

Zulassung und Wertung

technischer Nebenangebote nach VOB

Sonderheft 1/2004 der GPA-Mitteilungen Bau

Abt. 6/60

Vergabe-, Vertrags- und Honorarrecht

Herausgeber und Druck:

Nur für dienstlichen Gebrauch

Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg

76133 Karlsruhe Hoffstraße 1 a Telefon 0721 / 8 50 05 - 0

70193 Stuttgart Klopstockstraße 35 Telefon 0711 / 6 36 71 - 0

Weitere Exemplare dieses Sonderhefts 1/2004 der GPA-Mitteilungen Bau können gegen Vorausüberweisung eines Unkostenbeitrags von **8 Euro** an die **Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg**, Hoffstr. 1 a, 76133 Karlsruhe, **Konto Nr. 740 204 5312, Landesbank Baden-Württemberg (BLZ 600 501 01)**, mit dem **Vermerk „Sonderheft 1/2004 der GPA-Mitteilungen“** bezogen werden.



Inhalt

Seite

Zulassung und Wertung technischer Nebenangebote nach VOB	5
1 Einleitung	5
2 Begriffe	6
3 Ausschluss technischer Nebenangebote (formelle Angebotsprüfung)	7
3.1 Zusammenfassung der Ausschlussgründe bzw. Zulassungsvoraussetzungen	7
3.2 Ausschluss in der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen	8
3.3 Ausschluss bei Abweichung von zwingenden Vertragsbedingungen	9
3.4 Ausschluss bei verspäteter Einreichung	12
3.5 Ausschluss wegen Unvollständigkeit und wegen Fehlens des Gleichwertigkeitsnachweises im Zeitpunkt der Angebotsabgabe	12
3.6 Angebotsausschluss bei Unbestimmtheit der Angebotsinhalte	16
3.7 Ausschluss bei Angebot einer völlig anderen als der ausgeschriebenen Leistung („Aliud“)	18
3.8 Ausschluss bei Nichtabgabe auf besonderer Anlage und fehlender Kennzeichnung	21
3.9 Ausschluss bei Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, die VOB/C oder Unfallverhütungsvorschriften	22
3.10 Ausschluss bei vom Bieter abhängigen Bedingungen oder gemachten Vorbehalten	22
3.11 Ausschluss bei bloßen Abänderungen der Verdingungsunterlagen	23

3.12	Ausschluss bei bloßen Korrekturen des Leistungsverzeichnisses	25
3.13	Ausschluss bei unsicheren Prognoseentscheidungen	26
4	Wertung technischer Nebenangebote (materielle Angebotsprüfung)	28
4.1	Zusammenfassung des Wertungsverfahrens	28
4.2	Gleichwertigkeit	28
4.3	Wertungs-/Zuschlagskriterien	30
5	Informationspflicht nach § 13 VgV	33
6	Abgrenzung gegenüber Angeboten, die von den vor- gesehenen technischen Spezifikationen abweichen	34
7	Fabrikatsbezogene Ausschreibungen	35
7.1	Wortlaut der VOB/A	35
7.2	Fabrikatsbezogene Ausschreibungen	35
7.3	Ausschreibungszusatz „oder gleichwertiger Art“	36
Anlage 1		
	Bestimmungen der VOB/A - Ausgabe 2002 -	39
Anlage 2		
	Bewerbungsbedingungen in Teil II des KVHB-Bau - KEVM(B)BB	40



Zulassung und Wertung technischer Nebenangebote nach VOB

Az. 600.532

1 Einleitung

Die Bestimmungen der VOB/A gehen davon aus, dass Änderungsvorschläge oder Nebenangebote grundsätzlich zuzulassen sind. Durch die Zulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten sollen Marktchancen bzw. das „Know-how“ der Unternehmer besser genutzt werden. Durch die allgemeine Zulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten verspricht man sich einen noch breiteren Preis-/Leistungswettbewerb.

In der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen (vgl. § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A und § 17 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. u VOB/A) sind Angaben nur dann zu machen, wenn Änderungsvorschläge oder Nebenangebote besonders erwünscht oder ganz oder teilweise nicht zugelassen sind.

Durch die Zulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten besteht andererseits aber auch die Gefahr von Vergabemanipulationen, weshalb an solche Angebote bestimmte formale Anforderungen gestellt werden (§ 21 Nr. 3 VOB/A), die durch Rechtsprechung und Schrifttum noch wesentlich erweitert bzw. erschwert worden sind (siehe nachfolgend).

Den öffentlichen Auftraggebern werden bei der Prüfung von Nebenangeboten teilweise auch Ermessensentscheidungen zugestanden. Insbesondere deshalb gehört die Prüfung, ob Änderungsvorschläge oder Nebenangebote zum Wettbewerb zugelassen und gewertet werden können, mit zu den schwierigsten Aufgaben der Vergabestellen. Hinzu kommt, dass die VOB/A für solche Angebote nur wenige Vergabebestimmungen enthält, was in der Praxis allgemein bemängelt wird. Die maßgebenden Vergabebestimmungen der



VOB/A und der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - sind in den **Anlagen 1 und 2** aufgeführt.

Seit Inkrafttreten des GWB bzw. der Vergabeverordnung (betr. die EG-Ausschreibungen) sind bei Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB insbesondere über Änderungsvorschläge und Nebenangebote zahlreiche Entscheidungen¹ der Vergabekammern und -senate bekannt geworden. Sie gelten wegen der insoweit gleichen Rechtslage auch für Vergaben unterhalb der EG-Schwellenwerte.

Mit den nachfolgenden Ausführungen wird versucht, den Vergabestellen unter Einbeziehung bekannter Gerichtsentscheidungen und Literaturhinweise **Leitlinien** an die Hand zu geben, wie mit Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten in der Praxis verfahren werden kann (vgl. dazu auch die umfangreichen Ausführungen von Marbach in BauR 2000, 1643 oder Schweda in VergabeR 2003, 268). Die nachfolgenden Ausführungen machen zugleich deutlich, dass die Unternehmer, die Nebenangebote mit Erfolg durchsetzen wollen, z.Z. eine relativ hohe Hürde überwinden müssen, was sicher nicht der ursprünglichen Absicht der VOB entspricht.

2 Begriffe

Unter einem **Änderungsvorschlag** versteht man im Allgemeinen ein Zusatz-/Änderungsangebot eines bauausführenden Unternehmers, das **kleinere Abweichungen** von einem Hauptangebot bzw. von den Verdingungsunterlagen enthält, beispielsweise Alternativen zu einzelnen LV-Positionen.

Als **Nebenangebot** wird ein Zusatz-/Änderungsangebot eines bauausführenden Unternehmers bezeichnet, das **größere Abweichungen** von einem Hauptangebot bzw. von den Verdingungsunterlagen enthält, beispielsweise Vorschläge für andere Bauweisen oder Systeme.

¹ Allerdings auch viele typische Einzelfallentscheidungen, die nicht immer verallgemeinert werden können.



Andere von den Bietern verwendete Begriffe wie „Sondervorschlag“ oder „Alternativangebot“ sind Änderungsvorschläge oder Nebenangebote i.S. der VOB/A.

Der einzige rechtliche und praktische Unterschied zwischen Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten besteht darin, dass nur Nebenangebote - nicht aber Änderungsvorschläge - auch ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots zugelassen werden können (vgl. § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A i.V.m. Ziffer 2.7 (1) der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB -). Für Änderungsvorschläge und Nebenangebote gelten ansonsten die gleichen Vergabebestimmungen, weshalb nachfolgend vereinfacht nur noch der Begriff „Nebenangebot“ verwendet wird.

3 Ausschluss technischer Nebenangebote (formelle Angebotsprüfung)

3.1 Zusammenfassung der Ausschlussgründe bzw. Zulassungsvoraussetzungen

Nebenangebote sind zum Wettbewerb nicht zugelassen bei

- **ausdrücklichem Ausschluss** in der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen (s. Abschn. 3.2).
- Abweichung von **zwingenden Vertragsbedingungen** (s. Abschn. 3.3).
- **verspäteter Einreichung** bzw. Übergabe nach dem Eröffnungstermin (s. Abschn. 3.4).
- **inhaltlich unvollständigen Angeboten bzw. bei Fehlen des Gleichwertigkeitsnachweises zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe** (s. Abschn. 3.5).
- inhaltlich **unbestimmten Angeboten** (s. Abschn. 3.6).



- **Angeboten mit völlig anderen** als den ausgeschriebenen **Leistungen** (s. Abschn. 3.7).
- **Nichtabgabe auf besonderer Anlage und fehlender Kennzeichnung** (s. Abschn. 3.8).
- **Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften**, die Bestimmungen der **VOB/C** oder einschlägige **Unfallverhütungsvorschriften** (s. Abschn. 3.9).
- Angeboten, **die mit Bedingungen verknüpft sind**, deren Erfüllung vom Bieter selbst abhängig ist oder die unter Vorbehalt stehen (s. Abschn. 3.10).
- Angeboten, die keine Leistungsänderungen, sondern **bloße Abänderungen von den Vergabungsunterlagen** enthalten (s. Abschn. 3.11).
- Angeboten, die **bloße Korrekturen des Leistungsverzeichnisses - LV** - enthalten (s. Abschn. 3.12).
- Angeboten, deren Realisierung von **unsicheren Prognoseentscheidungen** abhängt (s. Abschn. 3.13).

Zu den formalen Voraussetzungen, die zunächst im Einzelnen erfüllt sein müssen, vgl. die nachfolgenden Ausführungen in den Abschnitten 3.2 bis 3.13.

3.2 Ausschluss in der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen

Wenn ein Auftraggeber Nebenangebote nicht zulassen will, hat er in der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen entsprechende Angaben zu machen (vgl. § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A, § 17 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. u VOB/A). Rechtsgrundlage für den Angebotsausschluss ist im Nichtzulassungsfall § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d VOB/A.

Bei etwaigen widersprüchlichen Angaben zwischen Vergabebekanntmachung und Vergabeunterlagen haben die Angaben in den Vergabeunterlagen grundsätzlich Vorrang. Fehlen gänzliche Hinweise zum Ausschluss von Nebenangeboten, gelten diese als zugelassen.



Die Anwender der Kommunalen Einheitlichen Verdingungsmuster in Teil II des Kommunalen Vergabehandbuchs - KVHB-Bau - können Ausschlussregelungen jeweils unter der Ziffer 5.1 im Muster „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ (KEVM(B)A oder KEVM(B) A EG) treffen.

Die Nichtzulassung von Nebenangeboten kann sich auch nur auf bestimmte Bauweisen oder Teilleistungen des LV beschränken. Bei beabsichtigter teilweiser Nichtzulassung sind detaillierte Angaben zu machen.

3.3 Ausschluss bei Abweichung von zwingenden Vertragsbedingungen

Nebenangebote beinhalten naturgemäß Abweichungen von den Verdingungsunterlagen. Sie können (stillschweigend) auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Ausschluss zwar nicht ausdrücklich in der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen geregelt worden ist, jedoch im Wege der **Auslegung** aus den **Verdingungsunterlagen** (z.B. der Leistungsbeschreibung) klar hervorgeht, dass bestimmte Abweichungen hiervon nicht erwünscht bzw. zugelassen sind. Dies kann sich beispielsweise schon allein aus zwingenden Formulierungen in der Leistungsbeschreibung wie „in jedem Falle sind ... zu verwenden“ ergeben (vgl. dazu auch VK Südbayern, Beschl. v. 10.12.1999, Vergaberechts-Report 3/2000, 1).

Nach neueren Entscheidungen der Vergabesenate (vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2001, VergabeR 2002, 267) ist zu unterscheiden zwischen

- **Mindestbedingungen** in Leistungsbeschreibungen, deren Nichtbeachtung zwingend zum Ausschluss eines Nebenangebots führt (die Literatur spricht von **sog. K.o.-Kriterien bzw. K.o.- Festlegungen**)¹ und
- sonstigen Inhalten in Leistungsbeschreibungen, die auch geändert angeboten werden können bzw. Nebenangeboten zugänglich sind.

