Stabsstelle 03 Lüchow, 12.03.2019
03 Lö/Sp

Vermerk:

Betrifft: Nachtrag zum Vermerk v. 6.3.2019 (Vergabe Kita-Gruppen)

Rückfragen: Ist die Gestaltung einer Ausschreibung auf 25 Jahre möglich? Sind Nebenangebote denkbar, die etwa von den 25 Jahren abweichen und z.B. im Unterschied zur Ausschreibung den Betrieb in bietereigenen Räumlichkeiten zur Miete erlauben, wenn ursprünglich die Übertragung an den Landkreis /die Investition in Beton ausgeschrieben war? Sollten z.B. kürzere Laufzeiten und andere Modalitäten des Betriebes im Ergebnis günstiger ausfallen als von der Ausschreibung beabsichtigte Kriterien, ist zu klären, unter welchen Umständen diese Alternativ- oder Nebenangebote berücksichtigt werden dürfen.

Rechtliche Beurteilung:

1. Laufzeitlänge

Allgemeine Grundsätze zur Dauer eines Vertrages enthalten europäische und nationale Vergabevorschriften nicht, vielmehr gehen viele Vergabevorschriften von Aufträgen unbestimmter Laufzeit aus (vgl. S. 7 Rn. 22 des Vermerks). Im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts steht dem Auftraggeber ein sehr weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich Beschaffungsgegenstand und Vergabekriterien zu.[1] Daher kann der Landkreis grds. frei über die Laufzeit bestimmen. Es ist nur zu berücksichtigen, dass mit zunehmender Laufzeitlänge auch die Gründe für die Dauer umso gewichtiger sein müssen. Die Dienstleistung darf schließlich nicht willkürlich länger als nötig dem Wettbewerb entzogen werden. Gegen eine 25-jährige Laufzeit ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn sich dies nachvollziehbar aus Gründen der Amortisation von Investitionen ergibt.

2. Variabilität der Laufzeit u.a. Modalitäten
   a) Zulässigkeit von Wahl- und Nebenangeboten

Will sich der Anbieter hinsichtlich der Laufzeit / Modalitäten nicht abschließend festlegen, kann er Wahl- und Nebenangebote ausdrücklich zulassen. Er muss jedoch gleichsam die formellen Voraussetzungen für diese festlegen. Dies ist wichtig, damit die Angebote vergleichbar bleiben. Andernfalls riskiert der Bieter einen Vergaberechtsverstoß wegen fehlender Transparenz iSd. § 97 GWB.

Grundvoraussetzung für eine diskriminierungsfreie, transparente Vergabe ist eine eindeutige und abschließende Definition des Beschaffungsgegenstands in der Leistungsbeschreibung. Es müssen nach § 121 GWB in der Leistungsbeschreibung auch die gewollten Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung so konkret beschrieben sein, dass man die Angebote hieran gemessen miteinander vergleichen und die Entscheidung im Nachgang sachlich kontrollieren kann. Der Auftraggeber

[1] Grenzen sind neben gesetzlichen Ausnahmen das Willkürverbot sowie das haushalterische Gebot zur Schonung der Finanzen. Gegenstand und Kriterien müssen also sachlich gerechtfertigt sein.

muss sich während des gesamten Vergabeverfahrens an die von ihm vorab festgelegten Modalitäten und Kriterien halten (Grundsatz der Kriterientreue und Formstrenge).[2] Aus diesem Grunde sind Wahlangeboten nur ausnahmsweise zulässig, wenn ein berechtigtes Interesse dafür besteht oder Ungewissheiten in der Natur der Sache liegen.[3] Nebenangebote, sind nach § 127 Abs. 4 GWB regulär zulässig, müssen aber auch nach vorab feststehenden Kriterien bewertet werden.

b) Berücksichtigung von Wahl/Alternativangeboten am Beispiel alternativer Laufzeiten

Wahl-/Alternativangebote können abgegeben werden, wenn aus Sicht des Auftraggebers nicht feststeht, ob die Leistung in der einen oder anderen Alternative erbracht wird. Die Wahlangebote kommen dem Anbieter dann zugute, wenn er selbst seinen Bedarf noch nicht abschließend beurteilen kann, aber wünscht, für einen noch unbestimmten Bedarf bereits ein wirtschaftliches Angebot zu erhalten.

