

Vergaberechtskonforme Einbeziehung von Qualitätsanforderungen bei der Ausschreibung von Sanierungsleistungen

RA Carsten Schmidt, LL.M., CLP Rechtsanwälte, Düsseldorf

1. Problemstellung

Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind zwingende Handlungsgrundlage der öffentlichen Verwaltung. Öffentliche Auftraggeber sind daher insbesondere bei Beschaffungsmaßnahmen verpflichtet, mit den vorhandenen Mitteln sparsam umzugehen. Beschaffungen im Zusammenhang mit Kanalsanierungsleistungen bilden hier keine Ausnahme. Auch Kanalsanierungsleistungen stehen unter der Prämisse der sparsamen Mittelverwendung. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn bei entsprechenden Ausschreibungen der „Preis“ mithin als alleiniges Zuschlagskriterium benannt wird und somit abschließend die Frage entscheidet, welcher Bieter den Zuschlag erhält. Hierbei wird aber übersehen, dass „preisgünstig“ kein Synonym für „wirtschaftlich“ ist. Preisliche Vorteile relativieren sich auch bei Sanierungsleistungen sehr schnell, wenn sie nur auf Kosten einer geringeren Qualität bei der Herstellung eines Produkts und/oder der Einbauleistung gewährt werden können. Öffentliche Auftraggeber müssen sich somit der herausfordernden Aufgabe stellen, Beschaffungsmaßnahmen so zu gestalten, dass beide Aspekte - Preis und Qualität - in ausreichendem Maße Berücksichtigung finden. Der Sicherstellung eines adäquat qualitativen Beschaffungserfolges kommt somit eine gehobene Bedeutung zu.

Das Vergaberecht fördert mit seinen formalen Vorgaben das Erreichen dieses Beschaffungserfolges nur bedingt. Vergaberechtliche Regelungen engen die öffentlichen Auftraggeber nämlich in der Ausgestaltung ihrer Beschaffungsmaßnahmen durchaus beachtlich ein. Nicht alles was gewollt ist, ist rechtlich auch erlaubt! Es stellt sich daher die maßgebliche Frage, wie ausschreibende Stellen den zu beachtenden Aspekt der „Qualität“ im Rahmen ihres Beschaffungsvorgangs vergaberechtskonform aufgreifen und anwenden können.

2. Definition der „Qualität“

Das Vergaberecht gibt keine Legaldefinition des Begriffs „Qualität“. Jedoch wird in der vergaberechtlichen Rechtsprechung unter "Qualität" der Wert des konkret vom Bieter angebotenen Werkes verstanden, also der technische Wert eines angebotenen Produkts (Ware oder Dienstleistung) (VK Baden-Württemberg, B. v. 21.11.2001 - Az.: 1 VK 37/01; VK Südbayern, B. v. 21.04.2004 - Az.: 24-04/04). Im Rahmen der Normengebung zum Qualitätsmanagement wird der Begriff „Qualität“ als Grad, in dem ein Satz inhärenter Merkmale Anforderungen erfüllt, definiert. Die Qualität gibt damit an, in welchem Maße ein Produkt aufgrund seiner spezifischen objektiv messbaren Merkmale den bestehenden Anforderungen entspricht. Sofern nachfolgend somit von der Einbeziehung von Qualitätsgesichtspunkten in das Vergabeverfahren gesprochen wird, geht es um die Frage, inwieweit ein bestimmter technischer Wert einer Sanierungsleistung im Rahmen eines Vergabeverfahrens Beachtung finden kann und ggf. muss.

3. Möglichkeiten der Einbeziehung der „Qualität“ in das Vergabeverfahren

In einem Vergabeverfahren kann der Aspekt der „Qualität“ der Leistung auf unterschiedlichem Wege berücksichtigt werden. Der technische Wert einer geschuldeten Leistung wird zum einen festgelegt über die Anforderungen der Leistungsbeschreibung. Ferner wird der Leistungserfolg in Bezug auf die geschuldete Leistung durch geeignete Leistungserbringer sichergestellt. Die Qualität ist daher auch im Zusammenhang mit der Eignung der Bieter relevant. Schließlich definiert der technische Wert einer Leistung als „qualitatives Zuschlagskriterium“ die Wirtschaftlichkeit eines Angebots und entscheidet somit (zumindest auch) über die Zuschlagserteilung. Zusammengefasst bedeutet dies, dass die „Qualität“ im gesamten Vergabeverfahren beachtlich ist bzw. sein kann. Um dies weiter zu veranschaulichen, ist ein Blick auf wesentliche Ablaufelemente eines Vergabeverfahrens zu richten.