¹ Vgl. u.a. Sweda in VergabeR 2003, 268 ff.

Da die sog. K.o.-Kriterien nur im Einzelfall durch Auslegung der Verdingungsunterlagen ermittelt werden können, erschwert dies die Angebotswertung wesentlich. Im Entscheidungsfall OLG Düsseldorf (a.a.O.) enthielt das LV die Vorgabe, dass eine technische Anlage Betriebsgeräusche von nicht mehr als 40 dB(A) absondern darf. Das Gericht wertete diese Vorgabe nicht als K.o.-Kriterium und ließ in Nebenangeboten auch Geräte mit 45 dB(A) zu.

Wie schwierig solche Angebotsauslegungen in der Praxis zu handhaben sind, zeigt das nachfolgende **Beispiel**:

Ausgeschrieben wurden Betonsteinpflaster „Fabrikat Im LV war wörtlich festgelegt: **„Farbton Kronit Nr. 4, sandgestrahlt“**. Ein Bieter hatte neben dem Hauptangebot einen Alternativvorschlag wie folgt unterbreitet: **„Pflaster wie Hauptangebot, jedoch wassergestrahlt.“**

Sandgestrahlte Pflaster sind in der Oberfläche feiner (optisch etwas schöner). Wassergestrahlte Pflaster sind dagegen etwas rauer, dafür im Winter nicht so rutschgefährdend. Hier stellt sich die Frage, ob der Wortlaut im LV „sandgestrahlt“ ein sog. K.o.-Kriterium darstellt, das Nebenangebote in dem Rahmen ausschließt. Die GPA hatte angeraten, die Vorgabe im LV als unabänderlich bzw. verbindlich anzusehen, weil die Vorgabe in einem LV über die „Art der Bearbeitung eines Materials“ schon eine **besondere Vorgabe** ist bzw. nicht unbedingt zu einer Standardbeschreibung gehört (vgl. dazu auch den Standardleitungskatalog „Pflasterarbeiten“ StLK-StB 115). Wäre das Nebenangebot in die Wertung gekommen, hätte die Gleichwertigkeit in der 2. Vergabestufe geprüft werden müssen (s.u. Abschn. 4.2). Die gleichen Ausführungen müssen im Übrigen auch für die Vergabe des Farbtons (hier: Kronit Nr. 4) gelten. Auch hier dürfte der Auftraggeber nicht gezwungen sein, von dem von ihm gewählten Farbton abzuweichen.

Rechtsgrundlage für den Ausschluss im Falle der Nichtbeachtung zwingender Ausschreibungsbedingungen ist § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d VOB/A.

Entscheidungen

Beispiel 1 - Nebenangebot für unternehmerseitige statt bauseitige Lieferung

Sachverhalt: Die Vergabestelle hatte Erdarbeiten für Deichbaumaßnahmen ausgeschrieben. Ein ausdrückliches Verbot von Nebenangeboten war nicht vorgesehen. Im LV war festgelegt, dass **Bergematerial durch den Auftraggeber** zur Verfügung gestellt wird. Nach den Hauptangeboten war der Bieter A erstplatzierter Bieter. Der Bieter B hatte folgendes Nebenangebot abgegeben: **„Lieferung durch Auftragnehmer“**. Die Lieferung durch den Unternehmer war kostengünstiger als die bauseitige Lieferung. Dies wurde bei der Wertung berücksichtigt. Der Bieter B erhielt den Zuschlag auf das Nebenangebot.

Entscheidung: Die Erklärung über eine Nichtzulassung von Nebenangeboten kann ausdrücklich vorliegen oder sich anderweitig aus dem Inhalt der Vergabeunterlagen ergeben. Wenn im LV bauseitige Lieferung vorgesehen ist, sind in dem Rahmen Neben-

gebote ausgeschlossen. Das Nebenangebot ist nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. d. VOB/A auszuschließen.

VfA Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 02.06.1998, Vergaberechts-Report 10/98, 2, IBR 2001, 440

Beispiel 2 - Böschung statt Stützwand

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde der Bau eines Tunnels. **Als Hangsicherung wurden zwei Stützwände ausgeschrieben.** Ein fünftplatzierter Bieter gab ein Nebenangebot ab, wonach die höherliegende Stützwand durch eine Böschung ersetzt wird. Er lag danach an erster Stelle. Der Auftraggeber beabsichtigte, diesem Bieter den Auftrag zu erteilen. Dagegen wandte sich der nach den Hauptangeboten erstplatzierte Bieter.

Entscheidung: Das Nebenangebot darf nicht gewertet werden. Die Ausführung von **zwei Stützbauwerken** ist im LV **bindend** vorgegeben. In dem Rahmen sind Nebenangebote nicht zugelassen.

VK B-W, Beschl. v. 22.10.2002, IBR 2003, 98

Anmerkung: Vgl. dazu nochmals das gleiche Beispiel unter Abschn. 3.7.

Beispiel 3 - Fassade mit Pfosten-Riegel-Konstruktion

Leitsätze: Verbindliche Festlegungen in der Leistungsbeschreibung (hier: Profilansichtsbreite und Profiltiefe bei einer Fassade mit Pfosten-Riegel-Konstruktion) können auch mit Nebenangeboten nicht zulässigerweise verändert werden. Weicht ein Bieter in seinem Alternativangebot von diesen verbindlichen Festlegungen ab, ist dieses Alternativangebot nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A nicht zu werten, weil eine **Wettbewerbsverzerrung** nicht ausgeschlossen werden könnte. Es ist nicht mehr feststellbar, welche Angebote die Konkurrenten abgegeben hätten, wenn in den Vergabeunterlagen die verbindlichen Festlegungen nicht getroffen worden wären.

VK Nordbayern, Beschl. v. 20.03.2003, ZfBR 2003, 622

Beispiel 4 - Ausschluss von Stahlpundbohlen -

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Bauleistungen für den Bau einer Unterführung u.a. wie folgt: „Alle Arbeiten zur Herstellung der Baugrubenumschließung, der Verbauwände usw. und darüber hinaus alle Bauarbeiten sind infolge der Nähe der Baustelle zur angrenzenden Bebauung nahezu lärm- und erschütterungsfrei auszuführen. Daher ist die Ausführung der Baugrubenumschließung für das Tunnelbauwerk mittels Stahlpundbohlen ausgeschlossen, unabhängig von der Einbringungsart der Bohlen.“

Ein Nebenangebot sah die Einbringung von Stahlpundbohlen vor, und zwar ein besonderes Verfahren, das zu keinerlei Lärmbelästigung führt. Der Auftraggeber hatte das Nebenangebot nicht berücksichtigt. Die anschließende Beschwerde des Bieters blieb erfolglos.

Entscheidung: Der Grundsatz der Transparenz schließt es aus, eindeutige Anforderungen in den Verdingungsunterlagen unter Rückgriff auf die Beweggründe, die die Vergabestelle zu den Anforderungen veranlasst haben, zu relativieren. Abweichungen von den selbst gesetzten Standards würden gegen das Willkürverbot verstoßen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.08.2003, IBR 11/2003

Beispiel 5 - Ausschluss eines HST-Verdichters

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Ausrüstungsleistungen für den Neubau einer Kläranlage, u.a. ein HV-Turboverdichter. Ein Bieter gab ein Nebenangebot ab für einen HST-Verdichter. Das Nebenangebot wurde nicht für die Auftragserteilung vorgesehen.

Entscheidung: Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Das Nebenangebot ist auszuschließen, weil es die Mindestbedingungen des LV nicht erfüllt und weil es außerdem an der Gleichwertigkeit mangelt.

VK Sachsen, Beschl. v. 23.05.2003, IBR 2003, 574

Beispiel 6 - Abweichung von verbindlichen LV-Festlegungen

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde: „Der Verbau wird Eigentum des Auftraggebers!“. Ein Bieter hatte in einem Nebenangebot vorgesehen, dass der Verbau nach Gebrauch Eigentum des Auftragnehmers bleibt.

Entscheidung: Das Nebenangebot ist auszuschließen, weil es den verbindlichen Festlegungen des LV nicht entspricht, die zudem noch mit Ausrufungszeichen versehen waren.

VK Südbayern, Beschl. v. 09.09.2003, IBR 2003, 40 = Vergaberechts-Report 12/2003, 3

3.4 Ausschluss bei verspäteter Einreichung

Nach §§ 22 Nr. 2 i.V.m. 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. a VOB/A sind Angebote ausgeschlossen, die **verspätet**, d.h. erst nach dem Eröffnungstermin übergeben bzw. nachgeschoben worden sind. Dies gilt auch für die Nebenangebote. Im Zuge von Aufklärungsverhandlungen i.S. des § 24 Nr. 3 VOB/A dürfen keine Angebotsänderungen ausgehandelt bzw. keine neuen Angebote angenommen werden.

3.5 Ausschluss wegen Unvollständigkeit und wegen Fehlens des Gleichwertigkeitsnachweises im Zeitpunkt der Angebotsabgabe

In vielen Entscheidungen der Vergabesenate und -kammern hat sich die Auffassung gefestigt, dass die Einbeziehung der Nebenangebote in die Wertung nach § 25 Nr. 5 VOB/A voraussetzt, dass diese im Zeitpunkt der Angebotsabgabe analog § 9 Nr. 1 VOB/A grundsätzlich vollständig vorliegen müssen (vgl. zuletzt OLG Bremen, Beschl. v. 04.09.2003, VergabeR 2003, 695). Der Auftraggeber muss schon im **Zeitpunkt der Angebotsabgabe** in der Lage sein, sich ein klares Bild über die im Rahmen eines Nebenangebots vorgesehene Ausführung

zu verschaffen, um die Gleichwertigkeit in der zweiten Vergabestufe prüfen zu können. Insbesondere hat sich die Auffassung gefestigt, dass Gleichwertigkeitsnachweise von den Bietern schon im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorliegen müssen. Den Auftraggebern kann nicht zugemutet werden, innerhalb der Zuschlags- und Bindefrist umfangreiche Nachforschungen anzustellen oder gar Gleichwertigkeitsnachweise selbst einzuholen. An dieser Voraussetzung scheitern z.Z. die meisten Nebenangebote bei gerichtlichen Entscheidungen. In dem Zusammenhang ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass bei bestimmten Bauleistungen angemessene Angebotsfristen (§ 18 VOB/A) festzulegen sind, um den Bietern genügend Zeit für die Angebotsbearbeitung zu geben. Hieran mangelt es häufig.

Rechtsgrundlage für den Ausschluss unvollständiger Nebenangebote ist § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. § 24 VOB/A.

Entscheidungen

Beispiel 1 - Unvollständiges Nebenangebot betr. Abfuhr des Bodenmaterials

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde die Sanierung eines Industriegeländes. Die Ausschreibung sah eine **externe Entsorgung des kontaminierten Bodenmaterials** vor. Ein Bieter unterbreitete ein Nebenangebot, das die Aufbereitung und Wiederverwendung des Bodenmaterials als Verfüllmaterial vorsah. Über die Entsorgung enthielt das Nebenangebot keine Angaben. Erst im Rahmen eines Bietergesprächs stellte der Bieter klar, dass das aufbereitete, aber in jedem Fall anfallende **überschüssige Restmaterial** zu dem im Nebenangebot angebotenen Preis mit entsorgt werde.

Entscheidung: Das Nebenangebot ist hinsichtlich der Entsorgungsleistungen unvollständig. Die nachträgliche Vereinbarung über die Entsorgung (hier: „im angebotenen Preis enthalten“), stellt eine nach § 24 Nr. 3 VOB/A unzulässige Angebotsänderung bzw. Preisverhandlung dar. Das Nebenangebot durfte nicht gewertet werden.