Bei Wahlangeboten besteht die Gefahr von Intransparenz insbesondere, wenn Haupt- und Wahlpositionen bei der Bewertung vermischt werden. Denn wenn eine Vielzahl an Wahlangeboten besteht und gleichzeitig ein geringer Abstand zwischen den Angebotspreisen herrscht, kann ggf. die Entscheidung manipuliert werden. Daher wird grundsätzlich dazu geraten, Wahlangebote bei der Wertung zunächst unberücksichtigt zu lassen und erst auf sie zurückzukommen, wenn der anhand der Hauptleistung ausgewählte Anbieter den Zuschlag erhält.[4]

Am Beispiel der Laufzeit erklärt: Soll auch die Möglichkeit eingeräumt werden, 15 Jahre Betriebszeit zur ggf. günstigeren Miete statt ursprünglich ausgeschrieben 25 Jahre mit hohen Investitionen in Gebäude anzubieten, muss sich der Auftraggeber vorab auf den Mindestinhalt seiner Beschaffung festlegen: Das wären vorliegend dann 15 Jahre. Denn die Laufzeit ist essenzieller Bestandteil des Beschaffungsgegenstandes, darf daher während des Verfahrens grundsätzlich nicht abgeändert werden. Es muss schließlich die objektive Vergleichbarkeit aller Angebote gewährleistet werden. Dies ist nur möglich, wenn eine Mindestvoraussetzung festgesetzt wird, anhand dieser die Wirtschaftlichkeit der Angebote verglichen wird. Wird unter den Anbietern des Hauptangebots das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt, das zugleich erweiternd das Angebot über 25 Jahre beinhaltet, so darf dann auch auf dieses Wahlangebot zurückgegriffen werden.

Um zu vermeiden, dass Dienstleister keinen Anreiz zum Anbieten günstiger Wahlleistungen haben, wird daneben auch als zulässig erklärt, Haupt- und Wahlleistung gleichsam in die Bewertung der Wirtschaftlichkeit einzubeziehen. Jedoch müssen hierfür vorab die Kriterien festgelegt werden.[5] Die Kriterien müssen gewährleisten, dass die in die Bewertung einzubeziehenden Nebenangebote objektiv vergleichbar sind. Denn gerade hierin liegt die Gefahr von Intransparenz und Diskriminierung. Die Herausforderung wird vorliegend also sein, eine objektive Bewertungsmatrix zu finden, bei der sowohl Angebote über kurze Laufzeiten zu

[2] EuGH, Beschl. v. 18.10.2001 – C-19/00; Dörr in Beck´scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 97 Rn. 41. Auch verankert in § 127 Abs. 1 S. 2 GWB.

[3] Dörr in Beck´scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 97 Rn. 37.

[4] Opitz in Beck´scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 127 Rn. 54.

[5] Etwa dass die Preise für Haupt und Nebenangebote zu je 50% in die Wertungssumme einfließen oder in welcher Reihenfolge und mit welcher Gewichtung über Nebenangebote entschieden wird, Opitz in Beck´scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 127 Rn. 55.

Mietkonditionen mit langen Laufzeiten unter Investitionen in Gebäude nachvollziehbar verglichen werden können.
Um Rügeverstöße zu vermeiden bzw. Rechtssicherheit zu erlangen, wird daher in Kommentierungen zur Unbeachtlichkeit von Alternativangeboten bei der Bewertung geraten. Vielmehr sollten allein die Angebote zum feststehenden (Mindest)Beschaffungsgegenstand ausschlaggebend sein.

