

Oberlandesgericht Frankfurt am Main zur etwaigen fortdauernden Behinderung eines Bewerbers um eine Konzession

# Im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen

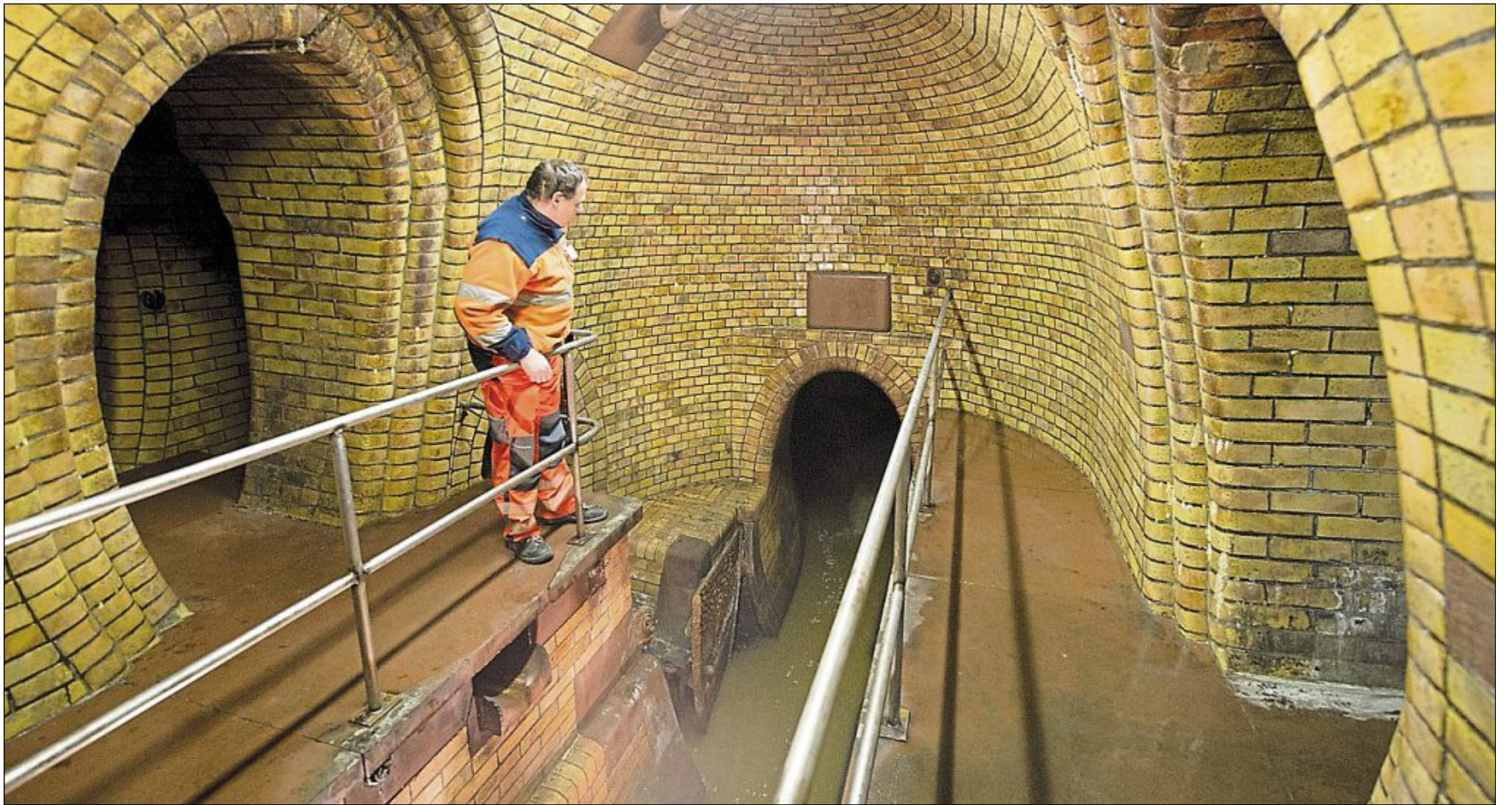
In der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main (11 Verg 4/21 vom 24. November 2021) ging es unter anderem um die Frage, ob ein Pauschalpreisangebot als Nebenangebot zulässig war. Die Auftraggeberin schrieb Kanalbauarbeiten im Offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Die Abrechnung des Vertrags sollte auf Einheitspreisbasis erfolgen. Laut Angebotsaufforderung waren Nebenangebote für zwei konkret bezeichnete Titel des Leistungsverzeichnisses zugelassen. Ausgenommen waren Nebenangebote, die ausschließlich Preisnachlässe mit Bedingungen beinhalteten.