Bezirksregierung Arnsberg, Beschl. v. 20.08.2001, Vergaberechts-Report 2/2002, 3

Beispiel 2 - Fehlender Nachweis der Gleichwertigkeit betr. Dachbahnen

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde eine Drei-Feld-Turnhalle. Im Gewerk Dachdecker-/Klempnerarbeiten war bei der Dachdeckung ausgeschrieben **„Dachbahnen EPDM Ethylen Propylen Terpolymer Kautschuk 1, 2 mm“**. Dazu wurde folgendes Nebenangebot abgegeben: **„Dachbahnen Polyolefin Sarnafil TS 77-12 oder alternativ PVC-Dachbahnen“**. Dem Nebenangebot war lediglich eine Produktinformation beigelegt, aus der technische Einzelheiten nicht erkennbar waren.

Entscheidung: Der Bieter hat die Gleichwertigkeit nicht bei Angebotsabgabe nachgewiesen. Ein Nebenangebot muss aber **bei Angebotsabgabe** so beschaffen sein, dass es der Auftraggeber als gleichwertig ansehen kann. Die beigelegte Produktinformation reicht dazu nicht aus. Sie enthält keine Angaben, woraus die Gleichwertigkeit zum ausgeschriebenen Produkt „EPDM - Dachbahnen“ deutlich würde.

Weist der Bieter die Gleichwertigkeit nicht im Angebot nach, so besteht im Regelfall keine umfassende Prüfungspflicht der Vergabestelle. Der Bieter hatte zwar verschiedene Unterlagen nachgereicht, die die Gleichwertigkeit belegen sollten. Die Vorlage erfolgte aber verspätet. Das Vergabeverfahren steht unter Zeitdruck. Wenn die Vergabestelle aufgrund ständig nachgereichter Unterlagen immer wieder in die Prüfung eintreten müsste, käme es zu erheblichen Verzögerungen. Es ist deshalb das Risiko des Bieters, wenn er Unterlagen nicht bereits bei Angebotsabgabe einreicht.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.08.2002, NZBau 2002, 694 = VergabeR 2003, 222

Beispiel 3 - Unvollständiges Nebenangebot wegen Pauschalierungen bzw. mangelnde Transparenz im Nebenangebot

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde durch die staatliche Straßenbauverwaltung der Abbruch und der Neubau einer Brücke nach den Mustern HVAB-StB. Ein nach den Hauptangeboten nicht erstplatzierter Bieter gab folgendes Nebenangebot ab:

„ Mit unserem Alternativangebot zum Amtsentwurf bieten wir den Stahlüberbau als Pauschale an. Die geometrischen Abmessungen des Überbaues werden beibehalten. Die Verbundplatte wird in max. Betonierabschnitten von 20 m hergestellt. Abweichend vom Amtsentwurf setzen wir im Obergurt keine LP-Bleche ein, sondern bemessen den Überbau mit für uns wirtschaftlicheren Zulagen (Lamellen). Die K-Verbände werden luftdicht verschweißt, somit entfällt der Korrosionsschutz innen. Die Schlusslängen werden von uns entsprechend der Materialverteilung und der Montageplanung festgelegt.“

Im Nebenangebot waren im Titel „Stahlbauarbeiten und Korrosionsschutz“ einige Positionen nur mit einer Pauschale (und nicht mit Mengen und Einheitspreisen) ausgewiesen. Bei Annahme des Nebenangebots wäre der Bieter an erster Stelle gelegen. Erst in einem anschließenden Aufklärungsgespräch wurde deutlicher, dass im Nebenangebot gegenüber dem LV des Hauptangebots 190 t weniger Stahl vorgesehen und die Fläche beim Korrosionsschutz reduziert war. Der Bundesminister für Verkehr, Bau und Wohnungswesen hatte der Vergabe auf das Nebenangebot u.a. deshalb nicht zugestimmt, weil die Stahlmengen im Hauptangebot ohnehin zu groß bemessen waren und deshalb auch bei einer Abrechnung nach dem Haupt-/Einheitspreisvertrag Einsparungen von rund 1,6 Mio. DM eintreten werden.

Entscheidung: Das Angebot ist wegen Unvollständigkeit im Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. wegen fehlender Mengenangaben auszuschließen. Die Angaben zu den verarbeiteten Stahlmengen ist aber zur Prüfung der Gleichwertigkeit unerlässlich, weil hiervon die Statik berührt wird. Erst durch die nachgereichten Mengenangaben konnte die Vergabestelle erkennen, dass das Pauschalnebenangebot den Preisvorteil u.a. auch infolge einer Reduktion der im LV vorgesehenen Stahlmengen erzielt. Damit ist es im Zeitpunkt der Angebotsabgabe unvollständig. Das Nebenangebot scheitert zunächst also nicht an der fehlenden Gleichwertigkeit, sondern daran, dass es bei Angebotsabgabe unvollständig war.

Die fehlenden Angaben darf der Bieter auch nicht im Wege von Aufklärungsverhandlungen nachreichen (§ 24 Nr. 3 VOB/A). Angaben, die zum Nachweis der Gleichwertigkeit unbedingt erforderlich sind, sind bei Angebotsabgabe zu machen und können nicht nachgereicht werden, weil der Bieter den Leistungsumfang bzw. seine Kalkulation ändern und eine in seinem ursprünglichen Angebot so nicht enthaltene Leistung anbieten kann. Damit entstehen Manipulationsmöglichkeiten und Wettbewerbsverzerrungen. Eine Nachverhandlung i.S. des § 24 VOB/A darf sich nur auf die Erläuterung des vorliegenden Angebots erstrecken und nicht zur Ergänzung zwingender Angebotsbestandteile genutzt werden.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.03.2002, NZBau 2002, 692 = IBR 2002, 689



Anmerkungen: Die Bewerbungsbedingungen der staatlichen Straßenbauverwaltung sowie die Ziffer 2.7 (4) der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - in Teil II des KVHB-Bau sehen aus diesem Grunde vor, dass auch Pauschalnebenangebote mit Mengen und Einzelpreisen abzugeben sind. Schon aus Gründen der Selbstbindung der Vergabestelle an die Bewerbungsbedingungen hätte das Angebot ausgeschlossen werden müssen (so auch Gehlen in NZBau 2002, 661).

Im vorliegenden Fall enthielt das Nebenangebot offensichtlich überwiegend nur reine Mengenveränderungen gegenüber dem LV und nur teilweise Stahlmengenreduzierungen wegen technischer Konstruktionsänderungen. Das Problem ist, dass reine Mengenänderungen inhaltlich kein Nebenangebot darstellen, sondern nur unzulässige Korrekturen des LV. Wäre also das Nebenangebot vollständig gewesen, hätte es im Rahmen der Angebotswertung nach Abschn. 3.12 (s.u.) wegen der Mengenreduzierungen und wegen mangelnder Vergleichbarkeit mit den Hauptangeboten ausgeschlossen werden müssen.

Beispiel 4 - Fehlender Gleichwertigkeitsnachweis bei Brückenüberbau

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde der Neubau einer Brücke. U.a. wurde ein Nebenangebot mit folgendem Inhalt angeboten: „**Ausführung des Überbaues mit vorge-spannten T-förmigen Spannbetonbindern mit Ortbetondruckplatte und -querträgern in den Auflagerachsen**“. Ausgeschrieben war ein Überbau als Stahlverbandkonstruktion mit stählernen Hauptträgern aus Schweißprofilen und über Kopfäübel schubfest verbundenen Betonfahrplatten. Das Angebot war nicht vollständig. Eine Änderungsstatik lag nicht bei. U.a. wurde erst in späteren Aufklärungsverhandlungen vom Bieter dargelegt, wie der Transport der Fertigteile zu den jeweiligen Kranstandorten erfolgen sollte.

Entscheidung: Sind Nebenangebote zugelassen, so ist die Vergabestelle verpflichtet, sich in Vorbereitung der Wertung ein klares Bild über den Inhalt und die im Rahmen des Nebenangebots vorgesehene Ausführung zu verschaffen. Sie hat zur Prüfung, ob Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Hauptangebot besteht, im Rahmen der ihr verfügbaren Erkenntnismöglichkeiten und innerhalb der zeitlichen Grenzen der Zuschlagsfrist sorgfältig nachzuforschen. Eine im Einzelfall danach erforderliche Durchführung eines technischen Aufklärungsgesprächs oder Hinzuziehung eines externen Sachverständigen findet ihre Grenze aber aus Gründen der Gleichbehandlung dann, wenn zur Bewertung der Gleichwertigkeit Unterlagen oder Angaben der Bieter erforderlich werden, die der Bieter bereits zusammen mit dem Nebenangebot hätte vorlegen oder erteilen müssen. Nebenangebote müssen inhaltlich klar gefasst sein und die zur technischen Überprüfbarkeit erforderlichen Angaben vollständig enthalten.

Das Nebenangebot genügte nicht diesen Anforderungen. Der Bieter hatte zur Montage-technologie keine ausreichende Standsicherheit des zur Montage benötigten Krans darlegen und eine Beeinträchtigung der Bodenverhältnisse an den vorgesehenen Montagepunkten nicht widerlegen können. Im Rahmen des Vergabeverfahrens konnten Baugrund- und Gründungsrisiken nicht ausgeschlossen werden.

OLG Rostock, Beschl. v. 05.03.2002, NZBau 2002, 696

Beispiel 5 - Fehlender Gleichwertigkeitsnachweis betr. PEHD-Rohre

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Wasserversorgungsarbeiten, und zwar Wasserleitungen aus **Gusseisen**. Ein Nebenangebot sah Rohre aus **Polythylen (PEHD)** vor. Der Auftraggeber entschied sich für Gusseisen wegen der längeren Lebensdauer.

Entscheidung: Der Antrag des Bieters, der das Nebenangebot abgab, hat keinen Erfolg, weil er die Gleichwertigkeit durch Prüfzeugnisse, Gutachten, Qualitätszertifikate usw. nicht nachweisen kann, sondern die Ermittlungen allein dem Auftraggeber überlassen



hat. Die Verpflichtung des Auftraggebers, sich ein klares Bild über das Nebenangebot zu verschaffen und ggf. selbst Ermittlungen anstellen zu müssen, beschränkt sich auf verfügbare Erkenntnisquellen und die zeitlichen Grenzen der Zuschlags- und Angebotsfrist.

OLG Koblenz, Beschl. v. 05.09.2002, IBR 2003, 40 = VergabeR 2003, 72

Beispiel 6 - Fehlender Gleichwertigkeitsnachweis betr. Gründach

Sachverhalt: Ein Auftraggeber schrieb Dachdecker- und Klempnerarbeiten aus. Ausgeschrieben wurde ein **3-Schichtaufbau des Gründaches**. Nebenangebote waren zugelassen. Ein Bieter bot einen **Einschichtaufbau** an. Gleichwertigkeitsnachweise legte er nicht vor. Der Auftraggeber schloss das Nebenangebot aus.

Entscheidung: Der Ausschluss ist gerechtfertigt. Der Bieter muss die Gleichwertigkeit schon bei Angebotsabgabe nachweisen. Die Nachweise müssen es dem Auftraggeber ermöglichen, ohne weitere Untersuchungen die Gleichwertigkeit zu erkennen.

VK Sachsen, Beschl. v. 10.03.2003, IBR 2003, 322

3.6 Angebotsausschluss bei Unbestimmtheit der Angebotsinhalte

Nebenangebote müssen analog § 9 Nr. 1 VOB/A und wegen des Verhandlungsverbots nach § 24 VOB/A im Zeitpunkt der Angebotsabgabe inhaltlich klar und eindeutig sein, wenn sie in die Wertung kommen wollen. Das Verbot von Vergabemanipulationen und der Gleichheitsgrundsatz im Vergabeverfahren verbietet die Annahme solcher Nebenangebote, deren Inhalte auch nach objektiven Auslegungsversuchen zweifelhaft bleiben und dem Bieter durch verschiedene Auslegungsmöglichkeiten Wettbewerbsvorteile verschaffen können.

