Dokumentations- und Transparenzanforderungen für Punktevergabe und Begründung

VK Lüneburg, Beschlüsse v. 28.06.2011 – VgK-21/2011 und vom 08.07.2011 – VgK-23/2011 („Rettungsdienste“)

Sachverhalt:

Die AG'in hatte für die Vergabe der Rettungsdienstleistungen folgende Zuschlagskriterien festgelegt:

1. Der Leistungspreis (50%)

2. Das Konzept für die Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransports (50%) mit folgenden 8 Unterkriterien (Kriteriengruppen) (je 12,5 %) :
 - Effizienz des Personaleinsatzes
 - Ausfallsicherheit Personal
 - Ausfallsicherheit Sachmittel
 - Effizienz der Hygieneschutzmaßnahmen
 - Effizienz der Materialverwaltung
 - Effizienz der Medizinprodukteverwaltung
 - Effizienz des Melde- und Berichtswesens
 - psycho-soziale Betreuung der Mitarbeiter

- Die Antragstellerin hat nach der Wertung der AG'in nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.
- Sie rügt die Entscheidung und macht insbes. geltend, das die Bewertung der Bieterkonzepte und dortige Punktevergabe nicht nachvollziehbar sei.

Entscheidung:

Der Nachprüfungsantrag ist wegen Verstoßes gegen die Dokumentationspflichten begründet.

- Die Antragsgegnerin hat die Wertung der Bieterkonzepte ausweislich einer in der Vergabeakte beigefügten **Bewertungsmatrix** zunächst in nicht zu beanstandender Weise ausschließlich auf der Grundlage der bekannt gemachten Wertungskriterien und Unterkriterien durchgeführt und die Bieterkonzepte für jedes Unterkriterium mit 0 bis 5 Punkten bewertet.
- Zur Erläuterung der Punktebewertung hatte die Antragsgegnerin allerdings nur stichwortartig für jedes Konzept und für jedes Unterkriterium Angaben und/oder Feststellungen auf der Grundlage der in den Angeboten dargelegten Konzepte in der Bewertungsmatrix festgehalten.

- So findet sich etwa in der Angebotswertung zum Unterkriterium „Effizienz des Personaleinsatzes“ der Vermerk „Keine opt-out-Regelung“ oder aber „opt-out-Regelung gewollt und angewendet“.
- Ob diese Angaben und Feststellungen sich positiv auf das Bewertungsergebnis und damit punkteerhöhend oder nicht ausgewirkt haben, ist aus der Bewertungsmatrix allerdings nicht ersichtlich.
- Gemäß § 20 VOL/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden.

- Die Dokumentation der einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens sowie der Maßnahmen und der Begründung der einzelnen Entscheidungen ist ein Ausfluss des in § 97 Abs. 1 GWB normierten sowie EU-rechtlich verankerten Transparenzgrundsatzes.

Die Vergabekammer hat die Antragsgegnerin verpflichtet, erneut in die Angebotswertung einzutreten, die Bewertung der Konzepte für die Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransports zu wiederholen und Prüfung und Ergebnis in einer den Anforderungen des § 20 VOL/A genügenden Weise in der Vergabeakte zu dokumentieren.

Die Antragsgegnerin hat sodann in der Folge ausweislich eines mit der Vergabeakte vorgelegten ergänzenden Vergabevermerks die Angebotswertung unter Beachtung der Vorgaben des bestandskräftigen Beschlusses der Vergabekammer vom 28.06.2011 im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren VgK-21/2011 wiederholt und Prüfung und Ergebnis nunmehr in einer den Anforderungen des § 20 VOL/A genügenden Weise in der Vergabeakte dokumentiert.

Die gegen die Neubewertung gestellten
Nachprüfungsanträge und Beschwerden wurden
zurückgewiesen.

