



Das wirtschaftlichste Angebot

Hinweise zur richtigen Gestaltung und Wertung im Vergabeverfahren



Leitfaden

A. Ausgangssituation

Eines der Herzstücke einer öffentlichen Vergabe ist die Wertung der eingegangenen Angebote. Häufig erteilen die öffentlichen Auftraggeber dem billigsten und nicht dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag. Die Praxis zeigt, dass gerade bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung und bei der Wertung der Angebote Fehler unterlaufen oder Gestaltungsmöglichkeiten ungenutzt bleiben.

Die Ursache hierfür liegt darin, dass die Vergabestellen sich zum einen nicht vorwerfen lassen wollen, großzügig mit öffentlichen Mitteln umzugehen. Zum anderen darin, dass die Erteilung des Zuschlages nur nach dem Preis einfacher und jedermann verständlich ist. Eine Zuschlagsentscheidung anhand zusätzlicher Kriterien ist für den Auftraggeber in der Praxis zwar mit mehr Aufwand verbunden. Trotzdem hat der Auftraggeber, sofern dies bei der konkreten Auftragsvergabe möglich ist, die Aufgabe, qualitative Unterschiede der Angebote herauszuarbeiten und bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen.

Nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Vergabeverordnung und den Vergabe- und Vertragsordnungen ist der Zuschlag **nicht** auf das **billigste Angebot** zu erteilen, sondern auf das **wirtschaftlichste Angebot**.

Die qualitativen Unterschiede eines Angebots hat der Auftraggeber anhand von Kriterien zu ermitteln, die er schon in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben hat.¹⁾ Für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte ist dies zwar nur für Bekanntmachungen nach der VOL/A ausdrücklich vorgeschrieben, aber allgemein empfehlenswert. Die Kriterien, deren Verwendung der Auftraggeber im konkreten Fall vorsieht, müssen zudem sachlich gerechtfertigt sein.

Diese Hinweise sollen dem Auftraggeber einen **Überblick über die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots** und den Wertungsablauf geben. Außerdem werden **Gestaltungsmöglichkeiten und Spielräume bei der Erstellung der Vergabeunterlagen** aufgezeigt.

B. Die Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Vor der **Bekanntmachung** der Ausschreibung und der Versendung der Vergabeunterlagen hat der Auftraggeber die Kriterien für die Vergabe des Auftrags zu bestimmen. Hierbei muss der Auftraggeber festlegen, was er sich von dem Auftrag erwartet. Eine gute Vorbereitung ist eine wesentliche Voraussetzung für ein erfolgreiches Vergabeverfahren. Der Auftraggeber muss schon vor Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens einige wesentliche Entscheidungen treffen und sich dabei insbesondere mit folgenden Fragen auseinandersetzen:

1) Vgl. § 12 Abs. 2 Buchst. n VOL/A, § 19 EG Abs. 8 VOL/A, § 16 EG Abs. 7 Satz 1 VOB/A.

- Welche Anforderungen sind an die zu beschaffende Leistung zu stellen?
 - Erstellung der Leistungsbeschreibung einschließlich Festlegung technischer Spezifikationen und ggf. Bedingungen für die Auftragsausführung
- Welche Anforderungen sollen potentielle Bieter bzw. Bewerber erfüllen?
 - Festlegung der Eignungskriterien
- Auf welche Kriterien kommt es dem Auftraggeber an, um zu beurteilen, welches Angebot das wirtschaftlichste ist?
 - Festlegung der Wertungskriterien (auch Zuschlagskriterien genannt)

Bei diesen Fragen handelt es sich um wesentliche Stellschrauben für den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens. Der öffentliche Auftraggeber sollte diese Gestaltungsmöglichkeiten daher nicht ungenutzt lassen, sondern sich gerade bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausreichend Zeit nehmen. Die Beantwortung dieser Fragen hängt auch davon ab, was mit dem Vergabeverfahren erreicht werden soll und was das Vergaberecht leisten kann und soll.

Zielsetzung im Vergabewesen

Das öffentliche Beschaffungswesen dient in erster Linie der **Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand unter sparsamer und wirtschaftlicher Verwendung der verfügbaren Mittel**. Daneben kann der öffentliche Auftraggeber auch sog. **Sekundärziele bei der Auftragsvergabe** berücksichtigen, insbesondere zu sozialen, umweltbezogenen und innovativen Aspekten, sofern diese Kriterien im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.²⁾ In Bayern ergeben sich entsprechende Vorgaben insbesondere aus den Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen³⁾ und der Bekanntmachung zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit.⁴⁾

Zur Unterstützung der nachhaltigen Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber wurde außerdem beim Beschaffungswesen des Bundesministeriums des Innern eine Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung eingerichtet, die Bund, Länder und Kommunen über die Möglichkeiten, ökologische und soziale Kriterien in ihrer Beschaffungstätigkeit zu berücksichtigen, informiert. Eine zu diesem Zweck eingerichtete webbasierte Informationsplattform, die auch eine eigene bayerische Länderseite umfasst, bietet Handlungshilfen für eine wirkungsvolle Einbeziehung von Aspekten der Nachhaltigkeit in die Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen der öffentlichen Hand.⁵⁾

2) Vgl. insbesondere die Regelung in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB: „Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“

3) Richtlinien über die Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 28.4.2009, Az. B II 2-5152-15, AllIMBI 2009, S. 163, StAnz 2009, Nr. 19.

4) Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit, Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29.4.2008, Az. B II 2-515-252, AllIMBI 2008, S. 322, StAnz 2008, Nr. 20.

Über Möglichkeiten der innovativen Beschaffung berät das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie mit dem Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik eingerichtete Kompetenzzentrum „Innovative Beschaffung“ öffentliche Einkäufer der Kommunen, der Länder und des Bundes.⁶⁾

(1) Die Erstellung der Leistungsbeschreibung

Anforderungen an die Leistungserbringung

Der öffentliche Auftraggeber hat grundsätzlich ein **Leistungsbestimmungsrecht**: Bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs ist der Auftraggeber weitgehend frei, sofern die Festlegungen aufgrund sachlicher und auftragsbezogener Gründe diskriminierungsfrei erfolgen.⁷⁾ Um ein hohes Maß an Qualität der angebotenen Leistung zu garantieren, kann der Auftraggeber konkrete Anforderungen an die Leistung stellen. Insbesondere sind in der Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen und ggf. Bedingungen für die Auftragsausführung festzulegen. Die gewünschte Leistung ist so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, wobei auch eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (funktionale Ausschreibung) zulässig ist. Die Ausschreibung hat grundsätzlich produktneutral zu erfolgen.

Mittelständische Aspekte

Mittelständische Aspekte sind ein wichtiges Anliegen und daher bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Daher ist nach § 97 Abs. 3 GWB grundsätzlich eine Aufteilung des Auftrags in Fachlose und Teillose vorgeschrieben. Eine Gesamtvergabe ist hingegen nur dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Diese Gründe sind im Vergabevermerk darzulegen. Um eine mittelstandsfreundliche Gestaltung des Vergabeverfahrens zu erreichen, müssen auch Bietergemeinschaften und die Einbeziehung von Unterauftragnehmern zugelassen werden.

Soziale und umweltbezogene Aspekte

In der Leistungsbeschreibung können auch soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt werden, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand im sachlichen Zusammenhang stehen. So sind nach den Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen bei umweltbedeutenden Aufträgen vom Auftraggeber bereits in der Planungsphase umweltfreundliche und energieeffiziente Lösungen zu ermitteln und in der Leistungsbeschreibung etwaige Gesichtspunkte des Umweltschutzes und des Energieverbrauchs vorzugeben.⁸⁾

Der Auftraggeber kann dabei z. B. Anforderungen in der Leistungsbeschreibung als Mindeststandards festlegen und im Rahmen der Zuschlagsentscheidung Bewertungspunkte für das Übertreffen der Mindestanforderungen vergeben.

5) www.nachhaltige-beschaffung.info

6) www.koinno-bmwi.de

7) Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 15.11.2013, Az. 15 Verg 5/13; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.8.2012, Az. VII-Verg 10/12.

8) Vgl. Ziffern 1 und 2 der Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen, aaO.

Beispiele für soziale und Umweltaforderungen an die Leistung:

- Behindertengerechte Gestaltung eines Internet-Portals
- Anforderung an die Energieeffizienzklasse bei technischen Geräten⁹⁾
- Vorgaben für den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen¹⁰⁾
- Strom aus erneuerbaren Energiequellen („Ökostrom“)¹¹⁾
- Holzprodukte, die nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen¹²⁾
- Verwendung von Recyclingpapier
- Vorgabe, dass ein Produkt bestimmte Inhaltsstoffe (z. B. Chemikalien) nicht enthält

Gütezeichen

Es können auch mit dem Auftragsgegenstand im Zusammenhang stehende Kriterien aus Gütezeichen verwendet werden (z. B. „Blauer Engel“, „Europäisches Umweltzeichen“). Hierbei ist nach geltender Rechtslage darauf zu achten, dass keine pauschale Bezugnahme auf das Gütezeichen erfolgt, sondern die konkret geforderten Kriterien genannt werden. In der Ausschreibung muss außerdem zum Nachweis, dass diese Kriterien erfüllt werden, neben dem Gütezeichen auch der Nachweis durch jedes andere Beweismittel zugelassen werden.¹³⁾

(2) Die Festlegung der Eignungskriterien

Die Eignungskriterien sind Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit, vgl. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Hierbei handelt es sich um **unbestimmte Rechtsbegriffe**, die der Auftraggeber in der Bekanntmachung zu **konkretisieren** hat.

Bei der Konkretisierung kommt dem Auftraggeber ein **Spielraum**¹⁴⁾ zu. Er kann bestimmen, welche qualitativen Anforderungen in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht er bei der **konkreten** Auftragsvergabe an die Auftragnehmer stellt. Die gestellten Anforderungen müssen **objektiv, diskriminierungsfrei** und durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein. Der Auftraggeber kann dabei auch Mindestanforderungen stellen, die in der Bekanntmachung als solche gekennzeichnet werden.

Eignungskriterien: Fachkunde

Ein Bieter ist als **fachkundig** anzusehen, wenn er über umfassende, dem Stand der Technik entsprechende Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügt, die erforderlich sind, um den konkreten Auftrag fachgerecht auszuführen. Die notwendige Fachkunde muss entweder in der Person des Bieters vorliegen oder in der Person der von ihm eingesetzten Mitarbeiter.

