

Wertung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten

Verfasserin: Martina Aschl

Inhaltsübersicht	Seite
1. Begriffsbestimmungen	60
2. Vorteile und Risiken für Auftraggeber und Auftragnehmer	60
3. Voraussetzungen der Wertung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten	60
4. Ausschluß wegen Nichtzulassung (§ 25 Nr. 5 Satz 1, Nr. 1 Abs. 1 lit. d, § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A)	61
5. Ausschluß wegen Unvollständigkeit (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b, § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A)	61
6. Keine Prüfungspflicht und keine Nachverhandlungen des Auftraggebers bei nicht nachgewiesener Gleichwertigkeit eines Nebenangebots	62
7. Ausschluß wegen mangelnder Kennzeichnung eines Nebenangebots (§ 25 Nr. 1 Abs. 2, § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A)	63
8. Wertung eines Hauptangebots als Nebenangebot	63
9. Zuschlag, Annehmbarkeit, Gleichwertigkeit	64
10. Sonderfälle: Pauschalpreisnebenangebote, Pauschalierung von Angeboten, bedingte Nebenangebote	64

Die Wertung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten wirft in der Praxis immer wieder Fragen auf. Deshalb sollen einige vor kurzem veröffentlichte obergerichtliche Entscheidungen zum Anlaß genommen werden, diese Problematik näher zu erläutern.

1. Begriffsbestimmungen

Eine Definition der Begriffe „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“ (in der Praxis auch Sondervorschläge genannt) ist der VOB nicht zu entnehmen. Aus dem Wortsinn ergibt sich, daß unter „Nebenangebot“ ein Angebot zu verstehen ist, das von einem Bieter neben dem geforderten „Hauptangebot“ eingereicht wird. Als Änderungsvorschlag kann man den Vorschlag eines Bieters bezeichnen, die Leistung in einer anderen als der vom Auftraggeber vorgesehene Art auszuführen. In der Praxis ist es gebräuchlich, Bieteranschläge, die eine völlig andere als die geforderte Leistung zum Inhalt haben (z.B. eine Betonbrücke anstatt der ausgeschriebenen Stahlbrücke), als Nebenangebote, und solche, die sich nur auf einen Teil der Leistung beziehen (z.B. eine zusätzliche Brückenstütze, ein anderer Brückenbelag), als Änderungsvorschläge zu bezeichnen. Eine exakte Abgrenzung ist nicht möglich. Von Nebenangeboten wird auch gesprochen, wenn die Leistung unter anderen als den in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen vertraglichen Rahmenbedingungen für die Leistung (z.B. Lohn- und Stoffpreisgleitklauseln) oder unter Abweichung von den vertraglich vorgesehenen Abrechnungsmodalitäten (z.B. Pauschalpreis anstelle von Einheitspreisen) angeboten wird. Keine Nebenangebote sind globale Preisnachlässe und Angebote mit Skonti für den Fall der Einhaltung bestimmter Zahlungsfristen (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 70, 71, 72, 75, 76).

2. Vorteile und Risiken für Auftraggeber und Auftragnehmer

Nebenangebote und Änderungsvorschläge dienen der Verbesserung der Auftragschancen mit Hilfe technisch oder wirtschaftlich besserer Lösungen als den vom Auftraggeber vorgesehenen. Für den Auftraggeber können sie zu erheblichen Einsparungen führen. Außerdem fördern sie die notwendige technische Weiterentwicklung, die Rationalisierungsbemühungen und die Konkurrenzfähigkeit, auch im internationalen Wettbewerb (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 69). Risiko des Auftragnehmers ist, daß er für Planung, technische Gestaltung, Kalkulation und praktische Ausführung die volle Verantwortung trägt. Im Risikobereich des Auftraggebers liegt es dagegen, daß er für preislich günstige Vorschläge möglicherweise keine gleichwertige Leistung erhält oder bei ihm neue oder ungenügend erprobte Bauweisen ausprobiert werden (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 81, 82).

3. Voraussetzungen der Wertung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten

Auftraggeber sind verpflichtet, Änderungsvorschläge und Nebenangebote wie Hauptangebote zu werten. Ausnahmen von dieser Verpflichtung gibt es nur, wenn Änderungsvorschläge und Nebenangebote

- in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen wurden (§ 25 Nr. 5 Satz 1, Nr. 1 Abs. 1 lit. d, § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A),
- wegen Unvollständigkeit von der Wertung ausgeschlossen sind (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b, § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A),
- wegen mangelnder Kennzeichnung von der Wertung ausgeschlossen werden (§ 25 Nr. 1 Abs. 2, § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A).

