



## Das wirtschaftlichste Angebot Hinweise zur richtigen Gestaltung und Wertung im Vergabeverfahren



Leitfaden



## A. Ausgangssituation

Das Herzstück der öffentlichen Vergabe ist die Wertung der eingegangenen Angebote. Dabei ist nach den geltenden vergaberechtlichen Vorschriften im Ober- wie im Unterschwellenbereich der Zuschlag nicht auf das billigste Angebot, sondern auf das „**wirtschaftlichste**“ Angebot zu erteilen.<sup>1</sup> Die Erteilung des Zuschlages allein nach dem Preis ist zwar möglich und mit einem geringeren Aufwand verbunden. Der Auftraggeber hat es jedoch in der Hand, neben dem Preis auch qualitative Zuschlagskriterien vorzugeben und bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen.

Der vorliegende Leitfaden soll öffentlichen Auftraggebern einen Überblick über ihre Möglichkeiten und Spielräume bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens und der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots geben.

### Praxistipp:

Bei konkreten Fragen zu den Gestaltungsmöglichkeiten im Vergabeverfahren stehen auch die **VOB-Stellen bei den Regierungen** als Ansprechpartner zur Verfügung. Sie beraten als Vergabeberatungsstellen sowohl öffentliche Vergabestellen als auch private Zuwendungsempfänger oder private Empfänger gesetzlicher Leistungen zu Vergaben von Bauleistungen, Lieferleistungen, Dienstleistungen, Konzessionen und freiberuflichen Leistungen.<sup>2</sup> Speziell im Bereich von Liefer- und Dienstleistungen steht außerdem das Auftragsberatungszentrum Bayern e.V. (ABZ) als Ansprechpartner beratend zur Verfügung.

## Zielsetzung im Vergabewesen

Das öffentliche Beschaffungswesen dient in erster Linie der **Bedarfsdeckung** der öffentlichen Hand unter sparsamer und wirtschaftlicher Verwendung der verfügbaren Mittel.

Daneben kann der öffentliche Auftraggeber aber auch sogenannte **Sekundärziele** – insbesondere soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte<sup>3</sup> – bei der Auftragsvergabe berücksichtigen, sofern die jeweiligen Kriterien im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.

### Beispiele aus der Praxis:

In Bayern ergeben sich beispielsweise entsprechende Vorgaben aus den Richtlinien über die Berücksichtigung vom Umweltaspekten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge<sup>4</sup> und der Bekanntmachung zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit<sup>5</sup>. Zur Unterstützung einer nachhaltigen Beschaffung wurde außerdem beim Beschaffungssamt des Bundesministeriums des Innern eine „Kompetenzstel-

<sup>1</sup> § 127 GWB, § 58 VgV, § 16d Abs. 1 Nr. 4 S. 1 VOB/A, § 43 UVgO.

<sup>2</sup> Siehe Ziffer 1 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr über die Zuständigkeiten der VOB-Stellen bei den Regierungen vom 11.10.2017, AllIMBI S. 455.

<sup>3</sup> Vgl. § 97 Abs. 3 GWB, § 16d Abs. 1 Nr. 5 S. 2 lit. a VOB/A, § 2 Abs. 3 UVgO, Nr. 1.8 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration vom 31.07.2018 zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (AllIMBI S. 547), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 27.02.2019 (BayMBI. Nr. 90) – im Folgenden IMBek zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich.

<sup>4</sup> Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 28.04.2009, Az. B II 2-5152-15, AllIMBI 2009, S. 163.

<sup>5</sup> Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29.04.2008, Az. B II 2-515-252, AllIMBI 2008, S. 322.

le für nachhaltige Beschaffung“ eingerichtet, die über die Möglichkeiten, ökologische und soziale Kriterien in ihrer Beschaffungstätigkeit zu berücksichtigen, informiert. Eine zu diesem Zweck eingerichtete webbasierte Informationsplattform, die auch eine eigene bayerische Länderseite mit konkreten Ansprechpartner in Bayern umfasst, bietet Handlungshilfen für eine wirkungsvolle Einbeziehung von Aspekten der Nachhaltigkeit in die Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen der öffentlichen Hand.<sup>6</sup> Über Möglichkeiten der innovativen Beschaffung berät das „Kompetenzzentrum Innovative Beschaffung“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie.<sup>7</sup>

## B. Die Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Da die Qualität eines Angebots im Rahmen des Wertungsverfahrens im engeren Sinne anhand von Kriterien zu ermitteln ist, die der Auftraggeber schon in der Bekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen angegeben hat,<sup>8</sup> ist eine sorgfältige Vorbereitung des Vergabeverfahrens unerlässlich. Der folgende Abschnitt widmet sich daher den Gestaltungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers bei der Festlegung der Vergabekriterien.

Vor Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber einige wesentliche Entscheidungen treffen.

Insbesondere muss er sich mit den folgenden Fragen auseinandersetzen:

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

Bei diesen Fragen handelt es sich um wesentliche Stellschrauben für den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens. Der öffentliche Auftraggeber sollte diese Gestaltungsmöglichkeiten daher nicht ungenutzt lassen, sondern sich gerade bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ausreichend Zeit nehmen.

<sup>6</sup> Im Internet abrufbar unter [www.nachhaltige-beschaffung.info](http://www.nachhaltige-beschaffung.info).

<sup>7</sup> Im Internet abrufbar unter [www.koinno-bmwi.de](http://www.koinno-bmwi.de).