c) Nebenangebote am Beispiel alternativer Betriebsarten

Im Gegensatz zu Wahl/Alternativangeboten beschreiben Nebenangebote solche Bietervorschläge, die abweichend von den Forderungen des Auftraggebers gemacht werden, aber gleichzeitig den Beschaffungsgegenstand nicht in Frage stellen. Nebenangebote können in wirtschaftlicher (Zahlungsmodalität), technischer (Ausführung), rechtlicher o.a. Hinsicht (Liefer/Leistungszeit) eine alternative Lösung darlegen. Im Unterschied zu Wahl/Alternativangeboten steht der Beschaffungsgegenstand für den Auftraggeber von vornherein fest, nur für "den Weg dorthin“ werden durch Nebenangebote Alternativen durch die Bieter vorgeschlagen. Das Beschaffungsziel an sich wird damit aber nicht in Frage gestellt. Daher ist etwa der Wunsch nach alternativen Laufzeiten nicht durch Nebenangebote eröffnet. Denn Nebenangeboten können nur wahrlich „nebensächliche“ Umstände betreffen, die den mit der Ausschreibung verfolgten Zweck besser oder günstiger verwirklichen; nicht aber das Wesen des Beschaffungsgegenstandes ändern.[6] Der Beschaffungsgegenstand selbst ist schließlich von vornherein festzulegen. Für die Betriebsart (ob Miete oder Investition in Gebäude) ist dagegen die Möglichkeit von Nebenangeboten eröffnet. Denn das Beschaffungsziel „25 Jahre Betrieb einer Kita“ kann durch verschiedene Betriebsweisen erreicht werden; auch solche, an die der Auftraggeber zunächst gar nicht gedacht hatte.

§ 127 Abs. 4 GWB lässt Nebenangebote grundsätzlich zu, vorausgesetzt die Zuschlagskriterien sind auch auf sie anwendbar. Der Auftraggeber hat auch die Möglichkeit, nur zu bestimmten Faktoren (z.B. in wirtschaftlicher oder kaufmännischer Hinsicht) Nebenangebote zulassen. Zulässige Nebenangebote sind in der Bewertung einzubeziehen. D.h. das Nebenangebot wird mit dem Hauptangebot zusammen betrachtet und ermittelt, ob trotz Abweichung vom Ausgeschriebenen ein besseres Angebot als die anderen vorliegt. Eine Vergleichbarkeit kann dabei nur erreicht werden, wenn die Mindestvoraussetzungen des Nebenangebots sowie Kriterien für deren Bewertung von vornherein feststehen.

3. Verhältnis von Nebenangeboten zu Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialog

Im sozialen Dienstleistungsbereich stehen dem Anbieter nach § 130 GWB u.a. der Verhandlungswettbewerb und der wettbewerbliche Dialog zur Verfügung.

Im Verhandlungsverfahren müssen zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 97 Abs. 2 GWB allen Bietern dieselbe Chance gegeben werden, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Anforderungen Angebote abzugeben.[7] Zwar kann bei dieser Vergabeart im Laufe der der Verhandlungen der Auftragsinhalt konkretisiert und Angebote geändert werden, jedoch darf das im Ergebnis nicht dazu führen, dass

[6] Opitz in Beck´scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 127 Rn. 137.
[7] Dörr in Beck´scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 97 Abs. 2 Rn. 26; OLG Celle, Urt. v. 16.1.2002 – 13 Verg 1/02.

letztlich eine gänzlich andere Leistung beschafft wird als ursprünglich angekündigt.[8] Im Kern muss das Verhandelte mit dem Ausgeschriebenen übereinstimmen. Nimmt der Auftraggeber Änderungen an Leistungsbeschreibungen vor, muss er gem. § 17 Abs. 13 VgV daher allen teilnehmenden Bietern ausreichend Zeit geben, um ihre Angebote entsprechend zu ändern.

Gleiches gilt beim wettbewerblichen Dialog nach § 18 VgV. Im wettbewerblichen Dialog wird im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren nicht über Details der Angebote verhandelt, sondern über den Beschaffungsgegenstand selbst. Wenn nach den Vorgaben der VgV dabei allen dieselben Chancen eingeräumt werden, ist dies zulässig.

Zusammenfassung:
Die alternativen Laufzeiten als Wahlangeboten zu gestalten und die unterschiedlichen Betriebsarten als Nebenangebote zu ermöglichen, ist in Grenzen zulässig. Wichtig ist, dass dabei Transparenz und Gleichheit gewährleistet wird.

(Löser)

[8] OLG Celle, Urt. v. 16.1.2002 – 13 Verg 1/02; OLG Dresden, Urt. v. 3.12.2003 – Wverg 15/03.