4. Ausschluß wegen Nichtzulassung (§ 25 Nr. 5 Satz 1, Nr. 1 Abs. 1 lit. d, § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A)

Nicht zugelassene Änderungsvorschläge und Nebenangebote werden ausgeschlossen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d VOB/A). Nach § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A ist in den Verdingungsunterlagen anzugeben, wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge und Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will oder wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen werden (letzteres sollte nur ausnahmsweise erfolgen, da sonst Betriebe, die nur zur Erbringung der im Nebenangebot angebotenen Leistungen technisch in der Lage sind, ohne ausreichenden Grund nicht zum Zuge kämen, vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 10 Rdn. 24).

Enthalten die Verdingungsunterlagen Formulierungen, daß bestimmte Festlegungen des Leistungsverzeichnisses verbindlich sein sollen, können Änderungsvorschläge und Nebenangebote ebenfalls ausgeschlossen sein, wenn sie von diesen Festlegungen abweichen (vgl. Vergabekammer Nordbayern, ZfBR 2002, 195 und Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 87).

Hat sich der Auftraggeber zu Änderungsvorschlägen in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen nicht geäußert, so muß er sie genauso wie die Hauptangebote werten (§ 25 Nr. 5 Satz 1 VOB/A). Wertet der Auftraggeber ein nicht zugelassenes Nebenangebot, kann dies beim übergangenen Bieter Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragschluß auslösen, da das durch die Ausschreibung begründete Vertrauensverhältnis verletzt wird (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 86).

5. Ausschluß wegen Unvollständigkeit (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b, § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A)

Nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b werden Angebote, also auch zugelassene Nebenangebote und Änderungsvorschläge, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe unvollständig sind, von der Wertung ausgeschlossen. Sie entsprechen dann nicht § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A. Dort ist festgelegt, daß die Angebote die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten sollen.

Ob ein Angebot, das die geforderten Erklärungen nicht enthält, zwingend oder nur bei Einfluß auf den Wettbewerb auszuschließen ist, ist wegen der Formulierung des § 21 Nr. 1 Abs. 1

Satz 3 VOB/A („sollen“) strittig. Von der h.M. wird der zwingende Ausschluß im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b bejaht (BGH, NJW 1998, 3634).

Änderungsvorschläge und Nebenangebote müssen eindeutig und erschöpfend beschrieben sein. Die Leistungsangaben des Bieters müssen den Anforderungen entsprechen, wie sie für den Bauherrn in § 9 VOB/A festgelegt sind (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 14. Auflage, A § 25 Nr. 5 Rdn. 87). Der Bieter muß sein Nebenangebot so gestalten, daß es der Auftraggeber ohne besondere Schwierigkeiten werten kann. Er muß die Gleichwertigkeit durch entsprechende Unterlagen belegen. Ein Nebenangebot muß zu diesem Zweck alle Daten enthalten, die nötig sind, damit der Auftraggeber sich ein klares Bild über den Inhalt verschaffen und das Angebot nicht manipuliert werden kann. Zum Wettbewerb gehört eine vollständige, übersichtliche und nachvollziehbare Präsentation der Angebote durch die Bieter unter Berücksichtigung der speziellen subjektiven Anforderungen und vorhersehbaren möglichen Bedenken des Auftraggebers. Fehlen in einem Nebenangebot die für die inhaltliche Bestimmung und die Wertung erforderlichen Daten oder sind sie derart allgemein gehalten, daß ein Vergleich mit anderen Angeboten nicht möglich ist, so ist das Nebenangebot auszuschließen (OLG Frankfurt a.M., NZBau 2002, 692). In dem vom OLG Frankfurt a.M. entschiedenen Fall fehlten in dem Nebenangebot Angaben zur erforderlichen Menge Stahl für eine alternative Konstruktion einer Brücke. Die Mengenangaben waren für die Prüfung der Statik und Dauerhaftigkeit, und damit für die Beurteilung der Gleichwertigkeit des Nebenangebots, zwingend erforderlich. Ein Bieter muß schlüssig und nachvollziehbar darlegen, inwieweit die von ihm angebotenen Masseneinsparungen auf der technischen Alternativlösung und nicht auf einer bloßen Reduzierung des Mengenansatzes im Leistungsverzeichnis beruhen. Die Mengeneinsparungen müssen transparent sein.