9) Vgl. die Vorgaben in § 4 Abs. 4 VgV für energieverbrauchsrelevanten Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen im Rahmen von Lieferleistungen.

10) Vgl. die Vorgaben in § 4 Abs. 7 bis 10 VgV für die Beschaffung von Straßenfahrzeugen.

11) Vgl. EuGH, Urteil v. 4.12.2003, Rs. C-448/01 (Wienstrom).

12) Zur Verwendung von Holzprodukten vgl. auch die Vorgabe in Ziffer 2.3 der Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen, aaO.

13) Vgl. EuGH, Urteil v. 10.05.2012, Rs. C-368/10. Die Verwendung von Umweltzeichen wird in § 8 EG Abs. 5 VOL/A und § 7 Abs. 7 VOB/A, § 7 EG Abs. 7 VOB/A VO geregelt.

14) Vgl. OLG München, Beschluss v. 21.05.2010, Az. Verg 02/10.

Die Anforderungen, die der Auftraggeber stellt, müssen für die jeweils geforderte Leistung erforderlich und sachdienlich sein. Bei **einfachen Leistungen** werden in der Regel Angaben über den erfolgreichen Abschluss des **üblichen Ausbildungswegs** genügen, z. B. Diplom, Eintrag in die Handwerksrolle, Gesellenprüfung etc. Bei **schwierigen Leistungen** können darüber hinaus Angaben notwendig sein, dass der Bieter schon **vergleichbare Arbeiten** ausgeführt hat. Der Auftraggeber kann hier auch Auskünfte über das **eingesetzte Personal**¹⁵⁾, **Berufserfahrung**, die **Durchführung von Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen** etc. von den Unternehmen verlangen, sofern dies zur Durchführung des Auftrags notwendig ist (z. B. bei der Restaurierung denkmalgeschützter Gebäude, bei Kanalbauarbeiten, Betonerhaltungsarbeiten; hier ist es besonders wichtig, dass das eingesetzte Personal mit dem neuesten Stand der Technik vertraut ist und der Auftragnehmer keine ungelerneten Hilfskräfte einsetzt).

Leistungsfähigkeit

Leistungsfähig ist, wer als Unternehmer über die **wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Mittel** verfügt, um den konkreten Auftrag fachlich einwandfrei und fristgerecht durchzuführen. Dieses Kriterium stellt u. a. auf den Betrieb des Bewerbers ab, ob **dessen Umfang** und seine **Ausstattung** sowie seine **Kapazität** geeignet ist, den konkret zu vergebenden Auftrag ohne Schwierigkeiten auszuführen.

In **technischer Hinsicht** erfordert das Kriterium der Leistungsfähigkeit, dass der Bieter über die notwendige maschinelle und geräte- und materialtechnische Ausstattung verfügt, um den Auftrag auszuführen.¹⁶⁾ Dieses Kriterium ist vor allem bei der Vergabe von Bauaufträgen besonders wichtig. Zu den Gesichtspunkten der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit gehört auch die für die Ausführung der Arbeiten notwendige **spezifische Erfahrung**.¹⁷⁾

Im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit können insbesondere auch Aspekte des Umweltschutzes berücksichtigt werden. So kann bei entsprechendem Bezug zum Auftragsgegenstand beispielweise verlangt werden, dass der Bieter bestimmte Normen des Umweltmanagements erfüllt.¹⁸⁾ Dabei kann der Nachweis z. B. durch eine Zertifizierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS oder nach dem internationalen privatwirtschaftlichen System DIN EN ISO 14001 erfolgen. Auch hier müssen aber andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen akzeptiert werden.

Die **wirtschaftliche** und **finanzielle Leistungsfähigkeit** ist dann anzunehmen, wenn ein Bieter über die Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, seine laufenden Verbindlichkeiten gegenüber dem Personal, dem Staat und den Lieferanten zu erfüllen und der unternehmerische Gesamtumsatz den Schluss zulässt, dass der Bieter den konkreten Auftrag ausführen kann. Gleichzeitig ist im Interesse mittelständischer Unternehmen aber darauf zu achten, dass an dieser Stelle (insbe-

15) VÜA Bund, Beschluss v. 17.12.1997, Nr. 1 VÜ 23/97 („Schweißnachweis“).

16) VÜA Bayern, Beschluss v. 12.5.1999, VÜA 15/98 („Natursteinarbeiten“).

17) EuGH, Urteil v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Bentjees, Slg. I 4635, 4656.

18) Vgl. § 7 EG Abs. 11 VOL/A und § 6 EG Abs. 9 Nr. 1 VOB/A.

sondere im Hinblick auf den Umsatz des Bieters) keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.