<sup>8</sup> § 127 Abs. 5 GWB, § 58 Abs. 3 VgV, § 16d Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A, § 21 Abs. 1 Nr. 2 UVgO, Nr. 1.6 IMBek zur Vergabe von Aufgaben im kommunalen Bereich.

## (1) Die Erstellung der Vertragsunterlagen

Die „Vertragsunterlagen“ bestehen aus der Leistungsbeschreibung und aus den Vertragsbedingungen.<sup>9</sup> Während der Auftraggeber mit der Leistungsbeschreibung die Anforderungen definiert, die er an die zu erbringende Leistung stellt, beschreibt er in den Vertragsbedingungen Bestimmungen über den rechtlichen Rahmen des Vertrags und die Anforderungen an die Auftragsausführung.

Exkurs zu den Auftragsausführungsbestimmungen:

Nach § 128 Absatz 1 GWB haben Unternehmen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden **gesetzlichen Verpflichtungen** einzuhalten.<sup>10</sup> Ausdrücklich erwähnt wird in der Vorschrift hier beispielweise die Verpflichtung zur Entrichtung von **Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung** sowie zur Zahlung der geltenden **Mindestlöhne**. Die Regelung umfasst aber auch alle anderen arbeitsrechtlichen Pflichten wie zum Beispiel die Einhaltung des Gebotes gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit, das sich aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und dem Entgelttransparenzgesetz ergibt („**Equal pay**“ Grundsatz).

Darüber hinaus bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber unbenommen, sich die Einhaltung der Ausführungsbedingungen bei Angebotsabgabe durch eine gesonderte Erklärung des Bieters zusichern zu lassen. Um die Beachtung der gesetzlichen Pflichten sicherzustellen, ohne von den Bietern zusätzliche Erklärungen zu verlangen, könnte die **Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere des Equal pay Gebotes, ausdrücklich in die Vertragsunterlagen** aufgenommen werden. Hierfür kann folgende Formulierung verwendet werden:

*„Der Auftragnehmer hat bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für ihn geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu zahlen, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 AEntG erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden, sowie Frauen und Männern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleiches Entgelt zu bezahlen.“*

Nach § 128 Absatz 2 GWB können öffentliche Auftraggeber darüber hinaus **individuelle Ausführungsbedingungen** vorgeben, die gesetzlich zwar nicht gefordert sind, dem öffentlichen Auftraggeber aber sinnvoll erscheinen und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (zum Beispiel den Einsatz von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bei der Ausführung des konkreten Auftrags oder den Verzicht auf Plastikverpackungen).<sup>11</sup> Nicht möglich ist es jedoch, einem Unternehmen durch Ausführungsbedingungen allgemeine Vorgaben für seine Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation zu machen.

Kommt ein Auftragnehmer den Ausführungsbedingungen bei der Erbringung der Leistung nicht nach, liegt eine Vertragsverletzung vor, die zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. In schwerwiegenden Fällen kann sogar eine **fristlose Kündigung** aus wichtigem Grund in Betracht kommen. Zudem kann die Einhaltung der Ausführungsbedingungen, zum Beispiel die Einhaltung des Equal pay Grundsatzes, durch **Vertragsstrafen** oder ausdrückliche **Sonderkündigungsrechte** abgesichert werden. Verstöße gegen Ausführungsbedingungen können auch den Ausschluss aus künftigen Vergabeverfahren zur Folge haben.

<sup>9</sup> Vgl. etwa § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VgV, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

<sup>10</sup> Unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt dies gemäß § 45 Abs. 1 UVgO entsprechend.

<sup>11</sup> Für den Unterschwellenbereich ist dies in § 45 Abs. 2 UVgO geregelt.

## Zur Festlegung der Anforderungen an die Leistungserbringung

Zunächst hat der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf zu bestimmen. Die Entscheidung über den Bedarf ist dem Anwendungsbereich des Vergaberechts vorgelagert und betrifft – im Gegensatz zum Vergaberecht, das das „Wie“ der Beschaffung regelt und sicherstellt, dass der Vertragspartner in einem transparenten, nicht diskriminierenden und wettbewerblichen Verfahren ausgewählt wird – das „Was“ der Beschaffung.<sup>12</sup> Bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs hat der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich ein **Leistungsbestimmungsrecht**. Er ist hierbei also weitgehend frei, sofern die Festlegungen auf **sachlichen, auftragsbezogenen** Gründen beruhen, **diskriminierungsfrei** sind und **produktneutral** erfolgen.<sup>13</sup>

Der Auftraggeber hat die von ihm gewünschte Leistung **so eindeutig und erschöpfend wie möglich** zu beschreiben. Zulässig ist auch eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (sogenannte funktionale Ausschreibung).<sup>14</sup>

### Hinweis für die Praxis:

Um den Anforderungen an eine im Einzelfall hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung gerecht zu werden, kann es sinnvoll sein, vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens eine **Markterkundung** durchzuführen. Der Auftraggeber ist hierzu nach Maßgabe des § 28 VgV berechtigt.<sup>15</sup>

Im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechtes darf der Auftraggeber konkrete Anforderungen an die Leistung formulieren, die ein hohes Maß an **Qualität** garantieren sollen. Er kann dabei auch auf **Gütezeichen** Bezug nehmen. Im Oberschwellenbereich ist jedoch darauf zu achten, dass die Voraussetzungen des § 34 VgV vorliegen, insbesondere, dass sämtliche Kriterien des in Bezug genommenen Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sind und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

### Praxistipp:

Praktische Hilfestellungen bei der Suche nach geeigneten Gütezeichen finden sich auf der im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung geschaffenen Internetseite <https://kompass-nachhaltigkeit.de/>.