Entscheidungen

Beispiel 1 - Grundsatz bei Vorlage unbestimmter Nebenangebote

Leitsätze: Ein Nebenangebot ist grundsätzlich dann nicht annehmbar, wenn dessen Inhalt so unbestimmt ist, dass der Bieter in die Lage versetzt wird, diesem einen ihm angenehmen Inhalt zu geben und dessen Interpretation zum Vertragsinhalt gemacht wird. Solche Aufklärungsgespräche sind von § 24 Nr. 3 VOB/A nicht mehr gedeckt (**VK B-W, Beschl. v. 25.10.2002, 1 VK 53/02, nicht veröffentlicht**).

Beispiel 2 - Unbestimmter Inhalt durch die Formulierung „z.B.“

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde eine Drei-Feld-Turnhalle. Im Gewerk Dachdecker-/Klempnerarbeiten gab der erstplatzierte Bieter in einem **Anschreiben** folgendes nicht den Vorgaben des LV entsprechende Angebot ab: „**Dampfsperre ... z.B. Vedatect SK-D mit ALU-Einlage**“.

Entscheidung: Das Gericht hat es offen gelassen, ob es sich hier um eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen handelt und somit eine Wertung als Nebenangebot ausscheidet. Eine Wertung als Nebenangebot kommt aber deswegen nicht in Betracht, weil die Formulierung „z.B.“ offen lässt, ob überhaupt eine Dampfsperre „Vedatect“ oder aber möglicherweise ein anderes Produkt verwendet werden sollte. Solche Angebote mit **unbestimmten Inhalten** sind nicht wertbar. Das komplette Angebot war auszuschließen. Nachverhandlungen sind nach § 24 VOB/A in dem Rahmen nicht mehr möglich.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.08.2002, NZBau 2002, 694

Anmerkung: Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig. Nach Auffassung der GPA handelt es sich bei dem Begleitschreiben aber nicht um ein Nebenangebot, sondern um ein zum Hauptangebot gehöriges Schreiben. Begleitschreiben mit bloßer Abänderung der Verdingungsunterlagen führen zum Ausschluss des Hauptangebots nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. Vgl. dazu auch die Ausführungen zu Abschn. 3.11.

Beispiel 3 - Unbestimmte Angaben bezüglich der Ausführungsfrist

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde der Neubau einer Grundschule. Bei dem Gewerk „Fassadenarbeiten“ waren in den Verdingungsunterlagen eindeutige Ausführungsfristen festgelegt. Ein Bieter gab in einem Begleitschreiben folgendes Angebot ab: „ Bitte beachten Sie bei der Prüfung und Wertung unseres Angebots folgende Hinweise: Die Angabe eines Ausführungstermins erfolgt nach Verhandlung und Klärung aller technischen Einzelheiten bei Auftragserteilung.“

Entscheidung: Ein Angebot mit Erklärungen, die von den Verdingungsunterlagen abweichen, kann unter Umständen als Nebenangebot zu werten sein. Eine Wertung als Nebenangebot ist hier jedoch wegen **Unbestimmtheit der Leistungszeit** nicht möglich. Der Bieter hat auch nach § 24 VOB/A keinen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber mit ihm über den Angebotsinhalt verhandelt.

BayObLG, Beschl. v. 16.09.2002, VergabeR 2002, 645

Anmerkung: Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig. Aber auch hier teilt die GPA die Auffassung, dass schon das Hauptangebot wegen unzulässiger Änderung der Verdingungsunterlagen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A hätte ausgeschlossen werden müssen. Vgl. die Ausführungen zu Abschn. 3.11.

Beispiel 4 - Unbestimmte Angaben über Bindemittel

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde Bodenaustausch. Ein Bieter hatte folgendes Nebenangebot abgegeben: „Bodenmassen der LV-Pos. ...ausheben, zwischenlagern und mit geeignetem Bindemittel verbessern. Den verbesserten Boden wieder einbauen und verdichten“. Der Auftraggeber entschied sich nicht für den preisgünstigsten Bieter mit dem Nebenangebot, sondern für ein Hauptangebot.



Entscheidung: Der Wortlaut „geeignetes Bindemittel“ ist nicht vollständig beschrieben bzw. zu unbestimmt. Nach den ZTVE gibt es mehrere Bindemittelarten. Damit ist auch die Gleichwertigkeit im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht nachgewiesen. Nachverhandlungen nach § 24 VOB/A sind nicht statthaft. Das Nebenangebot ist zu Recht ausgeschlossen worden.

OLG Koblenz, Beschl. v. 29.08.2003, VergabeR 2003, 699 = IBR 2003, 620

3.7 Ausschluss bei Angebot einer völlig anderen als der ausgeschriebenen Leistung („Aliud“)

Sinn und Zweck der Zulassung von Nebenangeboten ist, auch andere als die ausgeschriebenen Leistungen anbieten zu dürfen bzw. dadurch den Kreativwettbewerb zu eröffnen (s. einleitend Abschn. 1).

Andererseits gilt aber auch der Ausschreibungsgrundsatz, dass ein Auftraggeber sich über Nebenangebote nicht solche Leistungen aufdrängen lassen muss, die er nicht bestellt bzw. gewollt hat (z.B. minder- bzw. höherwertigere Leistungen oder funktionell oder gestalterisch völlig andere Leistungen). Ein Auftragnehmer, der ein Nebenangebot abgibt und dabei von der ausgeschriebenen Leistung völlig abweicht, muss demnach stets damit rechnen, dass sein Nebenangebot unberücksichtigt bleibt (vgl. dazu auch Daub/Eberstein, Rdnr. 48 zu § 25 VOL/A; Müller-Wrede, Rdnr. 127 zu § 25 VOL/A).¹

Nebenangebote müssen sich noch in einem gewissen Rahmen innerhalb der ausgeschriebenen Leistung bewegen. Es kann über Nebenangebote nicht ein völlig anderer Wettbewerbsgegenstand in das Wertungsverfahren einfließen. Davon abgesehen wären solche unterschiedlichen Angebote auch nicht mehr vergleichbar (**VK B-W, Beschl. v. 25.10.2002, 1 VK 53/02, nicht veröffentlicht**). In Gerichtsentscheidungen und in der Literatur wird für ein Nebenangebot, das inhaltlich völlig abweicht, meist der Begriff „**Aliud**“ verwendet.

Für die Praxis drängt sich natürlich die Frage auf, ob und inwieweit im Einzelfall Ermessensspielraum für die Annahme solcher Nebenangebote besteht bzw. wo die Grenze liegt zwischen annahmefähigen und ausschlusspflichtigen Ne-

¹ Die Ausführungen gelten für die VOB entsprechend.

benangebote. Schwierig ist auch die Abgrenzung zu den Ausführungen in Abschn. 3.3. Allgemein kann davon ausgegangen werden, dass ein Auftraggeber, der Nebenangebote mit völlig abweichenden Leistungsinhalten ablehnt, kaum Gefahr läuft, in einem Nachprüfungsverfahren zur Wiederholung eines Vergabeverfahrens gezwungen zu werden.

Beispiele:

- Ausgeschrieben wurde ein Rasensportplatz. In einem Nebenangebot wurde auch ein sog. Hartplatz angeboten.
- Ausgeschrieben wurde der Neubau einer Fußgängerbrücke in Holzbauweise. Daneben wurde u.a. auch eine Brücke in Stahlbauweise angeboten.

Nach derzeitigen Erkenntnissen sind die vorgenannten Nebenangebote auszuschließen. Sollte der Auftraggeber sich nachträglich für eine andere Bauweise entschließen, müsste er die Ausschreibung aufheben und auf der Grundlage geänderter Leistungsbeschreibungen erneut ausschreiben.

In Gerichtsentscheidungen und in der Literatur wurde der Ausschluss für solche Nebenangebote bisher unterschiedlich begründet. Teilweise wurden die Bestimmungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A analog herangezogen, was nach Auffassung der GPA nicht richtig sein kann, weil diese Bestimmungen einen völlig anderen Sachverhalt meinen („verspätete Einreichung“).

Teilweise wurde der Ausschluss mit dem Hinweis auf mangelnde „Gleichwertigkeit“ begründet, was der Sache schon näher kommt. Der Begriff „Gleichwertigkeit“ ist aber in dem Zusammenhang auch nicht angebracht, weil ein „Aliud“ durchaus gleichwertig oder gar höherwertig sein kann (s. die nachfolgenden Entscheidungen). In dem Zusammenhang wäre es daher besser, über „mangelnde Vergleichbarkeit solcher Angebote“ zu sprechen.

Häufig wurde der Ausschluss solcher Nebenangebote mit allgemeinen Vergabegrundsätzen wie „Vermeidung von Vergabemanipulation oder Wettbewerbsverzerrungen“ oder „Gleichbehandlung aller Bieter“ begründet.

Entscheidungen

Beispiel 1 - Nebenangebot für ein völlig anderes technisches System

Sachverhalt: Ausschrieben wurde im Rahmen einer Klinikerverweiterung ein „Schlaflabor mit Lieferung und betriebsfertiger Aufstellung und Einweisung von Schlaflabormessplätzen für vier Einzelplätze incl. Netzwerkinstallation“. Die Leistungsbeschreibung für das Schlaflabor enthielt neben einer Überwachungs- und Dokumentationszentrale für vier Einzelplätze **mobile Schlafanalysesysteme** (tragbare Patientendatenerfassungseinheiten nach DGSM-Richtlinien) und als Bedarfspositionen Videokontrollsysteme und weitere mobile Systeme.

Ein vom Bieter angebotenes System war u.a. **nicht mobil** und enthielt u.a. noch Geräte-teile, die für die Aufzeichnung des Schlafverhaltens der Patienten nicht erforderlich und auch in der Leistungsbeschreibung nicht enthalten waren.

Entscheidung: Entspricht die angebotene Leistung nicht der ausgeschriebenen Leistung, darf sie aus Gründen des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter auch dann nicht gewertet werden, wenn sie nach Auffassung des Auftraggebers gleich- oder gar höherwertig ist. Nicht den Verdingungsunterlagen entsprechende Nebenangebote dürfen nicht berücksichtigt werden.

BayOblG, Beschl. v. 18.06.2002, VergabeR 2002, 657

Dazu folgende Anmerkungen von Goede in VergabeR 2002, 660: Fordert der Auftraggeber eine bestimmte Leistung und bietet der Auftragnehmer eine völlig andere Leistung an, entfernt sich der Auftragnehmer von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Die von ihm angebotene Leistung stellt dann ein „Aliud“ dar, das selbst bei Gleichwertigkeit nicht gewertet werden kann.

Beispiel 2 - Nebenangebot für ein völlig anderes technisches System

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde eine **gesonderte (separate) Notbedienebene** in einer KFZ-Halle. Die mechanische separate Notbedienebene wurde bewusst gewählt, weil nach Erfahrungen elektronische Geräte störungsanfälliger sind als elektromechanische Geräte. Ein Bieter hatte ein Nebenangebot unterbreitet, das eine integrierte elektronische Lösung beinhaltet. Der Auftraggeber hatte das Nebenangebot nicht berücksichtigt.

Entscheidung: Die angebotene elektronische Lösung ist weder gleichwertig noch erwünscht. Der Auftraggeber ist grundsätzlich frei bezüglich dessen, was er im Leistungsverzeichnis ausschreibt und als Mindestvoraussetzung festlegt. Die DDC-Technik ist zwar die modernere, zeitgemäße Lösung. Der Auftraggeber darf aber aus Sicherheitsgründen eine konservative 19-Zoll-Technik planen und ausschreiben.

VK Sachsen, Beschl. v. 30.07.2002, IBR 2002, 630

Anmerkung: Die Entscheidung ist im Ergebnis sicher richtig. Die Begründung mit der Gleichwertigkeit ist jedoch nicht ganz angebracht. Sicherlich ist die daneben angebotene Leistung mindestens gleichwertig, eher höherwertig. Es handelt sich hier schlicht und einfach um eine völlig andere Leistung, die sich der Auftraggeber nicht aufdrängen lassen muss und für die der Wettbewerb bewusst nicht eröffnet wurde. Eine Ausschlussmöglichkeit hätte sicher auch nach Abschn. 3.3 bestanden.