Zuverlässigkeit

Zuverlässig ist, wer die Gewähr für eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung bietet.¹⁹⁾ Gründe, die die Zuverlässigkeit ausschließen können, sind zum Beispiel:

- die Nichtabführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen
- schwere Verfehlungen (Bestechungsversuche, Urkundendelikte, Vermögensdelikte)
- Verstoß gegen anerkannte Berufspflichten (im Baugewerbe die anerkannten Regeln der Technik und der Baukunst)
- Verstoß gegen die nach dem Arbeitnehmerentendegesetz vorgeschriebenen Mindestarbeitsbedingungen bzw. Löhne²⁰⁾ oder Nichteinhaltung zwingender tariflicher Vorgaben²¹⁾
- Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
- **berechtigte** Zweifel an der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung z. B. bei grundlosem Verweigern von Gewährleistungsarbeiten bei offenkundigen Mängeln

Nach der Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit ist außerdem vom Bieter bei bestimmten Produkten (z. B. Natursteine, Textilien, Agrarprodukte wie Kaffee) aus Afrika, Asien oder Lateinamerika eine entsprechende Eigenerklärung zu verlangen.²²⁾

Das in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB inzwischen enthaltene zusätzliche Merkmal der **Gesetzestreue** wurde vom Gesetzgeber lediglich zur Klarstellung nachträglich eingefügt. Inhaltlich handelt es sich hierbei um einen Unterfall des Merkmals der Zuverlässigkeit.

Grenzen

Bei der Wahl der Anforderungen an die Eignung ist der Auftraggeber nicht völlig frei.

Grenzen werden ihm insbesondere durch den Gleichbehandlungsgrundsatz gesetzt. Er darf sich bei seiner Entscheidung nicht von willkürlichen und sachwidrigen Erwägungen leiten lassen und es muss ein Bezug zum Auftragsgegenstand vorliegen.

Im Bereich der VOL/A sind – anders als nach der VOB/A (vgl. § 6 EG Abs. 3 Ziffer 2 VOB/A) – grundsätzlich lediglich Eigenerklärungen zu verlangen. Die Forderung von anderen Nachweisen als Eigenerklärungen haben die Auftraggeber in der Dokumentation zu begründen, vgl. § 7 EG Abs. 1 VOL/A.

19) Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 15.3.2011, Az. Verg W 5/11.

20) VK Bund, Beschluss v. 9.9.2009, VK 3-163/09: Nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Damit wird klargestellt, dass die Bindung an zwingende Regelungen auf der Grundlage des AEntG im Vergabeverfahren über eine Verpflichtungserklärung im Rahmen der Eignungsprüfung abfragbar ist und der Eignungsprüfung zu Grunde gelegt werden darf.

21) VK Bund, Beschluss v. 8.1.2008, Az. VK 3 - 148/07.

22) Vgl. Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit, Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29.4.2008, Az. B II 2-515-252, AllIMBI 2008, S. 322, StAnz 2008, Nr. 20.

Bekanntgabe der Eignungskriterien an die Bieter

Der Auftraggeber hat die Eignungskriterien, deren Verwendung er bei der konkreten Auftragsvergabe vorsieht, den Bietern **vorher** in der Bekanntmachung bekannt zu geben.²³⁾ Dabei sollte der Auftraggeber ggf. darauf hinweisen, dass Eignungsnachweise, die durch Präqualifizierungsverfahren erworben wurden, zugelassen werden.

Bei zweistufigen Verfahren (insb. nichtoffenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb) besteht folgende Besonderheit: Hier kann der öffentliche Auftraggeber festlegen, dass er nicht sämtliche Bewerber zur Angebotsabgabe auffordert, sondern lediglich eine bestimmte Anzahl. Jedenfalls im Oberschwellenbereich sind die Anzahl der aufzufordernden Unternehmen und die Kriterien für die Auswahl in der Bekanntmachung anzugeben. Die Anzahl darf im nicht offenen Verfahren nicht unter fünf, im Verhandlungsverfahren nicht unter drei liegen (§ 3 EG Abs. 5 VOL/A; § 6 EG Abs. 2 Ziffer 2 und 3 VOB/A).

(3) Die Festlegung der Wertungskriterien

Der öffentliche Auftraggeber muss außerdem die Wertungskriterien (auch Zuschlagskriterien genannt) festlegen. Die Wertungskriterien **müssen entweder in den Vergabeunterlagen (z. B. der Leistungsbeschreibung) oder in der Bekanntmachung angegeben werden** und sind Richtschnur für die Beurteilung der Angebote. Bei europaweiten Vergabeverfahren ist auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien (d. h. die Bewertungsmatrix) anzugeben.

Wertungsmaßstab

Bei der Aufstellung der Wertungskriterien besteht ein **Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum**, dessen Umfang je nach Art der Ausschreibung unterschiedlich sein kann. Dieser Spielraum ist allerdings insofern begrenzt, als der Auftraggeber **nur auftragsbezogene Kriterien** heranziehen darf. Kriterien, die die Qualifikation des Bieters betreffen, z. B. der Umstand, dass ein Bieter bereits mehr Erfahrung bei der Erbringung einer Leistung hat, dürfen grundsätzlich in diesem Schritt der Wertung nicht mehr berücksichtigt werden (kein „Mehr an Eignung“).²⁴⁾ Wertungskriterien über den Preis hinaus sind in der Regel (aber nicht nur) bei funktionaler Ausschreibung sowie dann festzulegen, wenn bei EU-Verfahren Nebenangebote oder Sondervorschläge zugelassen werden sollen.