<sup>12</sup> Vgl. Vergabekammer Bund, Beschluss v. 09.05.2014 – VK 2-33/14.

<sup>13</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 15.11.2013, 15 Verg 5/13; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.08.2012, VII-Verg 10/12.

<sup>14</sup> Bezogen auf Bauleistungen siehe auch § 7c VOB/A.

<sup>15</sup> Im Unterschwellenbereich gilt dies gemäß § 20 UVgO. Zur Frage, inwieweit der Auftraggeber im Einzelfall möglicherweise zur Durchführung einer Markterkundung verpflichtet sein kann, siehe Gabriel/Voll, Markterkundungen öffentlicher Auftraggeber im Grenzbereich zwischen Leistungsbestimmungsrecht und Ausschreibungspflicht, NZBau 2019, 83 ff. m.w.N.

In der Leistungsbeschreibung können auch **soziale und umweltbezogene Aspekte** berücksichtigt werden, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand im sachlichen Zusammenhang stehen. So sind nach den „Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen“<sup>16</sup> bei umweltbedeutsamen Aufträgen vom Auftraggeber bereits in der Planungsphase umweltfreundliche und energieeffiziente Lösungen zu ermitteln und in der Leistungsbeschreibung etwaige Gesichtspunkte des Umweltschutzes und des Energieverbrauchs vorzugeben. Der Auftraggeber kann dabei zum Beispiel Anforderungen in der Leistungsbeschreibung als Mindeststandards festlegen und im Rahmen der Zuschlagsentscheidung Bewertungspunkte für das Übertreffen der Mindestanforderungen vergeben.

Praktische Beispiele für soziale und umweltbezogene Anforderungen an die Leistung:

- Behindertengerechte Gestaltung eines Internetportals
- Anforderung an die Energieeffizienzklasse bei technischen Geräten
- Vorgaben für Energieverbrauch und Umweltauswirkungen bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen
- Verwendung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen („Ökostrom“)
- Verwendung von Holzprodukten, die nachweislich aus legaler, nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen
- Verwendung von Lebensmitteln aus ökologischem Landbau
- Verwendung von Recyclingpapier
- Vorgabe, dass ein Produkt bestimmte Inhaltsstoffe (zum Beispiel Chemikalien) nicht enthält
- ➔ Weitere Beispiele finden sich im Leitfaden des Bayerischen Landesamts für Umwelt „Umweltschutz in Behörden – Ratgeber zur Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten in öffentlichen Einrichtungen“.<sup>17</sup>

### **Zur Entscheidung über die Aufteilung des Auftrags in Lose**

**Mittelständische Aspekte** sind ein wichtiges Anliegen und bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Nach § 97 Abs. 4 GWB ist daher grundsätzlich eine Aufteilung des Auftrags in Fachlose und Teillose vorgeschrieben.<sup>18</sup> Eine Gesamtvergabe ist hingegen nur dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Diese Gründe sind im Vergabevermerk darzulegen.

Um eine mittelstandsfreundliche Gestaltung des Vergabeverfahrens zu erreichen, müssen grundsätzlich auch Bietergemeinschaften und die Einbeziehung von Unterauftragnehmern zugelassen werden.

Außerdem ist in der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) vorgegeben, dass in Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich regelmäßig auch kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern sind.

<sup>16</sup> Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 28.04.2009, Az. B II 2-5152-15, AllMBI 2009, S. 163.

<sup>17</sup> Im Internet abrufbar unter [https://www.lfu.bayern.de/umweltkommunal/beschaffung/rechtliche\\_grundlagen/index.htm](https://www.lfu.bayern.de/umweltkommunal/beschaffung/rechtliche_grundlagen/index.htm).

<sup>18</sup> Vgl. hierzu auch Art. 18 Abs. 1 S. 2 des Mittelstandsförderungsgesetzes (MFG). Bei Bauvorhaben ergibt sich die Pflicht zur Losbildung aus § 5 Abs. 2 VOB/A, für Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich aus § 22 UVgO.

## (2) Die Festlegung der Eignungskriterien

Die Eignungskriterien sind **Fachkunde und Leistungsfähigkeit** (Eignungskriterien im engeren Sinne) sowie das **Nichtvorliegen von Ausschlussgründen**.<sup>19</sup>

Während die zwingenden und fakultativen Ausschlussgründe in den §§ 123, 124 GWB gesetzlich geregelt sind,<sup>20</sup> handelt es sich bei der Fachkunde und Leistungsfähigkeit um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Auftraggeber in der Bekanntmachung zu konkretisieren hat.

Die von ihm geforderten Eignungskriterien im engeren Sinne dürfen nach § 122 Absatz 2 GWB ausschließlich Folgendes betreffen:

- Die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (§ 44 VgV),
- die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 45 VgV) und
- die technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 46 VgV).<sup>21</sup>

Bei der Konkretisierung der Eignungskriterien kommt dem Auftraggeber wieder grundsätzlich ein **Spielraum** zu.<sup>22</sup> Er kann also weitgehend frei bestimmen, welche Anforderungen er in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht bei der konkreten Auftragsvergabe an die Auftragnehmer stellt und hierbei auch bestimmte Mindestanforderungen formulieren.

Die gestellten Anforderungen müssen dabei aber in jedem Fall **objektiv, diskriminierungsfrei** und **durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt** sein.