Beispiel 3 - Böschung statt Stützwand

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde der Bau eines Tunnels. Für die Hangsicherung wurden zwei Stützwände ausgeschrieben. Ein fünftplatzierter Bieter gab ein Nebenangebot ab, wonach die eine höherliegende Stützwand durch eine Böschung ersetzt werden sollte. Er lag mit dem Nebenangebot an erster Stelle. Der Auftraggeber beabsichtigte, diesem Bieter den Auftrag zu erteilen. Dagegen wandte sich der nach den Hauptangeboten erstplatzierte Bieter.

Entscheidung: Das Nebenangebot darf nicht gewertet werden. Die Ausführung von **zwei Stützbauwerken** ist **bindend** vorgegeben. Das Nebenangebot beinhaltet ein völlig anderes als das ausgeschriebene Bauwerk. Wenn der Auftraggeber eine Böschung ausführen will, kann er die Ausschreibung aufheben und nochmals neu ausschreiben.
VK B-W, Beschl. v. 22.10.2002, IBR 2003, 98

Anmerkung: Vgl. dazu das gleiche Beispiel zu Abschn. 3.3.

3.8 Ausschluss bei Nichtabgabe auf besonderer Anlage und fehlender Kennzeichnung

Nach § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A und Ziffer 2.7 (2) der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - sind Nebenangebote auf besonderer Anlage zu machen und als solche deutlich zu kennzeichnen. Die Bezeichnung eines Nebenangebots als „Sondervorschlag“ oder „Alternativangebot“ ist dabei unschädlich.

Die Nichtbeachtung dieser Vergabebestimmungen ist zwar nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A kein zwingender Ausschlussgrund („Kann-Bestimmung“), jedoch reduziert sich nach überwiegender Meinung der Rechtsprechung in solchen Fällen der Ermessensspielraum praktisch auf Null, weil nicht auf besonderer Anlage gemachte Nebenangebote (sondern z.B. innerhalb eines LV) in der Regel eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen darstellen, was nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A zum Angebotsausschluss führt (vgl. u.a. BayObLG, Beschl. v. 18.06.2002, VergabeR 2002, 657). Vgl. dazu folgende Auszüge aus dem Urteil des OLG Oldenburg v. 02.11.2000 (VergabeR 2002, 323):

„Verdeckte Nebenangebote“ sind grundsätzlich zu vermeiden. Nicht von ungefähr wurde denn auch die Vorschrift des § 21 Nr. 3 VOB/A verschärft, wonach die Anzahl von Nebenangeboten an einer vom Auftraggeber vorgesehenen Stelle anzugeben ist und diese Nebenangebote auf gesonderter Anlage als solche deutlich kenntlich zu machen sind. Wird dies nicht beachtet, scheidet eine Wertung der Nebenangebote in der Regel schon formell aus. Wenn ein Bieter in einem Begleitschreiben die Verdingungsunterlagen abändert, würde er durch die Wertung als Nebenangebot geradezu noch belohnt. Andere Bieter, die ordnungsgemäß ein Hauptangebot abgegeben ha-

ben, werden benachteiligt. Die Nichtbeachtung der Bestimmungen des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A i.V.m. Ziffer 2.7 (2) der Bewerbungsbedingungen führt also in der Regel zum Angebotsausschluss.“

Vgl. dazu noch die weitergehenden Ausführungen und weiteren Entscheidungen zu Abschn. 3.6 und insbesondere zu Abschn. 3.11.

3.9 Ausschluss bei Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, die VOB/C oder Unfallverhütungsvorschriften

Es versteht sich von selbst, dass Nebenangebote, die inhaltlich gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, die VOB/C oder einschlägige Unfallverhütungsvorschriften verstoßen, vom Wettbewerb auszuschließen sind. Beispielsweise ist ein Nebenangebot zwingend auszuschließen, das vorsieht, einen tiefen Kanalgraben abweichend von den Unfallverhütungsvorschriften und der VOB/C weder abgeböschert noch verbaut auszuführen, sondern mit senkrechten Grabenwänden.¹

Zu unsicheren Prognoseentscheidungen bei Nebenangeboten, deren Realisierung noch einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung bedarf, vgl. die Ausführungen zu Abschn. 3.13.

3.10 Ausschluss bei vom Bieter abhängigen Bedingungen oder gemachten Vorbehalten

Es gibt den Vergabegrundsatz, dass Nebenangebote, die vom Eintritt einer Bedingung abhängig sind, zunächst grundsätzlich zulässig sind. Allein die Aufnahme einer Bedingung in ein Nebenangebot ist noch unschädlich. Nebenangebote sind aber dann nicht mehr zulässig, wenn sie eine Bedingung enthalten, deren Eintritt vom Verhalten des Bieters abhängig ist (**VK B-W, Beschl. v.**

¹ Evtl. in der Hoffnung, dass die Festigkeit des Bodens eine solche rechtswidrige Ausführung zulässt.



25.10.2002, 1 VK 53/02, nicht veröffentlicht). Die Gefahr von Vergabemanipulationen verbietet die Annahme solcher Angebote.

Fall aus der Praxis - Nebenangebot für Zwischenlagerung statt Entsorgung

Sachverhalt: Angeboten wurde u.a.: „Boden für Baugrube lösen, Bodenklasse 3 bis 4, Boden wird Eigentum des Auftragnehmers und ist zu entsorgen. 9.000 m³ x 15,00 DM = 135.000,00 DM“. Zu dieser LV-Position wurde folgendes Nebenangebot abgegeben: „Anstelle der LV-Position bieten wir Ihnen alternativ einen Baugrubenaushub mit Abfuhr des Aushubmaterials auf einen Ablageplatz innerhalb der Stadt an. 9.000 m³ x 10,45 DM = 94.050,00 DM“. Einige Tage nach dem Eröffnungstermin teilte der Bieter Folgendes mit: **„Wir können Ihnen mitteilen, dass wir jetzt Ablageplätze für den Aushub innerhalb der Stadt haben und somit der Sondervorschlag in die Wertung genommen werden kann.“** Der Bieter lag mit dem Hauptangebot an vierter Stelle. Er wäre nur durch den Sondervorschlag an die 1. Stelle gerückt.

Rat der GPA: Das Nebenangebot ist in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig und damit unklar bzw. zu unbestimmt. Solche Angebote sind nicht wertbar (vgl. auch **VÜA Bund, Beschl. v. 23.08.1994, Az. 1 VÜA 3/94, nicht veröffentlicht**). Das Nebenangebot in Verbindung mit dem nachträglichen Schreiben ist so zu verstehen, dass der Bieter im Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. des Eröffnungstermins noch keinen Ablageplatz innerhalb der Stadt hatte. Somit stand das Nebenangebot noch unter Vorbehalt. Nebenangebote, deren Erfüllung im Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch unter Vorbehalt steht bzw. vom Bieter selbst abhängig ist, sind aber vom Wettbewerb auszuschließen (vgl. auch **VÜA Bayern, Beschl. v. 01.06.1995, VÜA 4/95, nicht veröffentlicht**). Im Übrigen hätte der Bieter, wenn ihn im Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein Ablageplatz bekannt gewesen wäre, eines Nebenangebots nicht bedurft. Er hätte die Preise für diese Leistung dann unter der LV-Position des Hauptangebots anbieten können (die LV-Position schreibt ja keinen bestimmten Ablage-/Entsorgungsplatz vor).

3.11 Ausschluss bei bloßen Abänderungen der Verdingungsunterlagen

In einigen Vergabeentscheidungen wurde die Meinung vertreten, dass ein Angebot mit bieterseitigen (z.B. handschriftlichen) Abänderungen des LV zwar als Hauptangebot nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b VOB/A zwingend auszuschließen ist, jedoch ergänzend eine Wertung als Nebenangebot noch in Betracht kommen könne, vorausgesetzt, dass Nebenangebote nicht ausgeschlossen waren (vgl. VÜA Bayern, IBR 1999, 400 oder VÜA Niedersachsen, IBR 1998, 416).

Die GPA teilt unter Hinweis auf die überzeugenden Ausführungen von Henne-
mann in BauR 2001, 307 ff. nicht diese Auffassung, und zwar zusammenfassend
aus folgenden Gründen:



- Nach Ziffer 2.7 (1) der Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - sind Änderungsvorschläge nur zusätzlich in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen. Das Hauptangebot nebst Begleitschreiben darf keine Angebotsänderungen enthalten.
- Nach § 21 Nr. 3 VOB/A sowie Ziffer 2.7 (2) der Bewerbungsbedingungen müssen Änderungsvorschläge und Nebenangebote auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
- Nach § 133 BGB ist bei Angebotsauslegung der wirkliche Wille zu erforschen. Eine Abänderung im Hauptangebot bzw. an den Verdingungsunterlagen kann begrifflich nicht zugleich ein Nebenangebot darstellen. Ein Angebot kann also nicht zugleich ein Haupt- und ein Nebenangebot sein, weshalb bei einer Abänderung im Hauptangebot auch nicht ersatzweise eine Wertung als Nebenangebot in Betracht kommen kann.

Probleme ergeben sich in der Praxis meist dann, wenn in einem Begleitschreiben zum Hauptangebot andere als ausgeschriebene Leistungen angeboten werden. Hier ist dann nach den Wortlauten zunächst unklar, ob mit dem Begleitschreiben das Hauptangebot abgeändert oder eine Alternative abweichend vom Hauptangebot angeboten werden sollte. In der Regel ergibt die Angebotsauslegung eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen, die nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A zwingend zum Angebotsausschluss führt (vgl. dazu mit klaren Aussagen zuletzt auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.11.2000, VergabeR 1/2001, 38; ferner OLG Oldenburg, Urte. v. 02.11.2000, VergabeR 2002, 323). Vgl. dazu ferner noch die Ausführungen zu den Abschnitten 3.6 und 3.8.

Entscheidungen

Beispiel 1 - Änderung der Verdingungsunterlagen/Wertung als Nebenangebot

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Bauleistungen mit Ausführungsfristen. Ein Bieter erklärte in einem Begleitschreiben Folgendes: „Die Angabe eines Ausführungstermins erfolgt nach Verhandlung und Klärung bei Auftragserteilung“. Es handelt sich hier zunächst um eine Abänderung der Verdingungsunterlagen.



Entscheidung: Ein Angebot kann unter Umständen als Nebenangebot zu werten sein. Vorliegend kommt jedoch eine Wertung als Nebenangebot wegen der Unbestimmtheit der Leistungszeit nicht in Betracht. Eine Nachverhandlung über die Ausführungsfrist wäre nach § 24 VOB/A nicht statthaft.

BayObLG, Beschl. v. 16.09.2002, Vergaberechts-Report 02/2003, 2

Anmerkung: Die GPA teilt diese Entscheidung im Ergebnis (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Abschn. 3.6), nicht aber die Auffassung, dass Abänderungen der Hauptangebote ggf. auch als Nebenangebote gewertet werden können (vgl. die obigen Ausführungen). Nebenangebote sind grundsätzlich auf besonderer Anlage zu machen. Vgl. dazu auch die Ausführungen und anderen Entscheidungen unter Abschn. 3.6 und 3.8.

Beispiel 2 - Abweichung vom LV

Sachverhalt: Ausgeschrieben waren u.a. Hänge- und Pendelleuchten als **Lichtband**, bestimmt nach Anzahl, Länge, Material und Form. Ein Bieter offerierte in einem Nebenangebot Leuchten, die keine optische Lichtbandwirkung besaßen. Außerdem entsprachen Form, Farbe usw. nicht den LV-Vorgaben. Das Nebenangebot wurde nicht gewertet. Der Bieter stellte Antrag auf Nachprüfung.

Entscheidung. Das Nebenangebot ist zwingend auszuschließen, weil es von den Verdingungsunterlagen abweicht (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 i.V.m. § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A).

VK Brandenburg, Beschl. v. 12.03.2003, IBR 7/2003

Anmerkung: Diese Entscheidung mag im Ergebnis richtig sein, die Ausschlussgründe sind jedoch nicht einleuchtend. Ein Nebenangebot beinhaltet naturgemäß immer Abweichungen von der Ausschreibung. Wenn es sich hier um ein echtes, auf einer gesonderten Anlage gemachtes Nebenangebot gehandelt hat, hätte die Ablehnung nur begründet werden können entsprechend den Ausführungen zu Abschn. 3.3, 3.7 oder 4.2.