Die Antragstellerin gab ein Hauptangebot sowie sechs Nebenangebote ab. Nebenangebot 1 bezog sich auf die Herstellung des Kanals mithilfe von Fertigbauteilen anstatt Ort betonbauweise, Nebenangebot 2 ergänzte das Nebenangebot 1 um einen alternativen Rohrvortrieb. Beide Nebenangebote wurden mit einer pauschalen Angebotssumme angeboten. Die Auftraggeberin beabsichtigte, den Zuschlag auf ein Nebenangebot der Beigeladenen zu erteilen. Die Nebenangebote der Antragstellerin seien als „nicht zugelassene Nebenangebote“ gemäß § 16 EU Nr. 5 VOB/A von der Wertung auszuschließen. Zugelassen seien lediglich Nebenangebote für technische Alternativen, nicht aber wirtschaftliche oder preisliche Nebenangebote.

## Als unbegründet zurückgewiesen

Den entsprechenden Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat die Vergabekammer als unbegründet zurückgewiesen. Die Nebenangebote der Antragstellerin seien gemäß § 16a EU Abs. 2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen. Dagegen hat die Antragstellerin vor dem OLG Frankfurt erfolglos sofortige Beschwerde eingelegt. Nach Auffassung des Senats hat die Auftraggeberin die Nebenangebote 1 und 2 der Antragstellerin zu Recht von der Wertung ausgeschlossen, weil es sich um nicht zugelassene Pauschalpreisnebenangebote handle, §§ 16 EU Nr. 5, 1. Alt., 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A. Nach § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 VOB/A könnten Nebenangebote bei der Vergabe von Bauaufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte nur dann gewertet werden, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich zugelassen habe.

Ein Nebenangebot liege vor, wenn ein Bieter eine von den



Um die Vergabe von Kanalarbeiten gab es Streit.

FOTO: DPA/UWE ANSPACH

Vertragsunterlagen abweichende Art der Leistung anbiete, unabhängig von Umfang und Gegenstand der Änderung. Eine Abweichung könne technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein. Ein technisches Nebenangebot enthalte eine abweichende Lösung von den Vorgaben in den Vergabeunterlagen. Rechtliche Abweichungen betreffen in der Regel den Inhalt des Bauvertrags. Ein wirtschaftliches oder kaufmännisches Nebenangebot liege zum Beispiel im Angebot einer abweichenden Vergütungsform oder im Angebot bestimmter Preisnachlässe unter bestimmten Bedingungen. Der Auftraggeber könne bei der Zulassung von Nebenangeboten differenzieren, zum Beispiel nur technische oder nur kaufmännische Nebenangebote zulassen beziehungsweise diese auf bestimmte Teile der Leistung beschränken.

Der Erklärungswert von Vergabeunterlagen richte sich nach dem objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, sodass der Senat die Unterlagen aus Sicht eines verständigen, mit der Materie vertrauten Bieters habe auslegen und prüfen müssen, ob den Vergabeunterlagen hinreichende Anhaltspunkte für die Zulassung kaufmännischer Nebenangebote,

etwa in Form von Pauschalpreisnebenangeboten, zu entnehmen waren. Das verneint der Senat bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung der Vergabeunterlagen.

Die Auftragsbekanntmachung habe Nebenangebote nicht einschränkt zugelassen. In der zwingend zu verwendenden elektronischen Vorlage für die Auftragsbekanntmachung sei kein Raum für eine konkrete Festlegung des Umfangs der Zulassung von Nebenangeboten gewesen. Vielmehr sehe das Bekanntmachungsformular nur die Ankreuzoptionen „ja/nein“ vor und bleibe damit hinter Optionen zurück, die der Gesetzgeber den Vergabestellen eröffnet habe. Dass die Auftraggeberin hier „ja“ angekreuzt habe, lasse dementsprechend nicht darauf schließen, dass sie damit uneingeschränkt Nebenangebote zulassen wollte. Es komme vielmehr darauf an, ob nach einer Gesamtschau der Vergabeunterlagen Nebenangebote im streitgegenständlichen Umfang ausdrücklich zugelassen waren.