Praktische Beispiele für Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Bieter:

- Vorlage geeigneter Referenzen über früher ausgeführte Aufträge
- Vorgabe eines bestimmten Mindestjahresumsatzes
- Vorgaben zu Qualitätssicherungs- oder Umweltmanagementmaßnahmen

Der Auftraggeber hat die Eignungskriterien, deren Verwendung er vorsieht, bereits in der Auftragsbekanntmachung, Vorinformation oder Aufforderung zur Interessensbestätigung zu benennen.<sup>23</sup> Zugleich hat er anzugeben, mit welchen Unterlagen Bewerber oder Bieter ihre Eignung zu belegen haben. In diesem Zusammenhang fordert er grundsätzlich die Abgabe von **Eigenerklärungen** an und weist darauf hin, dass auch durch Präqualifizierungsverfahren erworbene Eignungsnachweise zugelassen werden.<sup>24</sup>

19 Vgl. § 122 Abs. 1 GWB. Gemäß § 16b VOB/A setzt die Eignung eines Bieters voraus, dass er die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügt.

20 Zu den zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen des GWB siehe unten unter C. Ziffer (2). Im Unterschwellenbereich gelten die §§ 123, 124 GWB über den Verweis in § 31 Abs. 1 UVgO.

21 Unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt entsprechendes gemäß § 31 Abs. 2 S. 2 und § 33 UVgO.

22 Vgl. OLG München, Beschluss v. 21.05.2010, Verg 02/10.

23 § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, § 33 Abs. 1 S. 3 UVgO.

24 § 122 Abs. 3 GWB, § 6b VOB/A.



Ein Bewerber oder Bieter kann im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit im Rahmen der sogenannten

**Eignungsleihe** grundsätzlich auch die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen. Voraussetzung ist jedoch, dass er die gemäß § 47 VgV erforderlichen Nachweise erbringt.<sup>25</sup>

Hinweis zum Schutz von kleinen und mittelständischen Unternehmen sowie Existenzgründern:

Die Wahl der konkreten Eignungskriterien hängt grundsätzlich von den Anforderungen des jeweiligen Auftragsgegenstandes ab.

Unverhältnismäßig hohe Anforderungen dürfen dabei zum Schutz mittelständischer Bieter jedoch nicht gestellt werden. Dies bedeutet zum Beispiel:

- Fordert der Auftraggeber vom Bieter einen bestimmten Mindestumsatz, darf dieser das Zweifache des Auftragswertes nicht überschreiten.<sup>26</sup>
- Eine Erklärung des Unternehmens über seinen Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren darf der Auftraggeber nur verlangen, sofern entsprechende Angaben bei dem Unternehmen verfügbar sind.<sup>27</sup>

### (3) Die Festlegung der Zuschlagskriterien

Neben der Leistungsbeschreibung und den Eignungskriterien muss der öffentliche Auftraggeber außerdem die Zuschlagskriterien festlegen. Sie sind die Richtschnur für die Beurteilung der abgegebenen Angebote und müssen in der Auftragsbekanntmachung beziehungsweise den Vergabeunterlagen angegeben werden.

#### Wertungsmaßstab

Bei der Aufstellung der Zuschlagskriterien besteht grundsätzlich ein **Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum**, dessen Umfang je nach Art der Ausschreibung unterschiedlich sein kann.

Dieser Spielraum ist allerdings insofern begrenzt, als der Auftraggeber **nur auftragsbezogene Kriterien** heranziehen darf. Darüber hinaus müssen die aufgestellten Kriterien **diskriminierungsfrei, willkürfrei** und **sachgemäß** sein. Diskriminierende Merkmale wie die Ortsansässigkeit, rein subjektive Kriterien und ungesicherte Erkenntnisse dürfen daher nicht berücksichtigt werden.

Da das „wirtschaftlichste“ Angebot gemäß § 127 GWB, § 58 VgV, § 16d Absatz 1 Ziffer 4 VOB/A, § 43 UVgO und Nr. 1.6 der IMBek zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zu ermitteln ist, muss **stets** eine **Preis- oder Kostenkomponente** berücksichtigt werden.

<sup>25</sup> Für den Unterschwellenbereich ist die Eignungsleihe in § 34 UVgO geregelt.

<sup>26</sup> § 45 Abs. 2 VgV. Unterhalb der EU-Schwellenwerte kann sich ein entsprechender Schutz aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 S. 2 UVgO) ergeben.

<sup>27</sup> § 45 Abs. 4 Nr. 4 VgV.

Hinweis:

Im Unterschwellenbereich sind bestimmte Bieter, darunter beispielsweise Inklusionsbetriebe, bevorzugt zu berücksichtigen. Gemäß Ziffer 3.4.2. S. 1 der VVöA erfolgt die Bevorzugung dergestalt, dass bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Angebots der vom bevorzugten Bieter angebotene Preis mit einem Abschlag von 10 % gewertet wird.

Daneben kann der öffentliche Auftraggeber auch **qualitative, umweltbezogene und soziale Faktoren** eines Angebots berücksichtigen, soweit die entsprechenden Kriterien den erforderlichen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen.