3.12 Ausschluss bei bloßen Korrekturen des Leistungsverzeichnisses

Angebote, die alternativ keine Leistungsänderungen oder wirtschaftlichere Lösungen aufzeigen, sondern lediglich Korrekturen des Leistungsverzeichnisses beinhalten (z.B. Korrekturen der LV-Mengenansätze) sind schon begrifflich keine Nebenangebote und wegen mangelnder Vergleichbarkeit spätestens nach Abschn. 4.2 auszuschließen.

Beispiel 1 - Zusammenfassung der LV-Mengenansätze

Ein Auftraggeber schrieb die Beseitigung von gelagertem und zu entsorgendem Material in drei LV-Positionen wie folgt aus:

- | | |
|--|----------|
| <input type="checkbox"/> Material mit MKW-Belastung bis 3000 mg/kg, sonst Z 2 | 6.000 to |
| <input type="checkbox"/> Material mit MKW-Belastung > 3000 mg/kg, sonst Z 2 | 2.000 to |
| <input type="checkbox"/> wie vor, jedoch Material mit PAK-Gehalten < 1000 mg/kg | 50 to |

Dazu gab ein Bieter folgendes Nebenangebot ab:

„Unsere Recherchen haben ergeben, dass das **gesamte ausgeschriebene Material PAK-haltig** ist. Aufgrund der daraus folgenden Massenverschiebungen unterbreiten wir folgendes Nebenangebot: **8.050 t x Euro /to =Euro.**

Das Nebenangebot wurde zu Recht abgelehnt. Es handelt sich hier inhaltlich nicht um ein Nebenangebot, sondern um eine bloße Korrektur des LV. Hinzu kam noch, dass die Annahmen im Nebenangebot offensichtlich falsch waren. Der Bieter hatte bei Angebotsbearbeitung versehentlich eine falsche Halde besichtigt. (**Fall aus der Praxis**)

Beispiel 2 - Änderung der LV - Mengenansätze

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden LV-Positionen für kontaminierten Boden. Ein Bieter gab ein Nebenangebot ab, in dem er lediglich die LV-Mengenansätze abgeändert hat. Der Mengenansatz einer LV-Position wurde halbiert. Diese Hälfte wurde einer geringeren Kontaminationsstufe zugeschlagen. Der Auftraggeber hat das Nebenangebot ausgeschlossen.

Entscheidung: Der Ausschluss erfolgte zu Recht. Das Nebenangebot ist inhaltlich kein Nebenangebot, sondern eine bloße LV-Änderung und insofern nicht mehr vergleichbar. Außerdem verbleibt das Prognoserisiko beim Auftraggeber.

VK Südbayern, Beschl. v. 09.09.2003, IBR 2003, 40 = Vergaberechts-Report 12/2003, 3

3.13 Ausschluss bei unsicheren Prognoseentscheidungen

Nebenangebote, deren technische Realisierung von unsicheren Prognoseentscheidungen abhängig ist (z.B. von geeigneten Witterungsverhältnissen im Ausführungszeitraum oder von unsicheren, noch einzuholenden öffentlichen Genehmigungen), sind grundsätzlich auszuschließen, schon wegen der Gefahr von Vergabemanipulationen. Dem Auftraggeber kann nicht zugemutet werden, dass er im Vergabeverfahren selbst spekulative Entscheidungen trifft.

Beispiel 1 - Bodenverbesserung statt Lieferung von Fremdmaterial

Sachverhalt: Bei Erschließungsmaßnahmen bzw. Kanalgrabenarbeiten wurde u.a. ausgeschrieben „Abfuhr des Aushubmaterials“ sowie „Verfüllen und Verdichten mit Fremd- bzw. Vorsiebmaterial“. Dazu hat ein Bieter folgendes Nebenangebot abgegeben (Zitat):



„Wir schlagen vor, durch Einfräsen von Dorosol mit einer Großfräse den Boden so aufzubereiten, dass das vorhandene Material problemlos wieder einzubauen ist. Da wir als Gerät eine Großfräse verwenden, werden auch Steine zertrümmert. Das so gewonnene Material ist zerkleinert und lässt sich wie Siebschutt einbauen.“

Entscheidung: Das Nebenangebot wurde zu Recht nicht berücksichtigt, weil die vorgesehene geänderte Leistungserbringung von geeigneten Witterungsverhältnissen abhängig und damit spekulativ ist. In einem Gutachten wurde bestätigt, dass das „Fräsen“ bei schlechter Witterung nicht möglich ist. **(Fall aus der Praxis)**

Beispiel 2 - Von einer Genehmigung abhängiges Nebenangebot/Prognoseentscheidung

Sachverhalt: Für den Neubau einer Brücke war die Herstellung der Flusspfeiler mit schwimmendem Gerät ausgeschrieben. Ein Bieter übergab ein Nebenangebot für die Herstellung der Flusspfeiler mit Hilfsbrücken (Einsparung rund 100.000 Euro). Die Durchführung des Nebenangebots hängt von der Genehmigung der Gewässerdirektion ab.

Entscheidung: Zwar hat die Vergabestelle es nicht in der Hand, den Eintritt der Bedingung unmittelbar selbst herbeizuführen. Sie darf aber eine **Prognoseentscheidung** treffen, ob sie den Eintritt der Bedingung herbeiführen kann. Die Vergabestelle durfte das Nebenangebote u.a. deshalb annehmen, weil in einem vergleichbaren Fall (bei einem anderen Brückenbau) schon eine entsprechende Genehmigung erteilt wurde.

VK B-W, Beschl. v. 25.10.2002, 1 VK 53/02, nicht veröffentlicht

Anmerkung: Das Nebenangebot wurde im Nachprüfungsverfahren im Übrigen als technisch gleichwertig angesehen. Es stellt sich hier lediglich die Frage, warum der Auftraggeber nicht gleich Hilfsbrücken ausgeschrieben hat, nachdem er in einem anderen Vergabeverfahren offensichtlich schon diese Leistungsart vorgesehen hatte. Außerdem stellt sich hier in der Tat das Problem der Abgrenzung zu den Ausführungen in Abschn. 3.3 oder 3.7.

Weiterer Leitsatz: Das Ermessen des Auftraggebers bei der Wertung technischer Nebenangebote kann durch das Erfordernis eines wasserrechtlichen Genehmigungsverfahrens eingeschränkt sein **(VK Sachsen, Beschl. v. 13.05.2002, ZfBR 2002, 836)**.

4 Wertung technischer Nebenangebote (materielle Angebotsprüfung)

4.1 Zusammenfassung des Wertungsverfahrens

Nebenangebote, die die formalen Voraussetzungen der ersten Vergabestufe (s. Abschn. 3) erfüllen, kommen in die zweite Vergabestufe bzw. in die eigentliche Wertungsphase zusammen mit den Hauptangeboten (§ 25 Nr. 5 VOB/A). Die VOB/A enthält dazu keine näheren Bestimmungen.

- Nebenangebote kommen zusammen mit den wirtschaftlichsten Hauptangeboten in die engere Wahl, wenn sie mit den Hauptangeboten objektiv **gleichwertig** sind.
- Ist Gleichwertigkeit gegeben, unterliegen die Nebenangebote den gleichen **Wertungs-/Zuschlagskriterien** des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A wie die Hauptangebote (z.B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, technischer Wert). Vergeben wird ausschließlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

4.2 Gleichwertigkeit

In der VOB/A ist nicht generell geregelt, dass Nebenangebote mit den Hauptangeboten gleichwertig sein müssen. Lediglich in den Fällen des § 21 Nr. 2 VOB/A und § 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A wird ausdrücklich Gleichwertigkeit verlangt (vgl. dazu die weiteren Ausführungen ab Abschn. 6).

Früher wurde die Auffassung vertreten, dass auch auf solche Nebenangebote der Zuschlag erteilt werden kann, die gegenüber dem annehmbarsten Hauptangebot qualitativ oder quantitativ nicht unbedingt gleichwertig sind und dass für eine Zuschlagserteilung Mindestvoraussetzung lediglich ist, dass die Nebenangebote den **Vertragszweck erfüllen** (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.01.1981, BauR 82, 54).



In Rechtsprechung und Schrifttum wird zwischenzeitlich aber einhellig die Auffassung vertreten, dass Nebenangebote zusammen mit den Hauptangeboten letztlich nur dann in die engere Wahl kommen können, wenn **Gleichwertigkeit** in qualitativer und quantitativer Hinsicht mit den Hauptangeboten nachgewiesen wird bzw. objektiv gegeben ist (vgl. u.a. Motzke/Pietzcker/Prieß, Rdnr. 141 zu § 25 VOB/A; Heiermann/Riedl/Rusam, Rdnr. 96 zu § 25 VOB/A ; BayObLG, Beschl. v. 18.06.2002, VergabeR 657; OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.08.2002, NZBau 2002, 694; OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.03.2002, NZBau 2002, 692; OLG Rostock, Beschl. v. 05.03.2002, NZBau 2002, 696; OLG Naumburg, ZVgR 2000, 68; OLG Celle, NZBau 2000, 105; Bkarta, NZBau 2001, 232; OLG Koblenz, Beschl. v. 05.09.2002, VergabeR 2003, 72; OLG Bremen, Beschl. v. 04.09.2003, VergabeR 2003, 695).

Das Erfordernis der Gleichwertigkeit wird hergeleitet aus allgemeinen Vergabegrundsätzen wie „Vermeidung von Vergabemanipulation und Wettbewerbsverzerrung“, „Transparenz im Vergabeverfahren“ oder „Gleichbehandlung im Wettbewerb“.

Bemerkenswert ist, dass in vielen neueren Gerichtsentscheidungen nicht über die Gleichwertigkeit selbst zu befinden war, sondern dass die Nebenangebote schon aus formalen Gründen ausgeschlossen werden mussten, weil die Gleichwertigkeit nicht im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nachgewiesen worden war (s. Abschn. 3.5).

Die GPA ist der Auffassung, dass es bei Vergaben „Gleichwertigkeit“ im absoluten Wortsinne nicht geben kann. Legt man hier einen zu strengen Maßstab an, sind fast alle Nebenangebote auszuschließen, was nicht Sinn und Zweck der Zulassung von Nebenangeboten sein kann. Andererseits stimmt die GPA aber darin überein, dass Nebenangebote, wenn sie - gemessen an § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A - zusammen mit den Hauptangeboten wertbar sein sollen, zumindest ein **hohes Maß an Vergleichbarkeit** aufweisen müssen. Eine gewisse Höher- oder Minderwertigkeit darf aber nicht gleich dazu führen, dass Nebenangebote von der engeren Wahl ausgeschlossen werden. Gewisse Ermessensspielräume für die Auftraggeber müssen auch bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit und bei der abschließenden Wertung gegeben sein (vgl. ähnlich VK Bremen, Beschl. v. 04.03.2003, IBR 7/2003).



4.3 Wertungs-/Zuschlagskriterien

Kommen Nebenangebote zusammen mit den Hauptangeboten in die engere Wahl, wird gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A ausschließlich nach wirtschaftlichen Kriterien über die Zuschlagserteilung entschieden. Bei absoluter Gleichwertigkeit zwischen Neben- und Hauptangeboten hat das Kriterium „Preis“ die entscheidende Bedeutung.

Entscheidungen

Beispiel 1 - Ortbetonrammpfähle statt Ortbetonbohrpfähle

Sachverhalt: Der Bund schrieb Kanalbrücken über den Mittellandkanal aus. Den Zuschlag erhielt eine Bietergemeinschaft u.a. aufgrund eines Nebenangebots, das vorsah, statt der ausgeschriebenen Ortbetonbohrpfähle (Länge 25 m, Durchmesser 1,20 m) Ortbetonrammpfähle von geringerem Durchmesser und geringerer Länge zu verwenden.