Maßgeblich sei in erster Linie die bekannt gemachte „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“. Dieses Formblatt ermögliche der Vergabestelle, Nebenangebote entweder für die gesamte Leistung, eingeschränkt für konkret

zu benennende Bereiche, grundsätzlich in weitem Umfang aber mit Ausnahme konkret benannter Bereiche oder unter konkreten weiteren Bedingungen, wie zum Beispiel nur in Verbindung mit einem Hauptangebot, zuzulassen.

Hier habe die Auftraggeberin Nebenangebote zugelassen, ohne zwischen technischen und kaufmännischen Nebenangeboten zu differenzieren. Ein verständiger Bieter werde aber dem Fließtext entnehmen, dass nur technische Abweichungen von den Vergabeunterlagen zulässig sein sollten. Die Auftraggeberin habe nämlich konkret vorgegeben, dass Nebenangebote lediglich ein alternatives Bauverfahren und die Errichtung des Kanals aus Fertigbauteilen anstatt aus Ort beton enthalten dürften.

## Qualitative Mindestanforderungen

Darüber hinaus habe sie den gesetzlichen Vorgaben entsprechende formale und qualitative Mindestanforderungen an die technische Ausführung gestellt, die ein Nebenangebot in dem eingeschränkten zugelassenen Rahmen erfüllen muss, um gewertet zu

werden. Dass Mindestanforderungen für etwaige kaufmännische Nebenangebote dagegen nicht erkennbar seien, indiziere bereits, dass die Auftraggeberin diese auch nicht zulassen wolle.

Der beabsichtigte Bauvertrag sei von der Auftraggeberin erkennbar als Einheitspreisvertrag konzipiert worden, denn die Leistungsbeschreibung sei von den Bietern nach Mengen und Einheitspreisen, teilweise auch nach Positionspreisen, aufzulegen gewesen. Während beim Einheitspreisvertrag die Vergütung immer erst nach Ausführung der Leistung feststehe, sei es beim Pauschalvertrag genau umgekehrt. Wenn die Auftraggeberin somit auch kaufmännische Nebenangebote, beispielsweise in Form von Pauschalpreisangeboten hätte zulassen wollen, so wäre ihr Verlangen nach einer positionsweisen Aufschlüsselung der Mengenvordersätze mit entsprechender preislicher Darstellung nicht notwendig und auch nicht sinnvoll gewesen.

Das Formular hat den Vergabestellen nachfolgend die Option eröffnet, Nebenangebote „...nur für nachfolgend genannte Bereiche...“ zuzulassen, womit die Möglichkeit geschaffen wird, ausdrücklich ganz bestimmte Neben-

angebote, wie beispielsweise ausschließlich technische Nebenangebote, zuzulassen. Hiervon hat die Auftraggeberin explizit Gebrauch gemacht. Für die dargelegte Einschätzung spreche auch, dass sich die Auftraggeberin mit der Zulassung von Pauschalpreisnebenangeboten letztlich unlösbare Probleme bei der Wertung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses geschaffen hätte. Ein angebotener Pauschalpreis und eine Angebotssumme auf Basis vorgegebener Vordersätze seien prinzipiell nicht vergleichbar.

Ob die Antragstellerin auch technisch von den Vorgaben der Auftraggeberin abgewichen sei, lässt der Senat offen, denn das Pauschalpreisnebenangebot der Antragstellerin halte sich als kaufmännisches Nebenangebot nicht innerhalb der in der Aufforderung zur Angebotsabgabe festgelegten engen Grenzen und sei daher auszuschließen. Die Nebenangebote 1 und 2 pauschalieren den Werklohn und wichen damit von der vorgegebenen Vergütung nach Einheitspreisen ab. Bereits aus diesem Grund könne das Nebenangebot 1 und das optional darauf bezogene Nebenangebot 2 als nicht zugelassenes Nebenangebot nicht in die Wertung eingehen. > **FV**

Ausschreibungen für Bayern

## Auftrag **online** finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter [www.bs2.de/business](http://www.bs2.de/business)

Webbasiert inkl.  
GAEB online

Aktuelle  
Ausschreibungen  
warten auf Ihren Abruf