**Alle Zuschlagskriterien**, die er für die konkrete Vergabeentscheidung heranzuziehen beabsichtigt, hat der Auftraggeber im Einzelnen bereits in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen **aufzuführen**.<sup>28</sup>

Praxisbeispiele für Zuschlagskriterien:

- Preis
  - Lebenszykluskosten
  - Wartungskosten
  - Energieverbrauch
  - Kundenservice und Benutzerfreundlichkeit
  - Sicherheitstechnische Anforderungen
  - Beschaffung von Produkten aus fairem Handel
  - Ausführungs- und Lieferfristen
  - Organisation, Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals, wenn dies erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsdurchführung haben kann (zum Beispiel bei Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen)
  - Verzicht auf Plastikverpackungen
- ➔ Weitere Beispiele für umweltbezogene Zuschlagskriterien finden sich im Leitfaden des Bayerischen Landesamts für Umwelt „Umweltschutz in Behörden – Ratgeber zur Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten in öffentlichen Einrichtungen“.<sup>29</sup>

### Gewichtung der Zuschlagskriterien

Verwendet der Auftraggeber bei einer Ausschreibung mehrere Zuschlagskriterien, so haben sie in der Regel für ihn eine unterschiedliche Wichtigkeit. Damit die Bieter bei ihrer Angebotserstellung die speziellen Bedürfnisse des Bieters berücksichtigen können, muss der Auftraggeber nicht nur die Zuschlagskriterien selbst, sondern auch deren **Gewichtung** in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen bekanntgeben.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> § 127 Abs. 5 GWB, § 58 Abs. 3 VgV, § 16d Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A, § 43 Abs. 6 UVgO.

<sup>29</sup> Im Internet abrufbar unter [https://www.lfu.bayern.de/umweltkommunal/beschaffung/rechtliche\\_grundlagen/index.htm](https://www.lfu.bayern.de/umweltkommunal/beschaffung/rechtliche_grundlagen/index.htm).

<sup>30</sup> § 127 Abs. 5 GWB, § 58 Abs. 3 VgV, § 16d Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A, § 43 Abs. 6 UVgO.

Exkurs zur „Schulnotenrechtsprechung“:

Nach der Rechtsprechung müssen die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zur Wahrung des Transparenzgebots so klar, genau und eindeutig formuliert sein, dass der durchschnittlich fachkundige Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in einer Gesamtschau erkennen kann, was der Auftraggeber von ihm erwartet.<sup>31</sup> Erforderlichenfalls sind die Wertungskriterien durch geeignete Unterkriterien in hinreichendem Maße zu konkretisieren.<sup>32</sup> Dies gilt insbesondere bei funktionalen Ausschreibungen.<sup>33</sup>

Dem Bundesgerichtshof<sup>34</sup> zufolge genügt es dabei grundsätzlich, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Erfüllung qualitativer Zuschlagskriterien Noten mit zugeordneten Punktwerten vergibt, ohne in den Vergabeunterlagen weiter zu konkretisieren, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl konkret abhängen soll. Danach muss also kein Zielerreichungsgrad für die jeweiligen „Notenstufen“ angegeben werden. Dem Auftraggeber muss vielmehr ein gewisser Freiraum für die Bewertung belassen werden.<sup>35</sup>

Die Wertungsentscheidungen müssen allerdings daraufhin überprüfbar sein, ob die jeweiligen Noten ohne Benachteiligung eines Bieters plausibel vergeben wurden. Aus diesem Grund hat der Auftraggeber unbedingt darauf zu achten, dass die für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten eingehend dokumentiert werden.<sup>36</sup>

Erforderlich, aber auch ausreichend ist also, dass

- die Bieter vorab klar erkennen können, was von ihnen verlangt wird,
- hinreichende Anhaltspunkte für eine günstige oder ungünstige Benotung gegeben sind,
- die Bewertungsmethode nicht nachträglich verändert wird und
- die individuelle Wertungsentscheidung ex post transparent und nachvollziehbar ist.<sup>37</sup>

Der öffentliche Auftraggeber ist bei der Aufstellung der Kriterien für das wirtschaftlichste Angebot zwar weitgehend ungebunden. Ihre Festlegung und Gewichtung darf allerdings nicht dazu führen, dass einzelne Kriterien faktisch keine Rolle mehr spielen.<sup>38</sup> Insbesondere ist darauf zu achten, dass sichergestellt wird, dass der Preis ein wichtiges, die Vergabeentscheidung substantiell beeinflussendes Entscheidungskriterium bleibt und nicht lediglich am Rande der Wertung steht.<sup>39</sup>

Hiervon unbeschadet ist jedoch die Möglichkeit, an den jeweiligen Bedürfnissen des Auftraggebers orientierte **Mindestanforderungen an die Qualität** eines Angebots festzulegen.

Macht der Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch und legt eine Mindestpunktzahl als **Untergrenze** fest, die die Angebote in qualitativer Hinsicht einzuhalten haben, darf er solche

31 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.03.2017, VII-Verg 39/16, VK Südbayern, Beschluss v. 21.01.2019, Z3-3-3194-1-38-11/18.

32 Vgl. BGH, Beschluss v. 04.04.2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.03.2017, VII Verg 39/16; Beschluss v. 22.02.2017, VII-Verg 29/16; Beschluss v. 16.12.2015, VII-Verg 25/15

33 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.03.2017, VII-Verg 39/16

34 BGH, Beschluss v. 04.04.2017, X ZB 3/17, Rn. 39.

35 EuGH, Urteil v. 14.07.2016, C-6/15, Rn. 29.

36 BGH Beschluss v. 04.04.2017, X ZB 3/17, Rn. 52 f.

37 Hierzu auch VK Südbayern, Beschluss v. 21.01.2019, Z3-3-3194-1-38-11/18, Ziffer 2.2.2. m.w.N.

38 Byok, Die Entwicklungen des Vergaberechts seit 2017, NJW 2018, 1859 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.06.2017, Verg 24/17.