Ist der Preis alleiniges Zuschlagskriterium, dürfen **Nebenangebote** grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden.²⁵⁾ Auftraggeber, die Nebenangebote zulassen wollen, müssen daher bei EU-Verfahren allein aus diesem Grund neben dem Preis weitere qualitative Wertungskriterien festlegen.²⁶⁾

23) Vgl. § 12 Abs. 2 Buchst. I VOL/A, § 7 EG Abs. 5 VOL/A, § 12 Abs. 1 Ziff. 2 Buchst. u VOB/A; OLG München, Beschluss v. 15.3.2012, Az. 2 Verg 2/12.

24) Seit Oktober 2013 können gemäß § 4 Abs. 2 S. 2-4, § 5 Abs. 1 S. 2-4 VgV bei der Vergabe von sog. nachrangigen Dienstleistungen im Rahmen der Angebotswertung auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des bei der Durchführung des betreffenden Auftrags eingesetzten Personals berücksichtigt werden, wenn diese Kriterien Auswirkungen auf die Qualität der Leistung haben können. Die Gewichtung solcher Kriterien soll insgesamt 25 Prozent nicht überschreiten.

25) BGH, Beschluss v. 7.1.2014, Az. X ZB 15/13.

26) Nach Auffassung des OLG Düsseldorf (Beschluss v. 27.11.2013, Verg 20/13) verstößt es allerdings gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und die Selbstbindung des Auftraggebers, wenn der Auftraggeber die Zuschlagskriterien mit Preis 95 % und Terminplanung 5 % angibt, sich die Vergabeentscheidung aber faktisch allein nach dem Angebotspreis richtet (Kriterium Terminplanung als bloße „Alibifunktion“).

Der Auftraggeber hat **alle** Wertungskriterien, die er für die konkrete Vergabeentscheidung heranzuziehen beabsichtigt, **im Einzelnen** in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufzuführen. Eine bloße **Wiederholung des Gesetzestextes**, beispielsweise ein genereller Hinweis auf die Wertungskriterien nach § 16 EG Abs. 7 VOB/A oder des § 19 EG Abs. 9 VOL/A, **genügt nicht**. Im Falle einer solchen allgemein gehaltenen Gesetzeswiederholung ist der Preis das einzig bestimmte Wertungskriterium – andere Wertungskriterien dürfen für die Vergabeentscheidung nicht herangezogen werden.²⁷⁾

Wertungskriterien

Wertungskriterien können für den Auftraggeber zum einen alle **monetären Faktoren** sein. Das sind die Faktoren, die für die Kalkulation eines Angebots maßgeblich sind und letztlich Einfluss auf die Gesamtaufwendungen des Auftraggebers für eine Leistung haben, z. B.

- der Preis
- die Qualität, die regelmäßig den Preis beeinflusst,
- Innovation
- Höhe etwaiger Reparaturkosten
- Wartungs- und Instandhaltungskosten
- Energieverbrauch
- sonstige Folgekosten
- Unterhaltungskosten
- Lebensdauer.

Zum anderen können **Wertungskriterien** auch **nichtmonetäre Faktoren** sein. Darunter sind alle Faktoren zu verstehen, die für die Gesamtbewertung eines Angebots maßgebend sind.

Welche Faktoren berücksichtigt werden können, ist in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen und nachvollziehbar zu dokumentieren. Sofern ein entsprechender Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, ist ggf. zu denken an

- technische Unterstützung
- Umwelteigenschaften²⁸⁾
- Ästhetik
- Zweckmäßigkeit
- Ausführungs- und Lieferfristen.

Die Faktoren können sehr bereichsspezifisch sein. Bei Betreiber Ausschreibungen nach der VOL/A kommen beispielsweise in Betracht:

- Kundenservice, Benutzerfreundlichkeit
- Marketingkonzepte (so kann es z. B. bei der Ausschreibung eines Betreibers für ein kommunales Bad notwendig sein zu wissen, welche Marketingmaßnahmen der Bieter durchführen will, um die Besucherzahlen zu steigern) Werbung (hiermit kann der Auftraggeber z. B. erfragen, welche Werbemaßnahmen ein Bieter für die zu erbringende Dienstleistung (Messe, Open-Air-Veranstaltung, öffentliche Einrichtung etc.) durchführen will)

27) Vgl. BayObLG, Beschluss v. 12.9.2000, Az. Verg 04/00.

28) Vgl. auch die Anforderungen an die Wertung der Angebote gemäß Ziffer 5 der Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen, aaO.

- Nutzung von Synergieeffekten (z. B. Konzepte für Kooperationen mit Schulen, mit Hotels, Einbindung der lokalen Gegebenheiten bei der Durchführung des Auftrags)

Als Kriterien für die Vergabe von komplexeren Bauaufträgen nach der VOB/A kommen beispielsweise folgende Aspekte in Betracht:²⁹⁾

- Technisches Konzept (z. B. Durchführbarkeit, Fehleranfälligkeit, Störungsresistenz)
- Konzept zur Terminplanung (z. B. Bauzeitenplan unter Berücksichtigung der Vorgaben des Auftraggebers, Beschleunigungsmaßnahmen)
- Konzept zur logistischen Durchführung (z. B. Baustellenmanagement, Schnittstellenmanagement)
- Konzept zur Umweltverträglichkeit (z. B. Minimierung des Baustellenverkehrs, Emissionen des zum Einsatz kommenden Fahrzeugparks)
- Arbeitssicherheit (Konzept zur Umsetzung)