Entscheidung: Die Entscheidung der Vergabestelle, die Änderungsvorschläge der Bietergemeinschaft als technisch gleichwertig zu behandeln, lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Hierbei handelt es sich um eine **Ermessensentscheidung**, die einer Überprüfung durch den VÜA nur begrenzt zugänglich ist.

VÜA Bund, Beschl. v. 24.05.1996, Az. 1 VÜA 2/96

Anmerkungen: Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Sie macht aber deutlich, wie schwierig es ist, den Begriff „Gleichwertigkeit“ bei Haupt- und Nebenangeboten zu handhaben. Im konkreten Fall waren die Leistungen der Haupt- und Nebenangebote vergleichbar. Das Nebenangebot erfüllt gleichermaßen den **Vertragszweck**. In einer anderen Entscheidung (vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 05.03.2002, NZBau 2002, 696) wurde ein Nebenangebot über die Herstellung der „Gründung mit Ortbetonrammpfählen mit Innenrohrummung, System F“ wegen zu erwartender Erschütterungen bei der Einbringung der Pfähle als nicht gleichwertig beurteilt.

Beispiel 2 - Baustahl ohne farbliche Beschichtung

Sachverhalt: Beim Neubau einer Brücke waren Stahlträger ausgeschrieben. In einem Nebenangebot wurde wetterfester Baustahl angeboten. Im LV war eine farbliche Beschichtung der Stahlteile vorgesehen.

Entscheidung: Das Nebenangebot ist aus gestalterischen Gründen nicht gleichwertig. Bei der Ausführung gemäß dem Nebenangebot hätte sich eine dichte Oxydschicht gebildet. Es bestand die Gefahr der Verschmutzung angrenzender Betonteile durch Rostfahnen.

OLG Rostock, Beschl. v. 05.03.2002, NZBau 2002, 696

Beispiel 3 - Anspritzbegrünung statt Deponieabdeckung

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde die Abdeckung einer Boden- und Bauschuttdeponie (95.000 m³ anzuliefernder Boden und 25.000 m³ Mutterboden abdecken und die Abdeckung durch Ansaat zu begrünen). Ein Änderungsvorschlag sieht einen Verzicht auf das Andecken und eine **Anspritzbegrünung** vor, was 1,8 Mio. DM einspart. Da der Änderungsvorschlag der ausgeschriebenen Leistung nicht gleichwertig war, hob der Auftraggeber die Ausschreibung auf und schrieb unter Zugrundelegung des Änderungsvorschlags neu aus.

Entscheidung: Die VOB-Stelle stellte fest, dass nach § 25 Nr. 5 VOB/A Änderungsvorschläge und Nebenangebote zu werten seien. Mit dem Änderungsvorschlag wurde der Ausschreibungszweck erreicht, auch wenn eine Gleichwertigkeit nicht bestand. Die VOB/A verlangt aber nicht, dass Nebenangebote gleichwertig sein müssen. Gleichwertigkeit spielt bei Nebenangeboten nur dann eine Rolle, wenn sich der Auftraggeber diesbezüglich selbst gebunden hat (z.B. in Bewerbungsbedingungen).

VOB-Stelle Niedersachsen, Fall 1096 v. 30.08.1996, IBR 1997, 92,

Anmerkung: Die Gleichwertigkeit hat bei dieser Entscheidung offensichtlich keine Rolle gespielt. Es ist zweifelhaft, dass hier Gleichwertigkeit gegeben war.

Beispiel 4 - Gleichwertigkeit als Wertungsvoraussetzung

Bei der Wertung von Nebenangeboten/Änderungsvorschlägen ist besonders auf die Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistung zu achten. In der Regel ist davon auszugehen, dass ein Nebenangebot/Änderungsvorschlag nur dann zum Zuge kommen kann, wenn es unter Abwägung aller technischen und wirtschaftlichen, ggf. auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte **wirtschaftlicher** ist als der Auftraggebervorschlag. Bei der Wirtschaftlichkeit sind auch die Folgekosten (z.B. Unterhaltungskosten, Betriebskosten, Lebensdauer) zu beurteilen.

VK B-W, Beschl. v. 20.09.2001, Vergaberechts-Report 11/2001, 1

Beispiel 5 - PVC-Rohre statt Steinzeugrohre

Sachverhalt: Eine Gemeinde schrieb Erd- und Rohrverlegearbeiten aus (Kanal, Wasser, Gas). In LV-Position 1.3.30 wurden „Steinzeugrohre DN 300, DIN EN 295“ ausgeschrieben. Ein Bieter unterbreitete einen Sondervorschlag für die Ausführung von PVC-Rohren. Nur dadurch kam er an die erste Rangstelle. Der Auftrag wurde auf der Grundlage des Sondervorschlags erteilt. Der nach dem Hauptangebot „Steinzeugrohre“ übergangene erstplatzierte Bieter fordert entgangenen Gewinn.

Entscheidung: Bei der Feststellung des annehmbarsten Angebots i.S. des § 25 VOB/A mussten die Ausschreibenden den Änderungsvorschlag wie die Hauptangebote werten (§ 25 Nr. 5 VOB/A) und in dem Rahmen die Gleichwertigkeit in qualitativer und funktionsbedingter Hinsicht feststellen (Ermessensentscheidung). Das OLG hatte die Sache nochmals an die erste Instanz zwecks erneuter Vornahme von Tatsachenfeststellungen verwiesen, jedoch folgendes festgestellt (Zitat):

„Im Falle des Fehlens der Gleichwertigkeit scheidet die Berücksichtigung des Änderungsvorschlags aus. In diesem Falle kann die Klägerin Ersatz des entgangenen Gewinns beanspruchen“.

OLG Frankfurt, Urt. v. 14.04.2000, BauR 2000, 1746

Anmerkung: Das Gericht hat die Entscheidung leider offen gelassen. Interessant wäre die Antwort auf die Frage gewesen, ob Steinzeugrohre und PVC-Rohre gleichwertig sind.

Beispiel 6 - Elektrisch angetriebene anstatt pneumatische Anlage

Sachverhalt: Ein Auftraggeber schrieb eine pneumatische Rauch- und Wärmeabzugsanlage aus. Ein Bieter gab ein Nebenangebot ab für eine elektrisch angetriebene Anlage. In einem Aufklärungsgespräch ergab sich, dass dem Nebenangebot - nicht wie vorgeschrieben - eine E 30-Verkabelung, sondern nur eine konventionelle Verkabelung zugrunde lag. Das Nebenangebot wurde wegen Unvollständigkeit und mangelnder Gleichwertigkeit ausgeschlossen.

Entscheidung: Der Ausschluss erfolgte zu Recht. Die Gleichwertigkeit hätte schon bei Angebotsabgabe nachgewiesen werden müssen. Außerdem hatte der Bieter nach dem Eröffnungstermin einen Mehrpreis für die E 30-Verkabelung in Höhe von 25.613 Euro errechnet. Die vom Bieter geforderte Anpassung des Angebotspreises würde den nach § 24 Nr. 3 VOB/A zulässigen Rahmen sprengen.

VK B-W, Beschl. v. 14.02.2002, nicht veröffentlicht

Beispiel 7 - Nebenangebot für Holz-ALU-Fenster

Sachverhalt: Für Fensterbauarbeiten wurde eine reine ALU-Konstruktion ausgeschrieben. Außerdem sah das LV noch eine Alternativposition für eine Holz-ALU-Konstruktion (Holzart: Burma-Teak) vor. Nach rechnerischer Prüfung der Angebote ergab sich folgende Bieterangfolge:

Bieter A: 1.003.068,23 DM (ALU - Konstruktion)

Bieter B: 1.006.598,69 DM (ALU - Konstruktion)

Bieter C: 1.008.802,69 DM (Nebenangebot Holz-ALU, Holzart Meranti)

Die Bieter A und B hatten gemäß dem LV eine reine ALU-Konstruktion angeboten. Der Bieter C hatte ein Nebenangebot für eine Holz-ALU-Konstruktion abgegeben (Holzart: Meranti).

Im Rahmen der Angebotswertung kam der Auftraggeber zum Ergebnis, dass aus wirtschaftlichen und technischen Gründen die Holz-ALU-Konstruktion der reinen ALU-Konstruktion und dass die Holzart „Meranti“ der Holzart „Burma-Teak“ vorzuziehen ist. Der Auftraggeber vergab den Auftrag aber nicht auf das Nebenangebot des Bieters C, sondern hob die Ausschreibung auf und vergab die Arbeiten (Holz-ALU in Meranti) danach freihändig an einen Bieter, der ursprünglich nicht unter den ersten drei Bietern platziert war. Der Bieter C, der das Nebenangebot (Holz-ALU in Meranti) abgegeben hatte, erhob Klage auf Schadensersatz.

Entscheidung:

Die Aufhebung der Ausschreibung war nach § 26 VOB/A nicht zulässig. Nebenangebote sind nach § 25 Nr. 5 VOB/A ebenso zu werten wie Hauptangebote. Wenn ein Nebenangebot den Ausschreibenden überzeugt, so kann er nicht die Ausschreibung aufheben und anschließend die im Nebenangebot angebotene Leistung erneut ausschreiben oder gar freihändig vergeben, um evtl. noch ein günstigeres Angebot zu erhalten. Dies verstößt gegen die VOB/A und verletzt die Grundsätze eines fairen Wettbewerbs, weil die Preise des Nebenangebots aus dem ersten Ausschreibungsverfahren



schon bekannt sind und die neuen Bieter sich darauf einstellen können. Der Bieter C hätte bei einer Wertung nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A den Auftrag erhalten müssen. Ihm wurde Schadensersatz in Höhe des entgangenen Gewinns zugesprochen.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.1985, BauR 1986, 107

Anmerkung: Das Gericht sieht also in dem Rahmen „Holz und Holz-ALU“ Spielraum für Nebenangebote. Interessant ist in dem Zusammenhang, dass die Frage der „Gleichwertigkeit“ der Nebenangebote bei der Entscheidung offensichtlich keine Rolle gespielt hat.

Beispiel 8 - Fehlende Gleichwertigkeit bei Stahltüren

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden verschiedene Stahltüren (T 30, T 90 und dergl.) mit elektromechanischer Feststelleinrichtung. Ein Bieter gab ein wesentlich preisgünstigeres Nebenangebot ab, das keine Feststelleinrichtung vorsah. Das Nebenangebot wurde ausgeschlossen.

Entscheidung: Der Ausschluss erfolgte zu Recht. Das Nebenangebot ist nicht gleichwertig.

VK Südbayern, Beschl. v. 05.08.2003, IBR 2003, 690

5 Informationspflicht nach § 13 VgV

Bei EG-Ausschreibungen sind nach § 13 VgV die nichtberücksichtigten Bieter zu informieren. Die Gründe für die Ablehnung sind darzulegen. Im Allgemeinen stellt die Rechtsprechung an Form und Inhalt eines Informationsschreibens keine überzogenen Anforderungen.

Bei Vorlage zahlreicher Nebenangebote muss der Auftraggeber aber darauf achten, dass die Bieter erfahren, welche ihrer Nebenangebote nicht zum Zuge gekommen sind, wobei zu jedem abgelehnten Nebenangebot eine formelhafte Begründung ausreicht (VK Sachsen, Beschl. v. 23.05.2003, IBR 2003, 563).

6 Abgrenzung gegenüber Angeboten, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen

Wortlaut der VOB/A

§ 21 Nr. 2 VOB/A - Eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, darf angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen.

§ 25 Nr. 4 VOB/A - Ein Angebot nach § 21 Nr. 2 ist wie ein Hauptangebot zu werten.