Nach einer Entscheidung des OLG Brandenburg (NZBau 2002, 694) reicht eine beigelegte Produktinformation des Herstellers, der die allgemeinen technischen Werte des Produkts zu entnehmen waren, nicht aus, die konkrete Gleichwertigkeit des Produkts zur ausgeschriebenen Leistung zu begründen. Aus dem Änderungsvorschlag oder Nebenangebot muß eindeutig hervorgehen, welche in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Leistungen oder vertraglichen Regelungen geändert, ersetzt oder ergänzt werden (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 90).

6. Keine Prüfungspflicht und keine Nachverhandlungen des Auftraggebers bei nicht nachgewiesener Gleichwertigkeit eines Nebenangebots

Änderungsvorschläge und Nebenangebote sind so zu werten, wie sie abgegeben wurden.

Weist der Bieter die Gleichwertigkeit nicht mit dem Angebot nach, besteht im Regelfall keine umfassende Nachforschungs- und Prüfungspflicht des Auftraggebers. Zur Ermittlung der Gleichwertigkeit sind vielmehr Nachforschungen nur im Rahmen der verfügbaren Erkenntnismöglichkeiten und innerhalb der zeitlichen Grenzen der Zuschlags- und Angebotsfrist anzustellen (vgl. OLG Brandenburg, NZBau 2002, 694).

Fehlende Angaben zur Gleichwertigkeit des Nebenangebots darf der Auftraggeber auch nicht unzulässigerweise im Wege von Nachverhandlungen ergänzen lassen. Aufklärungsgespräche dürfen sich nur auf die Erläuterung des wirklichen Angebots, nicht aber auf fehlende, jedoch zwingende Angebotsbestandteile beziehen. § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A läßt Aufklärungsver-

handlungen nur über ein feststehendes, vom Bieter aber zweifelhaft formuliertes Angebot zu. Angaben, die zum Nachweis der Gleichwertigkeit eines Nebenangebots unbedingt erforderlich sind, können dagegen nicht im Wege von Aufklärungsgesprächen nachgeholt werden, weil der Bieter den Leistungsumfang und/oder seine Kalkulation ändern und eine in seinem ursprünglichen Angebot so nicht enthaltene Leistung anbieten könnte. Damit entstünden Manipulationsmöglichkeiten und Wettbewerbsverzerrungen (vgl. OLG Frankfurt a.M., NZBau 2002, 692).

Ein danach im Einzelfall erforderliches technisches Aufklärungsgespräch oder die Hinzuziehung eines externen Sachverständigen findet ihre Grenze aus Gründen der Gleichbehandlung dann, wenn zur Bewertung Unterlagen oder Angaben des Bieters erforderlich werden, die dieser bereits zusammen mit dem Nebenangebot hätte vorlegen müssen (vgl. OLG Rostock, NZBau 2002, 696).

7. Ausschluß wegen mangelnder Kennzeichnung eines Nebenangebots (§ 25 Nr. 1 Abs. 2, § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A)

Auftraggeber haben die Möglichkeit, Änderungsvorschläge und Nebenangebote nicht zu werten, wenn sie nicht auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden (§ 25 Nr. 1 Abs. 2, § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A). Die Bieter sollen so gezwungen werden, zur Transparenz des Vergabeverfahrens beizutragen.

8. Wertung eines Hauptangebots als Nebenangebot

§ 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A untersagt dem Bieter Änderungen an den Verdingungsunterlagen. Ändert der Bieter die Verdingungsunterlagen, ist sein Angebot nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A von der Wertung als Hauptangebot auszuschließen. In Betracht kommt aber eine Wertung des Angebots als Nebenangebot, es sei denn, der Auftraggeber hat Nebenangebote nicht zugelassen (§ 25 Nr. 5 VOB/A).

In seinem Urteil vom 16.04.2002 (X ZR 67/00, FSt 84/2003) entschied der Bundesgerichtshof, daß das Angebot eines Bieters, in dem dieser die Aufnahme der Arbeiten von der Erteilung gültiger Arbeitserlaubnisse für ausländische Arbeitnehmer abhängig machte, als Hauptangebot auszuschließen war. Eine Wertung als Nebenangebot ließ der Bundesgerichtshof zu. Wegen der zum Zeitpunkt der Vergabe offenen Frage, ob die beantragten Arbeitserlaubnisse erteilt würden, erachtete er das Nebenangebot aber als den geforderten (Haupt-)Angeboten nicht gleichwertig und billigte die Entscheidung des Bauherrn, einem anderen, teureren Bieter den Auftrag auf dessen Hauptangebot zu erteilen.