VK Lüneburg, Beschl. v. 26.08.2011 – VgK-34/2011, und
v. 16.09.2011 – VgK-35/2011

OLG Celle, Beschl. v. 17.11.2011 – 13 Verg 6/11 und
Beschl. v. 12.01.2012 – 13 Verg 8/11

IV. Zum Trennungsgebot nach der Rechtsprechung des EuGH und der Vergabesenate

1. EuGH, Urteil v. 24.01.2008 – Rs. C-532/06 – „Lianakis“ / „Alexandroupolis“; VergabeR 3/2008, S. 496 ff., IBR 2008, S. 170

Sachverhalt:

- Eine Vergabestelle führt ein öffentliches Vergabeverfahren zur Erstellung einer Studie über Katasteraufnahme, Stadtplanung und Umsetzungsmaßnahmen für einen Teil der griechischen Gemeinde Alexandroupolis durch.
- In den Vergabeunterlagen werden als "Zuschlagskriterien" die "nachgewiesene Erfahrung des Sachverständigen", "Personal und Ausstattung des Büros" und die Fähigkeit zur Durchführung der Studie aufgeführt. Erst im Rahmen der Angebotsauswertung legt die Vergabestelle eine Gewichtung der angegebenen Zuschlagskriterien von 60%, 20% und 20% fest.

- Erst im Zuge der Angebotsauswertung legt die Vergabestelle fest, dass im Hinblick auf die "nachgewiesene Erfahrung" der Wert bisher durchgeführter Studien maßgeblich ist (0 Punkte für Werte bis 500.000 Euro, 60 Punkte für Werte über 12 Mio. Euro).

Personalbestand und Ausstattung des Büros sollen insbes. nach der Größe der Studiengruppe bewertet werden.

Entscheidung des EuGH:

Ein öffentlicher AG darf die Erfahrung der Bieter, deren Personalbestand und deren Ausrüstung sowie deren Fähigkeit, den Auftrag zum vorgesehenen Zeitpunkt zu erfüllen, nicht als Zuschlagskriterien, sondern nur als Eignungskriterien berücksichtigen.

Ferner verstößt es gegen den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz, wenn der AG bei der Wertung Gewichtungsregeln und Unterkriterien verwendet, die er den Bietern zuvor nicht bekannt gegeben hat.

- Die Koordinierungsrichtlinie für Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge 92/50 schließt theoretisch zwar nicht aus, dass die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter und der Zuschlag für den Auftrag gleichzeitig erfolgen können,
- doch handelt es sich bei diesen beiden Vorgängen um zwei verschiedene Vorgänge, für die unterschiedliche Regeln gelten.

- Daher sind als "Zuschlagskriterien" Kriterien ausgeschlossen, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen.
- Die vom öffentlichen Auftraggeber als "Zuschlagskriterien" berücksichtigten Kriterien im vom EuGH entschiedenen Fall bezogen sich jedoch in erster Linie auf die Erfahrung, die Qualifikationen und die Mittel, die geeignet sind, eine ordnungsgemäße Ausführung des betreffenden Auftrags zu gewährleisten.
- Es handelt sich dabei um Kriterien, die die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung dieses Auftrags betreffen und die daher nicht die Eigenschaft von "Zuschlagskriterien" im Sinne von Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 haben.

2. OLG Düsseldorf, 14.01.2009, VII-Verg 59/08 - VergabeR 2009, 619; IBR 2009, 344

Sachverhalt:

Eine öffentliche AG'in schrieb im Offenen Verfahren die Vergabe von Reinigungsdienstleistungen in fünf Losen aus. Ausweislich der Vergabebekanntmachung sollte das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten.

Als Zuschlagskriterien wurden die "Plausibilität des Angebots", die "Machbarkeit der Leistung" und der "Angebotspreis" benannt.

Die ASt rügt u. a. die Verwendung unzulässiger Zuschlagskriterien

Daraufhin erklärt die AG'in, dass allein der Angebotspreis als Zuschlagskriterium gewichtet würde. Außerdem wurde die Angebotsfrist um einige Tage verlängert.

Der ASt reicht die verbleibende Zeit nicht. Sie reicht kein Angebot ein, verlangt aber im Nachprüfungsverfahren vor der VK erfolglos eine weitere, angemessene Verlängerung der Angebotsfrist.