39 Vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 05.01.2001, VVerg 11/00; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.12.2001, Verg 22/01. Ob dabei, wie vom OLG Dresden a.a.O. gefordert, eine Größenordnung von 30 % regelmäßig nicht unterschritten werden darf, erscheint nicht abschließend geklärt. Siehe dazu auch OLG Düsseldorf a.a.O. und Beschluss v. 27.11.2013, VII – Verg 20/13.

Angebote, bei denen die Mindestpunktzahl nicht erreicht wird, bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots – unabhängig von ihrem Preis und der Anzahl der übriggebliebenen Bieter – nicht mehr berücksichtigen. Hintergrund hierfür ist, dass bei derartigen Angeboten, die die vorab festgelegten Mindeststandards nicht erfüllen, anzunehmen ist, dass sie schon grundsätzlich nicht den Bedürfnissen des Auftraggebers entsprechen.

Weiter hat der Auftraggeber die Möglichkeit, im Sinne des sogenannten „**Maximalprinzips**“ Festpreise oder Festkosten vorzugeben, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird.<sup>40</sup>

Fazit zur Vorbereitung der Vergabeunterlagen:

- Die Vergabevorschriften räumen dem Auftraggeber bei der Leistungsbeschreibung, bei der Festlegung der Eignungskriterien und bei der Festlegung der Zuschlagskriterien jeweils grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum ein, der dadurch begrenzt wird, dass nur nichtdiskriminierende, sachgerechte, willkürfreie und auftragsbezogene Kriterien aufgestellt werden dürfen.
- Sämtliche Kriterien sind rechtzeitig, das heißt bereits in der Bekanntmachung der Ausschreibung beziehungsweise in den Vergabeunterlagen, zu benennen. Andere als die dort angegebenen Kriterien darf der Auftraggeber später bei der Wertung der Angebote nicht mehr berücksichtigen.<sup>41</sup> Die sorgfältige Vorbereitung des Auftraggebers ist aus diesem Grund unerlässlich.

### C. Zum Ablauf des Wertungsverfahrens im Einzelnen

Die Ermittlung des Angebots, auf das der Zuschlag zu erteilen ist, gliedert sich nach den Vergabevorschriften grundsätzlich in die folgenden **vier Wertungsschritte**:

- (1) Ausschluss nicht ordnungsgemäßer Angebote
- (2) Prüfung der Eignung der Bieter
- (3) Prüfung der Angemessenheit des Preises
- (4) Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

➔ Bei **zweistufigen Verfahren** mit Teilnahmewettbewerb besteht folgende **Besonderheit**: Sofern der öffentliche Auftraggeber festgelegt hat, dass er nicht sämtliche Bewerber zur Angebotsabgabe auffordert, sondern lediglich eine bestimmte Anzahl, hat diese Auswahl diskriminierungsfrei nach objektiven Kriterien zu erfolgen und ist im Vergabevermerk nachvollziehbar zu begründen. Die Anzahl der Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, darf im nichtoffenen Verfahren nicht unter fünf, im Verhandlungsverfahren nicht unter drei liegen.<sup>42</sup>

40 S. § 58 Abs. 2 S. 3 VgV, § 16d Abs. 1 Nr. 7 VOB/A.

41 Vgl. EuGH, Urteil v. 24.11.2005, C-331/04; BGH, Urteil v. 03.06.2004, X ZR 30/03.

42 Vgl. § 51 VgV, § 3b VOB/A bzw. Nr. 1.5.1 der IMBek zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich.

## (1) Ausschluss nicht ordnungsgemäßer Angebote

Der Auftraggeber hat zunächst diejenigen Angebote auszuschneiden, die nach § 57 VgV beziehungsweise § 16 Abs. 1 VOB/A, § 16 EU VOB/A **von der Wertung auszuschließen** sind. Dies ist beispielsweise der Fall bei Angeboten, bei denen die für die Wertung erforderlichen Preisangaben fehlen, Angeboten, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, oder Angeboten, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind.

## (2) Eignungsprüfung

Bei ordnungsgemäßen Angeboten hat der Auftraggeber sodann das Vorliegen von **Ausschlussgründen**<sup>43</sup> und die **Eignung** der Bieter im engeren Sinne zu prüfen. Die Eignungsprüfung erfolgt dabei anhand der in der Bekanntmachung festgelegten **Eignungskriterien**.<sup>44</sup>

Für jeden Bieter ist dabei zu entscheiden, ob er die aufgestellten Eignungsanforderungen erfüllt. Ist dies der Fall, verbleibt sein Angebot in der Wertung.

Exkurs zu den Ausschlussgründen:

§ 123 Absatz 1 GWB bestimmt, wann ein Bieter oder Bewerber zwingend von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss.<sup>45</sup>

Das ist nach § 123 Absatz 4 GWB zum Beispiel der Fall, wenn das Unternehmen seiner Verpflichtung zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde.<sup>46</sup>

Darüber hinaus sind in § 124 GWB fakultative Ausschlussgründe genannt, bei denen ein Ausschluss im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers steht.

Hierzu gehören etwa Verstöße gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge (§ 124 Absatz 1 Nr. 1 GWB) oder schwere Verfehlungen, wie beispielsweise erhebliche Verstöße gegen Produktsicherheitsvorschriften, die ein Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangen hat und die dessen Integrität infrage stellen (§ 124 Absatz 1 Nr. 3 GWB).