Die Bestimmungen des § 21 Nr. 2 VOB/A i.V.m. § 25 Nr. 4 VOB/A regeln nur Hauptangebote, in denen von den nach § 9 Nr. 4 VOB/A i.V.m. dem Anhang TS angegebenen technischen Spezifikationen (also z.B. von gemeinschaftsrechtlichen oder einzelstaatlichen Normen) abgewichen wird. In welcher Form abgewichen wird (z.B. im Angebot selbst oder in einem Begleitschreibsreiben) ist dabei unerheblich. Durch die Abweichung wird das Angebot jedenfalls nicht zu einem Nebenangebot (vgl. auch **VK B-W, Beschl. v. 25.10.2002, 1 VK 53/02, nicht veröffentlicht**). Hauptangebote i.S. des § 21 Nr. 2 VOB/A können also nicht ausgeschlossen werden, wenn Nebenangebote in der Vergabebekanntmachung und in den Vergabeunterlagen ausgeschlossen waren.

Für die Wertung ist wie bei den Nebenangeboten aber Voraussetzung, dass Gleichwertigkeit bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nachgewiesen wird (§ 21 Nr. 2 Satz 3 VOB/A).

In der Praxis ist die inhaltliche Unterscheidung zwischen Hauptangeboten i.S. des § 21 Nr. 2 VOB/A und Nebenangeboten nicht einfach. In der Rechtsprechung wurde die Frage verschiedentlich offen gelassen, weil auch bei Nebenangeboten die Gleichwertigkeit im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nachzuweisen ist und insoweit die gleichen Voraussetzungen gelten (**vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.08.2002, NZBau 2002, 694**).



Entscheidung

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden labortechnische Anlagen. Die Pos. 26 lautete: „Laborglasspülmaschinen liefern und einbauen“. Ausgeschrieben war, dass alle sicherheitsrelevanten Einrichtungen durch ein **GS-Prüfzeichen** zu belegen sind. Die vom Mindestbieter angebotenen Geräte verfügen über eine EU-Konformitätserklärung sowie über das CE-Zeichen. Ein Mitbieter rügt das fehlende GS-Zeichen.

Entscheidung: Das fehlende GS-Zeichen ist nicht ausschlaggebend. Maßgebend ist § 21 Nr. 2 VOB/A. Nach § 12 Bauproduktengesetz hat ein Gerät, das das CE-Zeichen trägt, die widerlegbare Vermutung für sich, dass es i.S. des § 5 BauPG brauchbar ist und die Konformität nach § 8 BauPG nachgewiesen wurde. Der dadurch dokumentierte Sicherheitsstandard ist gleichwertig mit dem GS-Prüfzeichen.

VK Brandenburg, Beschl. v. 24.01.2002, IBR 2003, 215

7 Fabrikatsbezogene Ausschreibungen

7.1 Wortlaut der VOB/A

§ 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A - Bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen dürfen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist.

§ 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A - Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z.B. Markennamen, Warenzeichen, Patente) dürfen ausnahmsweise, jedoch nur mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“, verwendet werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen nicht möglich ist.

7.2 Fabrikatsbezogene Ausschreibungen

Nach § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A sind fabrikatsbezogene Ausschreibungen in begründeten Ausnahmefällen zulässig (z.B. aus gestalterischen Gründen bei Fassadenerweiterungen oder Erweiterung von Straßenbeleuchtungskörpern).

Hier stellt sich die Frage, ob Nebenangebote über andere Fabrikate überhaupt zugelassen sind, wenn der Auftraggeber nach § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A **ein Fabrikat** zwingend vorgeschrieben hat. Die GPA ist der Auffassung, dass wegen des vorgeschriebenen Fabrikats Nebenangebote nicht zugelassen

sind, auch wenn sie in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht ausgeschlossen waren. Wer zwingend ein Fabrikat vorgibt, kann nicht gleichzeitig Nebenangebote zulassen. Dies wäre ein widersprüchliches Verhalten. Etwaige Nebenangebote müssten also schon nach Abschn. 3.3 ausgeschlossen werden.

7.3 Ausschreibungszusatz „oder gleichwertiger Art“

Unter den Voraussetzungen des § 9 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A können Leistungsbeschreibungen vereinfacht erstellt werden durch Nennung eines bestimmten Fabrikats, aber mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“. Wird bei dieser Ausschreibungsart nicht das vorgegebene Leitfabrikat, sondern ein gleichwertiges Fabrikat angeboten, handelt es sich hierbei begrifflich ebenfalls um ein Hauptangebot und nicht um ein Nebenangebot.

In Rechtsprechung und Schrifttum wird gelegentlich die Auffassung vertreten, dass ein Angebot, in dem ein nicht gleichwertiges Fabrikat angeboten wird, ergänzend noch als Nebenangebot in die Wertung genommen werden kann (**OLG Bayern, Beschl. v. 29.04.2002, Vergaberechts-Report 7/2002, 1 = IBR 2002, 505**), vorausgesetzt, Nebenangebote waren nicht ausgeschlossen.

Die GPA teilt nicht diese Auffassung. Wer im LV zwingend vorgibt „Fabrikat ... oder gleichwertiger Art“, der schließt in dem Rahmen zumindest stillschweigend Nebenangebote von vornherein aus. Andernfalls würde er sich auch in solchen Fällen widersprüchlich verhalten (vgl. ähnlich Vergabekammer Südbayern, Beschl. v. 10.12.1999, Vergaberechts-Report 3/2000, 1). Wegen des Ausschlussgrunds als Nebenangebot vgl. auch Abschn. 3.3.

Davon abgesehen würde die Zulassung von Nebenangeboten praktisch keinen Sinn machen, weil auch für die Nebenangebote Gleichwertigkeit verlangt wird. Wird ein Hauptangebot bzw. Fabrikat wegen „nicht gleichwertiger Art“ ausgeschlossen, müsste auch ein Nebenangebot zwingend ausgeschlossen werden.

Selbstverständlich sind bei einer Ausschreibung „Fabrikat oder gleichwertiger Art“ auch Nebenangebote zugelassen, aber nicht bezüglich des Fabrikats, sondern beispielsweise bezüglich anderer technischer Bauausführungen oder Systeme. Vgl. dazu aber die möglichen Ausschlussgründe nach Abschn. 3.7.

Beispiel 1 - Keine Zulässigkeit von Nebenangeboten bei fabrikatsbezogener Ausschreibung

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Holz-ALU-Fenster, Fabrikat „Gutmann System Miro“. Der Zusatz „oder gleichwertig“ fehlte im LV (Verstoß gegen § 9 VOB/A). Ein Bieter hatte neben dem Hauptangebot ein Nebenangebot (für Holz-Alu) abgegeben und darin ein anderes Fabrikat angeboten. Es stellte sich die Frage, ob das Nebenangebot überhaupt gewertet werden durfte.

Entscheidung: Bei einer - nur nach § 9 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A ausnahmsweise zulässigen - fabrikatsbezogenen Ausschreibung dürfen Nebenangebote, die ein anderes Fabrikat zum Gegenstand haben, nicht angenommen werden, auch wenn die Nebenangebote in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich ausgeschlossen waren. Durch die Vorgabe eines bestimmten Fabrikats im LV kommt zumindest „stillschweigend zum Ausdruck“, dass bezüglich der Fabrikate keine Nebenangebote zugelassen sind. Andernfalls würde sich ein öffentlicher Auftraggeber widersprüchlich und ggf. auch manipulativ verhalten. Vgl. dazu aber auch andere Auffassungen im nachfolgenden Beispiel.

Vergabekammer Südbayern, Beschl. v. 10.12.1999, Vergaberechts-Report 3/2000, 1

Beispiel 2 - Gleichwertigkeit von Fabrikaten

Sachverhalt: Ein Ausschreibungs-LV enthielt für ein Lüftungsgerät ein Leitfabrikat und den Hinweis „oder gleichwertig“. Der Mindestbieter hatte ein Fabrikat angeboten, das minderwertig, nicht gleichwertig war. Es stellte sich die Frage, ob das angebotene Fabrikat als Nebenangebot gewertet werden kann.

Entscheidung: „Enthält das LV zulässigerweise ein Leitfabrikat mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, so ist der Bieter für die Gleichwertigkeit beweispflichtig. Liegt für ein anderes Fabrikat Gleichwertigkeit vor, handelt es sich um ein **Hauptangebot**. Ist die Lebensdauer des vom Bieter angebotenen Fabrikats nachweislich geringer, so fehlt es bereits an der Gleichwertigkeit. Das Angebot kann daher allenfalls nur als Nebenangebot behandelt werden (**Vergabesenat des Bayr. OLG, Beschl. v. 12.09.2000, Vergaberechts-Report 10/2000, 1**).

Anmerkung: Die Entscheidung ist nicht ganz verständlich. Was bringt eine Wertung als Nebenangebot, wenn auch für Nebenangebote Gleichwertigkeit verlangt wird?



Beispiel 3 - Nicht gleichwertiges Fabrikat

Sachverhalt: Angeboten wurde:

„Einlagige Dachabdichtung aus Kautschuk-Dachbahnen ... verlegen, Nenndicke
2,2 mm, Erzeugnis: alwitra-EVALASTIC V-Dachbahn oder gleichwertig.“
340 m² x 35,00 DM = 11.900 DM“

Das LV enthält dazu noch folgenden handgeschriebenen Zusatz:

„**alternativ: Rinenfoi 1,8 mm 25,00 DM**“

Entscheidung: Das alternativ angebotene Erzeugnis ist nicht gleichwertig, sondern in
Qualität und Dicke minderwertig. Eine Wertung als Hauptangebot scheidet somit aus.
Als Nebenangebot hat der handgeschriebene Zusatz nach den Ausführungen in den
Abschnitten 7.3 und 4.2 ebenfalls keine Erfolgsaussichten. **(Fall aus der Praxis)**



Anlage 1

Bestimmungen der VOB/A - Ausgabe 2002 -

§ 21 Nr. 3 VOB/A - Die Anzahl von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen ist an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.

§ 24 Nr. 3 VOB/A - Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder Angeboten aufgrund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.

§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d VOB/A - Ausgeschlossen werden: Änderungsvorschläge und Nebenangebote, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt hat, dass er diese nicht zulässt.

§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A - Außerdem können ... Angebote, die dem § 21 Nr. 3 Satz 2 nicht entsprechen, ausgeschlossen werden.

§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A - In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten lassen. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z.B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität oder technischer Wert, als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.

§ 25 Nr. 5 Satz 1 VOB/A - Änderungsvorschläge und Nebenangebote sind zu werten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen.¹

¹ Vgl. dazu die abweichenden Bestimmungen des § 25 Nr. 4 VOL/A



Anlage 2

Bewerbungsbedingungen in Teil II des KVHB-Bau - KEVM(B)BB -

2.7 (1) Sind Änderungsvorschläge oder Nebenangebote zugelassen, dann ist die Anzahl unter Nr. 2.2 im Angebotsschreiben - KEVM(B)Ang - anzugeben. Nebenangebote, die in technischer Hinsicht von der Leistungsbeschreibung abweichen, sind auch ohne Abgabe eines Hauptangebotes zugelassen.

2.7 (2) Sie müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sein; die Nrn. 2.1 und 2.3 bis 2.6 gelten entsprechend.

2.7 (3) Der Bieter hat die in Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten. Es müssen alle Leistungen erfasst sein, die zu einer einwandfreien Ausführung erforderlich sind.

2.7 (4) Die Teilleistungen sind mit einer Positions-Nummer, einer Ordnungszahl (entsprechend dem vom Auftraggeber gewählten Standardleistungsverzeichnis oder -buch), einem Kurztext, der Menge, der Einheit, dem Einheitspreis und dem Gesamtbetrag darzustellen.

2.7 (5) Sie sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern) zu erfassen. Die Mengenangaben und Einzelpreise sind (auch bei einem Angebot mit einer Pauschalsumme) aufzugliedern.

2.7 (6) Andere Änderungsvorschläge oder Nebenangebote (z.B. abweichende Zahlungsbedingungen, Preisvorbehalte) sind nur in Verbindung mit einem Hauptangebot oder mit einem Technischen Nebenangebot zugelassen.

2.7 (7) Werden die Anforderungen der Absätze 2 bis 6 nicht erfüllt, dann können die Änderungsvorschläge oder Nebenangebote von der Wertung ausgeschlossen werden.