Gewichtung der Wertungskriterien

Verwendet der Auftraggeber bei einer Ausschreibung mehrere Wertungskriterien, so haben sie in der Regel für ihn eine unterschiedliche Wichtigkeit. Beispielsweise können Folgekosten wichtiger sein als die Lieferfristen. Damit die Bieter bei ihrer Angebotserstellung die speziellen Bedürfnisse des Auftraggebers berücksichtigen können, soll der Auftraggeber die Gewichtung der Wertungskriterien in den Vergabeunterlagen bekanntgeben. Bei europaweiten Vergabeverfahren sind die Wertungskriterien und ihre Gewichtung zwingend in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben.

Bei der Gewichtung der Wertungskriterien muss sichergestellt werden, dass der Preis ein wichtiges, die Vergabeentscheidung substantiell beeinflussendes Entscheidungskriterium bleibt und nicht lediglich am Rande der Wertung steht.³⁰⁾

Grenzen

Bei der Auswahl der Wertungskriterien ist der Auftraggeber nicht völlig frei. Die verwendeten Kriterien müssen **rechtlich zulässig** sein, d. h. **diskriminierungsfrei, willkürfrei** und **sachgemäß**. Das Merkmal der Ortsansässigkeit ist daher in der Regel kein sachliches Kriterium³¹⁾, ebenso wenig die Berücksichtigung von **subjektiven Kriterien** und **ungesicherten Erkenntnissen**.

29) Kriterien zum Teil entnommen aus VergabeNews, Ausgabe Juli 2011, S. 82, Leinemann/Homann, Weiche Wertungskriterien.

30) Vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 5.1.2001, Az. WVerG 11/00; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.12.2001, Az. Verg 22/01. Ob dabei, wie vom OLG Dresden aaO gefordert, eine Größenordnung von 30 % regelmäßig nicht unterschritten werden darf, erscheint nicht abschließend geklärt. Siehe dazu auch OLG Düsseldorf aaO und Beschluss v. 27.11.2013, Az. VII - Verg 20/13; vgl. auch Müller-Wrede, VOL/A, 4. Aufl. 2014 § 15 EG Rn. 123.

31) Vgl. Vavra, Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 16 VOB/A, Rn. 51.

C. Ablauf des Wertungsverfahrens im Einzelnen

Grundsätzliches

Die Vergabe- und Vertragsordnungen räumen dem Auftraggeber innerhalb der einzelnen Verfahrensstufen – je nach den Umständen – einen **Beurteilungsspielraum** ein. Dieser ermöglicht es dem Auftraggeber, für den jeweiligen Auftrag die Anforderungen, die er an die Qualifikation des Auftragnehmers und an die Art und Weise der Auftrags Erfüllung stellt, vorzugeben. Die objektiven Kriterien, anhand derer der Auftraggeber die Wertung vornimmt, hat er bereits in der Bekanntmachung der Ausschreibung bzw. in den Vergabeunterlagen den Bewerbern zu benennen. Andere als die angegebenen Kriterien darf der Auftraggeber bei der Wertung der Angebote nicht mehr berücksichtigen.³²⁾

Die folgenden Hinweise zur Wertung eines Angebots konzentrieren sich auf die Regelungen, die bei Vergaben ab Erreichen der EU-Schwellenwerte gelten, und dabei auf das offene Verfahren. Auf Abweichungen für Vergaben unterhalb des Schwellenwerts wird gesondert eingegangen.

Vier Wertungsschritte

Das Wertungsverfahren gliedert sich nach den Vergabe- und Vertragsordnungen grundsätzlich in **vier** Wertungsschritte:

(1) Ausschlussprüfung

Ausschluss

Der Auftraggeber hat die Angebote auszuschneiden, die nach § 19 EG Abs. 3 VOL/A, § 16 EG Abs. 1 VOB/A von der Wertung auszuschließen sind. Dies ist beispielsweise der Fall bei

- Angeboten, für deren Wertung die wesentlichen Preisangaben fehlen,
- Angeboten, die nicht ordnungsgemäß unterschrieben sind,
- Hauptangeboten, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind,
- Angeboten, die verspätet eingegangen sind.

(2) Eignungsprüfung

Eignung des Bieters

Der Auftraggeber hat bei ordnungsgemäßen Angeboten die Eignung der Bieter (**Fachkunde, Leistungsfähigkeit** und **Zuverlässigkeit**) zu prüfen. Die Eignungsprüfung erfolgt anhand der in der Bekanntmachung festgelegten **Eignungskriterien** (siehe hierzu im Einzelnen Abschnitt (2) im Kapitel B). Für jeden Bieter ist dabei zu entscheiden, ob er die aufgestellten Eignungsanforderungen erfüllt. Ist dies der Fall, verbleibt sein Angebot in der Wertung. Bei zweistufigen Verfahren (insb. nichtoffenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb) besteht folgende Besonderheit: Sofern der öffentliche Auftraggeber festgelegt hat, dass er nicht sämtliche Bewerber zur Angebotsabgabe auffordert, sondern lediglich eine bestimmte Anzahl, hat diese Auswahl diskriminierungsfrei nach objektiven Kriterien zu erfolgen und ist im Vergabevermerk nachvollziehbar zu begründen.