Zu den arbeitsrechtlichen Verpflichtungen zählt insbesondere die Einhaltung des im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und im Entgelttransparenzgesetz verankerten „Equal pay“ Gebots. Hat ein Bieter bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags nachweislich gegen das Gebot gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit verstoßen, so kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter vom Vergabeverfahren ausschließen. Ein Ausschluss ist sogar dann möglich, wenn dem Bieter unabhängig von der Durchführung eines öffentlichen Auftrages ein schwerwiegender Verstoß nachgewiesen werden kann.

<sup>43</sup> §§ 123 ff. GWB, § 16 Abs. 2 VOB/A, § 31 Abs. 1 UVgO. Die IMBek zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich trifft für Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte keine Vorgaben zum Ausschluss von Angeboten. Den kommunalen Auftraggebern, die nicht auf freiwilliger Basis die UVgO anwenden, können hier die in GWB und VOB/A genannten Ausschlussgründe Hilfestellung für ihre eigenverantwortliche Entscheidung über den Ausschluss von Angeboten bieten.

<sup>44</sup> Siehe hierzu im Einzelnen Kapitel B, Abschnitt (2).

<sup>45</sup> Im Unterschwellenbereich gilt § 123 Abs. 1 GWB über den Verweis in § 31 Abs. 1 UVgO.

<sup>46</sup> Gemäß § 16 Abs. 2 VOB/A ist der Ausschluss unterhalb der EU-Schwellenwerte fakultativ.

Weitere wichtige Ausschlussgründe finden sich außerhalb des GWB. So sollen Unternehmen von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn gegen sie wegen Verstößen gegen das Mindestlohngesetz (§ 19 MiLoG), das Arbeitnehmerentendegesetz (§ 21 AEntG) und das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (§ 22 SchwarzArbG) zumindest ein Bußgeld in Höhe von 2.500 Euro verhängt wurde.

In der Praxis prüft der öffentliche Auftraggeber, ob zwingende oder fakultative Ausschlussgründe vorliegen, regelmäßig durch die Erholung entsprechender Eigenerklärungen der Bieter. Ab einem Auftragswert von 30.000 Euro ist er außerdem dazu verpflichtet, zur Überprüfung der Ausschlussgründe einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister einzuholen. Künftig wird diese Pflicht durch die obligatorische elektronische Abfrage aus dem Wettbewerbsregister ersetzt. Nach dem bereits beschlossenen Wettbewerbsregistergesetz wird dieses beim Bundeskartellamt eingerichtet und alle wesentlichen vergaberechtlichen Ausschlussgründe erfassen.

### (3) Prüfung der Angemessenheit des Preises

Im nächsten Schritt überprüft der Auftraggeber, ob der Angebotspreis unangemessen niedrig ist.<sup>47</sup> Da der Begriff des „ungewöhnlich niedrigen Angebots“ nicht definiert ist und es keine gesetzlich vorgegebenen Regeln zur Identifizierung eines solchen Angebots gibt, ist es die Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, eine sachliche, nicht diskriminierende Methode festzulegen, um ungewöhnlich niedrige Angebote zu erkennen.<sup>48</sup> So bietet etwa der Preisabstand von ca. 20 % zum zweitrangigen Preis Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Preisauflärung (sogenannte „Aufgreifschwelle“). Maßgeblich ist dabei jedoch immer der Einzelfall. Hierbei ist zu beachten, dass bereits der „Eindruck“ eines ungewöhnlich niedrigen Preises die Prüfungspflicht des Auftraggebers auslöst.

Bei Bedarf kann der Auftraggeber hierbei zusätzlichen externen Sachverstand einschalten. Auf ein Angebot, das einen unlauteren Verdrängungswettbewerb bezweckt oder das aufgrund der knappen Kalkulation nicht erwarten lässt, dass der Anbieter den Auftrag durchführen kann, darf ein Zuschlag nicht erteilt werden.<sup>49</sup>

### (4) Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Unter den noch verbliebenen Angeboten hat der Auftraggeber schließlich das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Dabei hat er insbesondere Folgendes zu beachten:

- Der Zuschlag ist grundsätzlich auf das **wirtschaftlichste** Angebot zu erteilen, **nicht** auf das **billigste** Angebot.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Siehe § 60 VgV; § 16d VOB/A, § 16d EU VOB/A; § 44 UVgO. Die IMBek zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich legt unterhalb der EU-Schwellenwerte keine Prüfungspflicht für kommunale Liefer- und Dienstleistungsaufträge fest. Sofern nicht die UVgO auf freiwilliger Basis angewandt wird, ist vom kommunalen Auftraggeber hier eigenverantwortlich zu entscheiden.

<sup>48</sup> Byok, Die Entwicklungen des Vergaberechts seit 2017, NJW 2018, 1859 ff.; EuGH, Urteil v. 19.10.2017 - C-198/16 P.

<sup>49</sup> Vgl. OLG München, Beschluss v. 21.05.2010, Verg 02/10.

<sup>50</sup> Nach überwiegender Ansicht kann sich der öffentliche Auftraggeber aber auch für das Kriterium Preis als alleiniges Zuschlagskriterium aussprechen, vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 14.05.2013, Verg. 4/13; OLG München, Beschluss v. 20.05.2010, Verg. 4/10.

- Das wirtschaftlichste Angebot ist **anhand der vorher festgelegten und bekannt gegebenen Zuschlagskriterien** zu ermitteln.<sup>51</sup> Andere als die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf der Auftraggeber bei der Wertung nicht berücksichtigen.