In einem vom Bayerischen Obersten Landesgericht am 16.09.2002 entschiedenen Fall (Az.: Verg 19/02, Vergaberechts-Report 2/2003, Seite 2) enthielten die Verdingungsunterlagen bei einer öffentlichen Ausschreibung detaillierte Regelungen zu den Ausführungsfristen, insbesondere Regelungen zum Beginn und zur Fertigstellung der Arbeiten. Ein Bieter vermerkte in einem Begleitschreiben zu seinem Angebot: „Die Angabe eines Ausführungstermins erfolgt nach Verhandlung und Klärung aller technischer Einzelheiten bei Auftragserteilung.“ Das Bayerische Oberste Landesgericht führte aus, daß ein Angebot mit abweichenden oder einschränkenden

Erklärungen (hier einem Vorbehalt zur Leistungszeit) als Nebenangebot gewertet werden können. Vorliegend komme jedoch eine Wertung als Nebenangebot wegen der Unbestimmtheit der Leistungszeit nicht in Betracht. Eine diesbezügliche Nachverhandlung mit dem Bieter sei unzulässig und verstieße gegen § 24 Nr. 1 VOB/A.

9. Zuschlag, Annehmbarkeit, Gleichwertigkeit

Der Zuschlag ist nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A auf das Angebot zu erteilen, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z.B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität oder technischer Wert, als das wirtschaftlichste erscheint (vgl. BGH, NZBau 2000, 35). Ein Nebenangebot muß grundsätzlich annehmbarer sein als der Auftragsbervorschlag. Annehmbarer heißt, daß der Bieterorschlag entweder eine bessere Lösung und nicht teurer ist, oder eine gleichwertige Lösung und preislich günstiger ist (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 93).

Will der Auftraggeber ausnahmsweise aus Gründen der Wirtschaftlichkeit einen Bieterorschlag in die Wertung einbeziehen, der keine qualitativ (z.B. Lagerhalle in Holzbauweise anstatt der ausgeschriebenen Stahlbetonbauweise) oder quantitativ (z.B. dreilagige anstatt vierlagige Dachabdeckung) gleichwertige Lösung der Bauaufgabe ist, ist dies nur möglich, wenn eine Wettbewerbsverzerrung mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Ansonsten können in berechtigten Einzelfällen nur die Aufhebung der Ausschreibung und eine erneute Ausschreibung in Betracht kommen (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 94 bis 96).

10. Sonderfälle: Pauschalpreisnebenangebote, Pauschalierung von Angeboten, bedingte Nebenangebote

Da Nebenangebote oft als Pauschalpreisangebote abgegeben werden, ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob der Preis angemessen ist. Dies kann insbesondere bei im Leistungsverzeichnis enthaltenen „großzügigen“ Mengenansätzen relevant werden. Hauptangebote mit Einheitspreisen sind dann für einen Preisvergleich nicht mehr geeignet (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 99 und den oben dargestellten Fall des OLG Frankfurt a.M., NZBau 2002, 692).

In Fällen ungenauer Mengenansätze im Leistungsverzeichnis bietet der Auftragnehmer bei oder nach Vertragsabschluß häufig eine Pauschalpreisvereinbarung an. Dies steht nicht im Widerspruch zu § 24 Nr. 3 VOB/A. Voraussetzung ist in solchen Fällen, daß sich der Auftraggeber ein Bild über die Mengenreserven verschafft, daß der Auftragnehmer die volle Verantwortung für die erstellten Unterlagen übernimmt und daß, abgesehen von Eingriffen des Bauherrn, eine Preisanpassung im Sinne des § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B vertraglich ausgeschlossen wird (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 98 und OLG Frankfurt a.M., NZBau 2002, 692).

Bei bedingten Nebenangeboten (z.B. Lieferung von Kies aus firmeneigener Grube, falls Abbaugenehmigung erteilt wird) ist Vorsicht geboten. Eine Wertung ist nicht möglich, wenn der Eintritt der Bedingung offen und die Bauausführung damit fraglich ist. Die Wertung ist unzulässig, wenn der Eintritt der Bedingung vom Bieter abhängt, da er sonst nach Angebotseröffnung entscheiden könnte, ob er im Wettbewerb bleibt oder nicht, und damit eine echte Wettbewerbssituation nicht mehr gegeben wäre (vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Auflage, A § 25 Rdn. 100).