Entscheidung des OLG Düsseldorf:

Die ASt ist in ihren Rechten verletzt. Sie wurde durch unklare Zuschlagskriterien an einer rechtzeitigen, vergaberechtsgemäßen Angebotsabgabe gehindert.

Bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sind nur solche Kriterien zugelassen, die tatsächlich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Preises dienen, wie z. B. Qualität, Umwelteigenschaften, Rentabilität, Ausführungsfristen etc.

Die von der AG' in – ursprünglich - gewählten Kriterien dienen dagegen der Beurteilung der Eignung und der formellen Prüfung der eingereichten Angebote.

Darin liege eine unzulässige Vermischung der Wertungsstufen.

3. OLG München, Beschl. v. 21.11.2013 – Verg 9/13 (Ing.-Leistungen für Ortsumgehungsstraße; zitiert nach ibr-online)

Sachverhalt:

- AG hat Ingenieurleistungen für den Neubau einer Ortsumgehungsstraße im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Teilnahmewettbewerb nach § 3 Abs. 1 VOF ausgeschrieben.
- Zur Feststellung der Eignung fragt der AG bei den Bewerbern unter anderem die besondere Qualifikation und Erfahrung von Mitarbeitern für Planung, Ausführung und Bauüberwachung vergleichbarer Vorhaben ab und führt auf dieser Basis die Bewerberauswahl durch.

- An die zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber versendet der Auftraggeber unter anderem zwei Bewertungsbögen für die 1. Verhandlungsstufe, in denen verschiedene Zuschlagskriterien und zu erreichende Punktzahlen angegeben sind.
- Gefordert sind unter anderem nähere Informationen zur Qualifikation und Erfahrung des Gesamtprojektleiters sowie weiterer eingesetzter Mitarbeiter. Erzielbar sind in diesem Bereich ca. 1/3 der Gesamtpunkte.
- Ein Bewerber rügt, dass die Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiter sowohl unter Eignungsgesichtspunkten als bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes berücksichtigt werden soll.

Entscheidung des OLG München:

- Die ASt ist in ihren Rechten verletzt.
- Auch im VOF-Verfahren ist – jedenfalls nach aktuell noch geltender Rechtslage- streng zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien zu unterscheiden!
- Wenn der AG bereits im Zuge der Eignungsprüfung konkret die Erfahrung und Qualifikation einzelner Mitarbeiter des Bewerbers mit vergleichbaren Projekten abfragt, darf dieser Aspekt nicht nochmals als Zuschlagskriterium herangezogen werden.

(Der Senat schließt sich der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom 12.06.2013, Verg 7/13 sowie OLG Karlsruhe vom 21.12.2012, 15 Verg 10/12 an)

5. Bleibt noch „Luft“ für Qualitätskriterien?

Die Ausgangslage . . .

- Die Vergaberichtlinien der EU legen übereinstimmend fest, dass für die Auftragsvergabe grundsätzlich zwei Kriterien maßgebend sein dürfen. Der öffentliche Auftraggeber darf entweder den Bieter auswählen, der den niedrigsten Preis anbietet, oder denjenigen Anbieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat (vgl. Art. 53 und 54 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR)).
- Der deutsche Gesetzgeber hat sich in § 97 Abs. 5 GWB jedoch zulässigerweise ausdrücklich dafür entschieden, dem Kriterium „wirtschaftlichstes Angebot“ den Vorzug vor dem ebenfalls zulässigen Kriterium „niedrigster Preis“ zu geben.

- VOB/A, VOL/A und VOF führen übereinstimmend die Qualität der Leistung als zulässiges Zuschlagskriterium auf (§ 16 EG Abs. 7 Satz 2 VOB/A, § 19 EG Abs. 9 VOL/A und § 20 Abs. 1 VOF).
- Am deutlichsten hebt die Bedeutung der Qualität § 20 Abs 1 VOF hervor:

„ Die Auftragsverhandlungen mit den nach § 10 Abs. 1 ausgewählten Bietern dienen der Ermittlung des Bieters, der im Hinblick auf die gestellte Aufgabe am ehesten die Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserfüllung bietet.“

- Das Kriterium „Qualität“ an sich ist aber zu unbestimmt. Es ist in besonderer Weise auf eine Konkretisierung durch den Auftraggeber angewiesen.
- Ohne weitere Festlegungen ist es zu pauschal und interpretationsbedürftig (vgl. Wiedemann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 2. Aufl., § 16, Rn. 286, m. w. N.).