Die Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ist zu **dokumentieren**. Dabei hat der Auftraggeber die für die Zuschlagsentscheidung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend zu dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Entscheidung eingegangen sind.<sup>52</sup>

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

Wertungsbeispiel unter Heranziehung der sogenannten einfachen Richtwertmethode, bei der der Preis und die Qualität gleich gewichtet werden:

$$\text{Zuschlagsquotient} = \text{Summe der Qualitätspunkte} : \text{Preis} \times 10.000^{53}$$

	Faktor	max. Punkte	Angebot A	Angebot B
			Preis: 200.000,-	Preis: 280.000,-
Umwelteigenschaften	4	5	1 Punkt	5 Punkte
Faktor x Punkte		4 x 5 = 20	4 x 1 = 4	4 x 5 = 20
Betriebskosten	3	5	3 Punkte	4 Punkte
Faktor x Punkte		3 x 5 = 15	3 x 3 = 9	3 x 4 = 12
Kundendienst und technische Hilfe	2	5	2 Punkte	5 Punkte
Faktor x Punkte		2 x 5 = 10	2 x 2 = 4	2 x 5 = 10
Lieferzeitpunkt	1	5	4 Punkte	2 Punkte
Faktor x Punkte		1 x 5 = 5	1 x 4 = 4	1 x 2 = 2
Summe der Qualitätspunkte		50	21	44
Zuschlagsquotient (skaliert und gerundet)			1,05	1,57

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

<sup>51</sup> Siehe dazu im Einzelnen Kapitel B, Abschnitt (3).

<sup>52</sup> BGH Beschluss v. 04.04.2017 – X ZB 3/17, Rn. 53; zu den Dokumentationspflichten im Bereich der Vergabe von Bauleistungen siehe auch § 20 VOB/A.

<sup>53</sup> Der Faktor 10.000 dient im Beispiel der Skalierung des Zuschlagsquotienten.

Sofern der Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, bestimmte Mindestanforderungen an Qualitätsstandards festzulegen<sup>54</sup>, scheidet er an dieser Stelle solche Angebote aus, die nach abgeschlossener qualitativer Bewertung die vorab festgelegte Mindestpunktzahl nicht erreichen. Da derartige Angebote offenbar grundsätzlich nicht den Bedürfnissen des Auftraggebers entsprechen, dürfen sie nicht weiter berücksichtigt werden. Dies gilt unabhängig davon, wie viele Bieter noch übrig sind.<sup>55</sup>

#### D. Folgen der fehlerhaften Wertung

Ist dem Auftraggeber bei der Wertung der Angebote ein Fehler unterlaufen, weil er zum Beispiel bei der Zuschlagsentscheidung nicht bekanntgegebene Zuschlagskriterien berücksichtigt oder fehlerhaft oder gar nicht gewertet hat, oder weil er die Wertung nicht ausreichend dokumentiert hat, so kann der Bieter bei einem Auftrag, dessen Volumen die **europäischen Schwellenwerte erreicht oder übersteigt, vor der Zuschlagserteilung** in erster Instanz die **Vergabekammer** und in zweiter Instanz das Oberlandesgericht anrufen, sofern der Nachprüfungsantrag nicht gemäß § 160 Absatz 3 GWB präkludiert und unzulässig ist. Unter Umständen kann der Bieter sogar **Schadensersatz** verlangen, gestützt auf § 181 GWB und auf §§ 280 Absatz 1, 241 Absatz 2, 311 Absatz 2 BGB.<sup>56</sup> Dies gilt auch bei einer Entscheidung für das billigste Angebot, das nicht das wirtschaftlichste ist.

Liegt die Auftragssumme hingegen **unterhalb der Schwellenwerte**, so entfällt für den Bieter die Möglichkeit, die Wertungsentscheidung durch die Vergabekammer überprüfen zu lassen. Allerdings ist der **Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten** eröffnet, sowohl was die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen angeht als auch die Durchsetzung der Bieterrechte.<sup>57</sup> Auch unterhalb des Schwellenwerts kann der Bieter, der bei ordnungsgemäßer Entscheidung den Zuschlag erhalten hätte, **Schadensersatz** wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten aus §§ 280 Absatz 1, 241 Absatz 2, 311 Absatz 2 BGB verlangen.

Außerdem kann der Bieter die Aufsichtsbehörde um Überprüfung des Vergabeverfahrens bitten. Für **Baufträge** von staatlichen und kommunalen Auftraggebern sind in Bayern bei den Regierungen die VOB-Stellen eingerichtet, die für den jeweiligen örtlichen Zuständigkeitsbereich als Nachprüfungsstelle im Sinne des § 21 VOB/A tätig werden.

---

<sup>54</sup> Siehe hierzu Kapitel B, Abschnitt (1).

<sup>55</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 20.09.2018, Rs. C-546/16.

<sup>56</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 9.6.2011 – X ZR 143/10.

<sup>57</sup> Vgl. BVerwG, Urteil v. 2.5.2007 – 6 B 10.07.





**BAYERN | DIREKT** ist Ihr direkter Draht zur Bayerischen Staatsregierung.

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

---

#### IMPRESSUM

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

Gestaltung: Technisches Büro im StMWi

Stand: Juli 2019



**www.stmwi.bayern.de**  
Kosten abhängig vom  
Netzbetreiber

---

#### HINWEIS

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

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

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



Bayerisches Staatsministerium für  
Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie  
[www.stmwi.bayern.de](http://www.stmwi.bayern.de)