

## Update Vergaberecht

### **Nebenangebote: Konkrete Mindestanforderungen nötig**

#### **OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.03.2022 – 11 Verg 10/21**

Auftraggeber A schrieb die Errichtung einer neuen Infrastruktur und deren öffentliche Erschließung in einem künftig zu schaffenden Wohnviertel aus. Nebenangebote waren zugelassen und mussten nach den Vergabeunterlagen „die geforderten Mindestanforderungen“ erfüllen. Explizit waren in den Vergabeunterlagen aber keine Mindestanforderungen für Nebenangebote festgelegt. Bieter B gab neben einem Haupt- auch ein Nebenangebot ab, welches für die Schottertragschicht der Straße ein nicht im Leistungsverzeichnis aufgeführtes Material vorsah. Wegen Abweichens von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung schloss A das Nebenangebot aus. Hiergegen stellte B nach erfolgloser Rüge einen Nachprüfungsantrag.

Mit Erfolg! Das OLG Frankfurt entschied in zweiter Instanz, das Nebenangebot hätte nicht ausgeschlossen werden dürfen. Dies wäre nur zulässig gewesen, wenn es Mindestanforderungen nicht entsprochen hätte. Es habe aber keine ausdrücklichen Mindestanforderungen für Nebenangebote gegeben. Auch könnten nicht sämtliche Vorgaben des Leistungsverzeichnisses an Hauptangebote ohne Weiteres als Mindestanforderungen für Nebenangebote zu verstehen sein. Andernfalls könne es keine Nebenangebote geben, weil ein Angebot, das in jeglicher Hinsicht dem Leistungsverzeichnis entspreche, ein Haupt- und kein Nebenangebot sei. Es müsse daher im Wege der Auslegung geklärt werden, welche Vorgaben als Mindestanforderungen für Nebenangebote zu verstehen seien. Insoweit komme es auf den objektiven Empfängerhorizont an. Die Vorgabe an das Material der Schottertragschicht habe danach nicht als Mindestanforderung verstanden werden können. Gegen eine Auslegung dieser Vorgabe als Mindestanforderung für Nebenangebote habe insbesondere gesprochen, dass mehrere Bieter Nebenangebote abgaben, die dieser Vorgabe nicht entsprachen. Schließlich schütze § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 b VOB/A Bieter, die Nebenangebote abgeben möchten, davor, dass ihre Nebenangebote mit der Begründung zurückgewiesen werden, sie seien gegenüber dem Hauptangebot minderwertig und wichen davon unannehmbar ab. Für eine unbenannte, nicht näher determinierte und damit intransparente Gleichwertigkeitsprüfung zwischen Haupt- und Nebenangeboten bestehe daher zum Schutz der Bieter kein Raum.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Eine bestimmte Vorgabe im Leistungsverzeichnis, die für Hauptangebote gilt, ist nicht ohne Weiteres als Mindestanforderung für Nebenangebote auszulegen. Auftraggeber, die Nebenangebote zulassen wollen, müssen daher eindeutige und ausdrückliche Mindestanforderungen an diese aufstellen. Dies gilt wegen § 35 Abs. 2 Satz 1 VgV auch im Dienstleistungsbereich. Eine allgemeine Prüfung, ob ein Nebenangebot gleichwertig ist, darf daneben nicht stattfinden.