32) Vgl. EuGH, Urteil v. 24.11.2005, Rs. C-331/04; BGH, Urteil v. 3.6.2004, Az. X ZR 30/03.

Die Anzahl der Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, darf im nichtoffenen Verfahren nicht unter fünf, im Verhandlungsverfahren nicht unter drei liegen (vgl. § 3 EG Abs. 5 VOL/A; § 6 EG Abs. 2 Ziffer 2 und 3 VOB/A). (3)

(3) Prüfung der Angemessenheit des Preises

Angemessenheit

Der Auftraggeber überprüft, ob der Angebotspreis unangemessen hoch oder niedrig ist (§ 19 EG Abs. 6 VOL/A, § 16 EG Abs. 6 VOB/A).

Stellt er fest, dass der Gesamtpreis des Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung **ungewöhnlich niedrig** ist, so muss er vom Bieter Aufklärung verlangen und die Einzelangaben des Angebots **prüfen**. Bei Bedarf kann der Auftraggeber hierbei zusätzlichen externen Sachverstand einschalten. Auf ein Angebot, das einen unlauteren Verdrängungswettbewerb bezweckt oder das aufgrund der knappen Kalkulation nicht erwarten lässt, dass der Anbieter den Auftrag durchführen kann, darf ein Zuschlag nicht erteilt werden.³³⁾

Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis darf der Zuschlag ebenfalls nicht erteilt werden.

(4) Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Der Auftraggeber hat **unter** den **noch verbliebenen Angeboten** das **wirtschaftlichste** zu ermitteln. Dabei hat der Auftraggeber insbesondere folgende **Wertungsgrundsätze** zu beachten:

Wertungsgrundsätze und Wertungsmaßstab

- Der Zuschlag ist auf das **wirtschaftlichste Angebot** zu erteilen, **nicht** auf das **billigste**.³⁴⁾
- Das **wirtschaftlichste Angebot** ist anhand der vorher festgelegten und bekannt gegebenen Wertungskriterien zu ermitteln (siehe dazu im Einzelnen Abschnitt (3) in Kapitel B.). Andere als die bekannt gegebenen Wertungskriterien darf der Auftraggeber bei der Wertung **nicht** berücksichtigen.
- Ist der Preis alleiniges Zuschlagskriterium, dürfen bei EU-Vergaben **Nebenangebote** grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden.

Auswahlentscheidung

Der Auftraggeber trifft anhand der von ihm benannten Wertungskriterien die **Auswahlentscheidung**. Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots erfordert einen **wertenden Vergleich** zwischen den eingereichten Angeboten anhand der aufgestellten und bekannt gegebenen Wertungskriterien. Den Zuschlag hat dann das Angebot zu erhalten, das unter Anwendung der **Wertungskriterien** das beste **Preis-Leistungs-Verhältnis** aufweist.

33) Vgl. OLG München, Beschluss v. 21.05.2010, Az. Verg 02/10.

34) Nach überwiegender Ansicht kann sich der öffentliche Auftraggeber aber auch für das Kriterium Preis als alleiniges Zuschlagskriterium aussprechen (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 14.05.2013, Verg. 4/13; OLG München, Beschluss v. 20.05.2010, Verg. 4/10).

Vorgehensweise in der Praxis

Um bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes neben dem Preis weitere Kriterien zu berücksichtigen, kann der Auftraggeber unterschiedliche **Wertungsmatrizen** verwenden.³⁵⁾ In Fällen komplexer Leistungen kann der Auftraggeber das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beispielsweise mithilfe eines **Punktebewertungssystems** ermitteln. Dazu werden die einzelnen Zuschlagskriterien mit Faktoren versehen. Diese Faktoren geben an, welche Bedeutung den einzelnen Wertungskriterien bei der Vergabeentscheidung zukommt. Zusätzlich werden für jedes Zuschlagskriterium Punkte vergeben. Dabei kann für die Wertung des Zuschlagskriteriums „Preis“ z.B. eine Interpolationsformel zur Umrechnung des Preises in Punkte verwendet werden.³⁶⁾

Wertungsbeispiel

Kriterien	Faktor	max. Punkte	Angebot A	Angebot B
Preis	40	5	5	3
Faktor x Punkte			40 x 5 = 200	40 x 3 = 120
Qualität	20	5	2	5
Faktor x Punkte			20 x 2 = 40	20 x 5 = 100
Umwelteeigenschaften	10	5	1	5
Faktor x Punkte			10 x 1 = 10	10 x 5 = 50
Betriebskosten	10	5	3	4
Faktor x Punkte			10 x 3 = 30	10 x 4 = 40
Kundendienst und technische Hilfe	10	5	2	5
Faktor x Punkte			10 x 2 = 20	10 x 5 = 50
Lieferzeitpunkt	10	5	4	2
Faktor x Punkte			10 x 4 = 40	10 x 2 = 20
Gesamt	100	500	340	380

Das stark schematisierte Beispiel stellt zwei Angebote einander gegenüber. Das Angebot B erreicht, obwohl es teurer ist, eine höhere Punktezahl als das Angebot A. Der Zuschlag ist daher auf das Angebot B zu erteilen. Das Beispiel macht also deutlich, dass der Preis zwar ein wichtiges Zuschlagskriterium ist, aber nicht das allein ausschlaggebende.

