



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZR 66/15

vom

10. Mai 2016

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Industriebranche

VOB/A (2012) § 16 Abs. 6 Nr. 3

Ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, bedarf es im Unterschwellenbereich auch bei der Zulassung von Nebenangeboten nicht in jedem Fall der Festlegung von Kriterien zur Angebotswertung. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten bestimmt werden kann (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 8. September 1998 - X ZR 109/96, BGHZ 139, 273, 278).

BGH, Beschluss vom 10. Mai 2016 - X ZR 66/15 - OLG Nürnberg
LG Weiden i.d. OPf.

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Mai 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning und Dr. Grabinski sowie die Richterinnen Schuster und Dr. Kober-Dehm

beschlossen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den Beschluss des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 26. Mai 2015 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Der Wert des Gegenstands des Beschwerdeverfahrens wird auf 124.297,30 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die beklagte Gemeinde machte im April 2013 eine öffentliche Ausschreibung nach den Basisparagrafen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) bekannt, die den Abbruch einer Industriehalle mit Ausführung von Abbruchleistungen, Recycling des Abbruchguts und Geländeauffüllung zum Gegenstand hatte. Nach dem Bekanntmachungstext waren Nebenangebote zugelassen. Als Teil der Vergabeunterlagen verwendete die Beklagte das Formblatt 211 des Vergabehandbuchs Bayern mit folgenden Vorgaben für Nebenangebote (Anlage K1):

5 Nebenangebote

5.1 Nebenangebote sind nicht zugelassen; Nr. 5 der Bewerbungsbedingungen gilt nicht.

5.2 Nebenangebote sind zugelassen (siehe auch Nr. 5 der Bewerbungsbedingungen), ausgenommen Nebenangebote, die Nachlässe mit Bedingungen beinhalten

für die gesamte Leistung

nur für nachfolgend genannte Bereiche:

mit Ausnahme nachfolgend genannter Bereiche:

unter folgenden weiteren Bedingungen:

Nebenangebote sind nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen
(für **Straßenbau**)

Nebenangebote mit Pauschalierungen für Leistungen im Erdbau sind nicht zugelassen

Nebenangebote zur Verkürzung der Einzelfristen für Verkehrsbeschränkungen sind

nicht zugelassen zugelassen
(Weiteres siehe Nr. 6 und Baubeschreibung Abschnitt 1.5)

2 Auf die Angaben zu Nebenangeboten folgen im Formblatt 211 unter dem Gliederungspunkt 6 Rubriken, in denen Wertungskriterien durch Ankreuzen festgelegt werden können, und zwar alternativ für Straßen- und Hochbau. In diesen Rubriken war nichts angekreuzt.

3 Die zu den Vergabeunterlagen gehörenden Bewerbungsbedingungen (Anlage B3) enthielten folgende Klauseln:

"...

- 5.1 Soweit an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt werden, müssen diese erfüllt werden; im Übrigen müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.
- 5.2 Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.
- 5.3 Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

..."

4 Im Submissionstermin erwies sich das Angebot der Klägerin als das preiswerteste Hauptangebot. Die Beklagte erteilte den Zuschlag indes auf ein günstigeres Nebenangebot.

5 Mit ihrer Klage hat die Klägerin entgangenen Gewinn verlangt. Sie hat geltend gemacht, ihr hätte der Zuschlag erteilt werden müssen, weil Nebenangebote nach Nummer 5.2 des Formblatts 211 nur für Straßenbauarbeiten zugelassen gewesen seien, denen der ausgeschriebene Auftrag aber nicht zuzurechnen sei; Nebenangebote hätten zudem nicht gewertet werden dürfen, weil dafür keine Mindestanforderungen bestimmt gewesen seien; schließlich habe der Wertung von Nebenangeboten nicht anders als im Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entgegengestanden, dass der Preis als einziges Wertungskriterium vorgesehen gewesen sei.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die dagegen eingelegte Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen (OLG Nürnberg, VergabeR 2015, 723). Hiergegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin.

7 II. Das Berufungsgericht hat die Vergabeunterlagen dahin ausgelegt, dass Nebenangebote in Verbindung mit einem Hauptangebot abgegeben werden konnten. Es ist des Weiteren davon ausgegangen, dass, anders als im Geltungsbereich von § 16 EG Abs. 7 VOB/A, die Wertungskriterien nicht vorab bekanntgegeben werden mussten und dass der Preis in Anbetracht des anzuwendenden § 16 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/A 2012 nicht alleiniges Wertungskriterium gewesen sei. Angesichts dessen sei die Wertung des Nebenangebots unbedenklich.

8 III. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

9 1. Die von der Beschwerde aufgeworfene Rechtsfrage, ob Nebenangebote außerhalb des Anwendungsbereichs des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht gewertet werden dürfen, wenn dafür weder Mindestanforderungen bestimmt noch transparente Wertungskriterien bekanntgegeben wurden und ein Bieter aus der Ausschreibung des Hauptangebots den Eindruck erlangen musste, dass nur auf den niedrigsten Angebotspreis abgestellt werden sollte, stellt sich nicht. Denn das Berufungsgericht hat angenommen, dass letzteres gerade nicht der Fall war, die Bieter vielmehr erkennen konnten, dass der Zuschlag gemäß § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A 2012 auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden sollte, für dessen Ermittlung verschiedene Wertungskriterien in Betracht kommen. Das wirtschaftlichste Angebot ist dabei nicht das Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis, sondern das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis; § 16 Abs. 6 Nr. 3 Satz 3 VOB/A 2012 besagt demgemäß ausdrücklich, dass der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend ist.