Für die Konkretisierung kommt es auf den Auftragsgegenstand an:

- Bei **Bauleistungen** ermöglicht das Zuschlagskriterium „Qualität“ dem Auftraggeber, spezifische Anforderungen an die Güte und Beschaffenheit einer Bauleistung aufzustellen und bei der Wertung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere im Kontext mit weiteren zulässigen Kriterien wie „Ästhetik“ und „Funktionalität“ (vgl. Frister in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, 3. Aufl., § 16, Rn. 118).

- Bei **Lieferleistungen** kann der Auftraggeber Beschaffenheitsmerkmale aufstellen, die die Qualität der Ware bestimmen und daher auch Gegenstand der Bewertung sein dürfen (Vgl. Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 03.02.2004, Verg W 9/03 – dort zu Merkmalen von Rettungswagen wie z. B. Innengeräuschpegel, Art und Funktionsweise von Halte- und Befestigungssystemen etc.).

- Problematisch – im Hinblick auf die Abgrenzung zu den Eignungskriterien – ist die Festlegung der Qualitätsanforderungen als Zuschlagskriterium dagegen regelmäßig bei der Beschaffung von **Dienstleistungen**.

Auch hier muss die Bewertung – soweit möglich – von der Einhaltung konkreter funktionaler Parameter abhängig gemacht werden. Der Auftraggeber muss insbesondere Eigenerklärungen des Bieters zur Qualität überprüfen können.

Bei vielen Dienstleistungen – insbes. solchen nach Anhang I B, ist es zweckmäßig, die Qualität von Einzelkonzeptionen zu bewerten und hieraus eine Prognose für die Qualität der Leistung abzuleiten (vgl. Wiedemann, a. a. O., § 16 VOL/A, Rn. 286).

Im Gegensatz etwa zu Lieferleistungen aber haben qualitative Aspekte bei Dienstleistungen immer auch **Bezug** zur Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieterunternehmens und damit zu Eignungskriterien im Sinne des § 6 Abs. 3 VOL/A.

Denn ein qualitatives Zuschlagskriterium muss bei einem Dienstleistungsauftrag notwendigerweise auch die angebotene, konkrete Art und Weise der Erbringung der Dienstleistung berücksichtigen.

Diese Aspekte wiederum sind immer verbunden mit der Erfahrung des Bieters und seiner personellen und sächlichen Ausstattung sowie der Fähigkeit, die für den konkreten Auftrag erforderliche Logistik vorzuhalten oder aufzubauen.

Zur Vermeidung einer unzulässigen Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist daher darauf zu achten, dass - insbesondere -Bieterkonzepte nur und spezifisch für die Ausführung des konkreten Auftrags abgefragt werden!

Wird lediglich der generelle Standard des Bieters – etwa bezüglich der Personalauswahl im Rahmen eines Personalkonzepts – abgefragt, so ist dies ausschließlich als Eignungskriterium zulässig.

Beispiel:

Die Berücksichtigung von Bieterkonzepten als Zuschlagskriterium in Dienstleistungsausschreibungen

OLG Celle, Beschluss v. 12.01.2012 – 13 Verg 9/11;
VK Lüneburg, Beschluss v. 04.10.2011 – VgK-
26/2011 („Rettungsdienste“)

Ist die Berücksichtigung von Bieterkonzepten bei der
Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes mit der
geschilderten höchstrichterlichen und
obergerichtlichen Rechtsprechung vereinbar?

Die vom AG vorgegebenen 8 Konzeptkriterien

- Ausfallsicherheit Personal
- Ausfallsicherheit Sachmittel
- Effizienz der Hygieneschutzmaßnahmen
- Effizienz der Materialverwaltung
- Effizienz des Personaleinsatzes
- Effizienz der Medizinprodukteverwaltung
- Effizienz des Melde- und Berichtswesens
- Psycho-soziale Betreuung der Mitarbeiter

...