35) Beispiele für Umrechnungs- bzw. Bewertungsformeln veröffentlicht das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern, aktuell UfAB V - Unterlage für Ausschreibungen und Bewertung von IT-Leistungen, Version 2.0 (http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/UfAB/ufab_node.html).

36) Vgl. VK Südbayern, Beschluss v. 22.04.2013, Az. Z3-3-3194-1-13-04/13.

D. Folgen der fehlerhaften Wertung

Ist dem Auftraggeber bei der Wertung der Angebote ein Fehler unterlaufen, weil er bei der Zuschlagsentscheidung nicht bekanntgegebene Wertungskriterien berücksichtigt oder fehlerhaft oder gar nicht gewertet hat, so kann der **Bieter** bei einem **Auftrag**, dessen Volumen die **europäischen Schwellenwerte erreicht** oder übersteigt, **vor der Zuschlagserteilung in erster Instanz die Vergabekammer** und in zweiter Instanz das Oberlandesgericht anrufen.³⁷⁾ Unter Umständen kann der Bieter sogar **Schadensersatz** verlangen, gestützt auf § 26 GWB und auf §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB.³⁸⁾ Dies gilt auch bei einer Entscheidung für das billigste Angebot, das nicht das wirtschaftlichste ist.

Liegt die Auftragssumme **hingegen unterhalb der Schwellenwerte**, so **entfällt** für den Bieter die **Möglichkeit**, die Wertungsentscheidung durch die Vergabekammer **überprüfen zu lassen**. Allerdings ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, sowohl was die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen angeht als auch die Durchsetzung der Bieterrechte.³⁹⁾ Außerdem kann der Bieter die Aufsichtsbehörde um Überprüfung des Vergabeverfahrens bitten. Für Bauaufträge von staatlichen und kommunalen Auftraggebern sind in Bayern bei den Regierungen die VOB-Stellen eingerichtet, die für den jeweiligen örtlichen Zuständigkeitsbereich als Nachprüfungsstelle im Sinn des § 21 VOB/A tätig werden.⁴⁰⁾ Die VOL-Stellen bei den Regierungen fungieren als Ansprechpartner bei der Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen.

Auch unterhalb des Schwellenwerts kann der Bieter, der bei ordnungsgemäßer Entscheidung den Zuschlag erhalten hätte, **Schadensersatz** wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB verlangen.

37) In Bayern bestehen die Vergabekammern Südbayern bei der Regierung von Oberbayern und die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken. In zweiter Instanz ist für ganz Bayern das OLG München zuständig. Zur Nachprüfung öffentlicher Aufträge nach dem GWB vgl. im Einzelnen den Leitfaden „Vergabe und Nachprüfung öffentlicher Aufträge nach dem GWB“, abrufbar im Internet unter <http://www.stmwi.bayern.de/wirtschaft/oeffentliches-auftragswesen/>.

38) BGH, Urteil v. 9.6.2011, Az. X ZR 143/10.

39) Vgl. BVerwG, Urteil v. 2.5.2007, Az. 6 B 10.07.

40) Zu den Zuständigkeiten im Einzelnen vgl. die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 21.10.2003, AllIMBI S. 882.

Bayern.
Die Zukunft.

Bayern. Die Zukunft. | www.bayern-die-zukunft.de



BAYERN | DIREKT ist Ihr direkter Draht zur Bayerischen Staatsregierung.

Unter Telefon **089 122220** oder per E-Mail unter direkt@bayern.de erhalten Sie Informationsmaterial und Broschüren, Auskunft zu aktuellen Themen und Internetquellen sowie Hinweise zu Behörden, zuständigen Stellen und Ansprechpartnern bei der Bayerischen Staatsregierung.

IMPRESSUM

Herausgeber: Bayerisches Staatsministerium für
Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie
Prinzregentenstraße 28 | 80538 München
Postanschrift 80525 München
Telefon 089 2162-2303 | 089 2162-0
Telefax 089 2162-3326 | 089 2162-2760
info@stmwi.bayern.de | poststelle@stmwi.bayern.de
www.stmwi.bayern.de

Gestaltung: Technisches Büro im StMWi

Stand: Mai 2014



www.stmwi.bayern.de
Kosten abhängig vom
Netzbetreiber

HINWEIS

Diese Druckschrift wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Bayerischen Staatsregierung herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbern oder Wahlhelfern im Zeitraum von fünf Monaten vor einer Wahl zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden.

Dies gilt für Landtags-, Bundestags-, Kommunal- und Europawahlen. Missbräuchlich ist während dieser Zeit insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken und Aufkleben von parteipolitischen Informationen oder Werbemitteln. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl darf die Druckschrift nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Staatsregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Den Parteien ist gestattet, die Druckschrift zur Unterrichtung ihrer eigenen Mitglieder zu verwenden.

Die Druckschrift wurde mit großer Sorgfalt zusammengestellt. Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts kann dessen ungeachtet nicht übernommen werden.



Bayerisches Staatsministerium für
Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie
www.stmwi.bayern.de