10 Dies entspricht insoweit der Rechtslage nach § 127 Abs. 1 GWB in der Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes (BGBl. 2016 I, S. 203). Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich danach nach dem besten Preis-

Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (§ 127 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GWB nF). Auch wenn nach § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Satz 2 VOB/A 2016 Nebenangebote auch zugelassen werden dürfen, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist (und Entsprechendes nach § 35 Abs. 2 Satz 3 VgV nF [BGBl. 2016 I, S. 624], § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b Satz 3 VOB/A 2016 einheitlich für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen im Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt), entbinden diese Bestimmungen doch nicht von der Beachtung des gesetzlichen Grundsatzes, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird und sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt (§ 127 Abs. 1 Sätze 1 und 3 GWB). Nur wenn dies nach dem Gegenstand des Auftrags und der Gesamtheit der Vergabeunterlagen erreicht werden kann, darf der Preis einziges Zuschlagskriterium sein (vgl. auch BT-Drucks. 18/6281 S. 111 f. zu RegE § 127 Abs. 1 GWB). Andernfalls würde das Ziel der Ausschreibung verfehlt, durch die Vergabe öffentlicher Aufträge im Wettbewerb (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB) das effizienteste und damit für den Auftraggeber kostengünstigste Angebot hervorzubringen (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 - X ZB 15/13, BGHZ 199, 327 Rn. 17 - Stadtbahnprogramm Gera).

- 11 2. Die Zulassung der Revision ist ebenso wenig zur Klärung der Frage geboten, ob auch im Unterschwellenbereich die Zulassung von Nebenangeboten die Formulierung von Mindestanforderungen und die Festsetzung transparenter Wertungskriterien erfordert.
- 12 a) Die Formulierung von Mindestanforderungen ist, wie auch die Beschwerde nicht verkennt, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 30. August 2011 - X ZR 55/10, VergabeR 2012, 26 - Regentlastung) nicht erforderlich.

- 13 b) Die Frage, inwieweit Wertungskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots formuliert werden müssen, ist in der von der Beschwerde formulierten Allgemeinheit im Streitfall nicht entscheidungserheblich.
- 14 (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Wertungskriterien in einer öffentlichen Ausschreibung nicht bekanntgegeben werden müssten und in der Regel nicht im Einzelfall von der Vergabestelle bestimmt, sondern durch das "Prüfprogramm des § 16 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/A" (jetzt: § 16d Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 VOB/A 2016) vorgegeben würden. Ob dem in dieser Allgemeinheit beigetreten werden kann, ist fraglich. Die in § 16 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/A 2012 aufgeführten Gesichtspunkte für die Angebotswertung sind nicht abschließend und auch nicht sämtlich dafür gedacht, in jedem in Betracht kommenden Fall angewendet zu werden; dies gilt insbesondere für Kriterien wie Ästhetik und Umwelteigenschaften, die sich im Allgemeinen einer unmittelbaren Berücksichtigung bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots entziehen. Wäre es dem Auftraggeber gestattet, bei der Angebotswertung die relevanten Gesichtspunkte frei zu bestimmen, bestünde die Gefahr einer willkürlichen Auswahl (BGH, Urteil vom 8. September 1998 - X ZR 109/96, BGHZ 139, 273, 278).
- 15 (2) Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass es außerhalb des Geltungsbereichs des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in jedem Fall der Festlegung bzw. Bekanntgabe von Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots bedürfte. Vielfach wird sich objektiv bestimmen lassen und folglich für die anbietenden und deshalb sachkundigen Unternehmen auf der Hand liegen, welche der in § 16d Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 VOB/A 2016 aufgeführten Wertungskriterien nach den gesamten Umständen insbesondere nach Art des zu beschaffenden Gegenstands in Betracht kommen, und deshalb keine Gefahr einer intransparenten Vergabeentscheidung besteht. Etwas anderes kann gelten, wenn nach Lage der Dinge ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach

transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten bestimmt werden kann. Es hängt von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere vom Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags und der Detailliertheit des Leistungsverzeichnisses ab, ob und inwieweit es hiernach der vorherigen Festsetzung von Wertungskriterien bedarf, die dann aus Transparenzgründen aber auch bekanntzumachen sind, auch wenn dies im ersten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen an sich nicht vorgesehen ist (vgl. BGHZ 139, 273, 278).

16 (3) Die Beschwerde zeigt nicht auf, inwiefern die unterbliebene Festlegung von Wertungskriterien im Streitfall einer transparenten und willkürfreien Angebotswertung entgegengestanden haben könnte.

17 Die Beschwerde geht davon aus, dass der Preis das alleinige Wertungskriterium gewesen ist und das Nebenangebot, auf das der Zuschlag erteilt wurde, deshalb günstiger gewesen ist, weil es einen niedrigeren Preis auswies. Dass damit das wirtschaftlichste Angebot verfehlt wurde, macht sie nicht geltend. Hiergegen war in den Vergabeunterlagen auch dadurch Vorkehr getroffen, dass der Auftraggeber nach Nr. 5.1 der Bewerbungsbedingungen prüfen musste, ob Nebenangebote im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sind. War diese Voraussetzung erfüllt, war die Wertung der Angebote nach dem Preis jedenfalls solange zur Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots geeignet, wie nicht greifbare Anhaltspunkte dafür hervortraten, dass hierdurch das jeweilige Preis-Leistungs-Verhältnis nicht sachgerecht erfasst werden konnte. Hierzu bringt die Beschwerde nichts vor, und dies liegt nach dem Gegenstand des Auftrags auch fern.

18 3. Von einer weiteren Begründung wird nach § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO abgesehen.

19 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Meier-Beck

Gröning

Grabinski

Schuster

Kober-Dehm

Vorinstanzen:

LG Weiden i.d. OPf., Entscheidung vom 03.06.2014 - 12 O 438/13 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 26.05.2015 - 1 U 1430/14 -