. . . lassen doch zumindest Rückschlüsse auf die Fachkunde und die Leistungsfähigkeit der Bieter und damit auch auf die Eignung zu.

Die VK Niedersachsen und das OLG Celle haben das konkret abgefragte Bieterkonzept gleichwohl als zulässiges Zuschlagskriterium bewertet.

- Das OLG hat entschieden, dass jedenfalls hinsichtlich der seitens der Antragstellerin gerügten Wertungskriterien 2 - 8 eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht vorliegt.
- Zwar ist nicht entscheidend, wie der Auftraggeber selbst – subjektiv - die Kriterien in den Angebotsunterlagen einordnet.

- Wenn für die Bewertung der Leistung Maßstäbe aufgestellt werden, die nur zum Ausdruck bringen, wie sich die Eignung des Bieters auf dessen Leistungen auswirkt, handelt es sich nicht um Zuschlags-, sondern um Eignungskriterien.
- Wenn sie überwiegend ein Mehr oder Weniger an persönlicher Eignung des Bieters auf dessen Leistungen beziehen, sind sie unzulässig, weil es mit dem System der Wertungsvorschriften nicht zu vereinbaren ist, unterschiedliche Eignungsgrade von Bietern bei der Entscheidung über den Zuschlag zu berücksichtigen.

- Andererseits wird die persönliche Qualifikation eines Bieters besonders im Dienstleistungsbereich regelmäßig auch Einfluss auf die Qualität seiner Leistungen haben.

Dies kann aber nicht zur Folge haben, dass - entgegen der Regelung in § 18 Abs. 1 S. 2 VOL/A - als Zuschlagskriterium nur der niedrigste Preis, nicht aber qualitative Gesichtspunkte in Betracht kommen.

Auch ein geeigneter Bieter kann schlechte oder gar völlig ungeeignete Leistungen anbieten.

- Maßgeblich ist, ob sich die Qualitätsmerkmale, die zu Zuschlagskriterien gemacht werden, im Wesentlichen aus den im Rahmen der Eignungsprüfung getroffenen Feststellungen zu Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters ergeben

oder

ob für sie unabhängig davon ein Wertungsspielraum verbleibt, der den jeweiligen Leistungen unterschiedliche Qualität zumessen kann.

- Entscheidend ist, dass die Unterkriterien, ihre Erläuterungen und die für sie aufgestellte Bewertungsmatrix ("Schulnotensystem") erkennen lassen, dass der Antragsgegner hier vorrangig nicht die Kompetenz der Bieter abfragen und bewerten wollte, sondern das von ihnen für das konkrete Los aufgestellte Konzept und damit die jeweils angebotene Leistung im Auge hat.

Es geht weniger um die Leistungsfähigkeit der Bieter, die diese alle in gleicher Weise haben müssen, als um deren konkrete Angebote, die unterschiedlichen Konzepten folgen.

Entscheidend ist danach, ob es sich um
(spezifisch) auftragsbezogene oder

(allgemein) bieterbezogene Qualitätskriterien
handelt!

Ausblick:

Die neue EU-Richtlinie „über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG“, verabschiedet durch das Parlament am 15.01.2014, „löst den Knoten auf“!

„Artikel 66 Zuschlagskriterien:

1. Die öffentlichen Auftraggeber erteilen unbeschadet der für **den Preis bestimmter Lieferungen oder** die Vergütung bestimmter Dienstleistungen geltenden nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften den Zuschlag **auf der Grundlage** des wirtschaftlich günstigsten Angebots.
2. Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage **des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der Lebenszykluskostenrechnung gemäß Artikel 67, und kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien – unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte – bewertet wird**, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. **Zu diesen Kriterien kann u. a. Folgendes gehören:**

- a) Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für Alle, **soziale**, umweltbezogene und innovative **Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen;**
- b) Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, **wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder**
- c) Kundendienst und technische Hilfe, **Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren** sowie Liefer- oder Ausführungsfrist.“

Danke

für Ihre

Aufmerksamkeit !