Bereits im Stadium der Vorüberlegungen zum Vergabeverfahren können qualitative Anforderungen festgelegt werden. Ausgehend von den Ergebnissen einer schon qualitative Aspekte

berücksichtigenden Bedarfsanalyse und der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes erfolgt die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen. Qualitative Gesichtspunkte können hierbei insbesondere bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung gem. § 7 VOB/A und bei der verbindlichen Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden. Darüber hinaus kann das Erreichen einer erwünschten Qualität im Rahmen der Wertung der Angebote gem. § 16 VOB/A sichergestellt werden.

a) Vorüberlegungen/Zeitpunkt für qualitative Überlegungen

Qualitative Festlegungen des Auftraggebers (im Sinne von den technischen Wert bestimmenden Merkmalen) müssen auch bei der Ausschreibung von Sanierungsleistungen frühzeitig angestellt werden. Eine sukzessive Weiterentwicklung qualitativer Festlegungen ist vergaberechtlich nicht zulässig. Das zwingend zu beachtende vergaberechtliche Gebot zur Transparenz nötigt den öffentlichen Auftraggeber zur rechtzeitigen und verbindlichen Festlegung qualitativer Anforderungen. Schon in den Vorüberlegungen zum Vergabeverfahren (vor der Bekanntmachung) sind entsprechende Festlegungen zu treffen. Aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz ist es dem Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht gestattet, Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nachträglich fallen zu lassen und damit Bieter, die sich an die Vorgaben gehalten haben, zu benachteiligen (3. VK Bund, B. v. 11.03.2010 - Az.: VK 3 - 18/10; 1. VK Sachsen, B. v. 31.01.2011 - Az.: 1/SVK/051-10). Gleiches muss natürlich auch für die nachträgliche Verschärfung der gestellten Anforderungen gelten.

b) Qualitätsanforderungen in der Leistungsbeschreibung

Qualitätsanforderungen können zunächst und vornehmlich in der Beschreibung der Leistung verankert werden. Der § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A legt das Gebot zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung fest. Für das Vergabeverfahren sowie für die spätere Vertragsdurchführung sind die in § 7 VOB/A geregelten Anforderungen an die Gestaltung der Leistungsbeschreibung gleichsam von fundamentaler Bedeutung. Die Leistungsbeschreibung bildet dabei das Kernstück der Vergabeunterlagen. Das Leistungsverzeichnis gibt die Vorstellungen des Auftraggebers von der gewünschten Leistung in Bezug auf technische Merkmale oder Funktionen, Menge und eben auch auf die Qualität für den Auftragnehmer so deutlich vor, dass für diesen Gegenstand, Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung zweifelsfrei zu erkennen sind (vgl.: VK Schleswig-Holstein, B. v. 09.07.2010 - Az.: VK-SH 11/10).

aa) Hinweise für das Aufstellen von Leistungsbeschreibungen

Ausweislich des § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A haben öffentliche Auftraggeber bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung die "Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung" in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., zu beachten. Vor diesem Hintergrund wird für Sanierungsleistungen mittels Liningverfahrens die demnächst in Kraft tretende ATV DIN 18326 „Renovierungsarbeiten an Entwässerungskanälen“ von Bedeutung sein. Die Beachtung der Hinweise des Abschnitts 0 sind Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung im Sinne des § 7 VOB/A. Insofern werden öffentliche Auftraggeber gehalten sein, insbesondere auch Angaben zur Ausführung (z.B. zu den Verfahren, zum Umfang und zu den Stoffen oder zu der statisch bedingten konstruktiven Wanddicke des Lining-Rohres) mit in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Wenn die vom Auftragnehmer eingesetzten Stoffe oder Bauteile nicht den geforderten qualitativen Ansprüchen entsprechen, ist ein vertragskonformer (d.h. auch qualitativ ausreichender) Werkerfolg schwerlich zu erreichen. Schon über die Anforderungen der ATV(en) finden somit qualitative Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung Eingang in das Vergabeverfahren.

bb) Produktbezogene Qualitätsvorgaben contra Produktneutralität

Öffentliche Auftraggeber werden zudem - z.B. aufgrund vorhandener Erfahrungen aus bereits durchgeführten Projekten - bei anstehenden Sanierungsmaßnahmen häufig schon eine klare Vorstellung über das konkrete Sanierungsverfahren und hierbei zu verwendende Produkte haben.

Schließlich will man insbesondere auch vor dem Hintergrund der eigenen qualitativen Beurteilung bestimmter Verfahren und Produkte keine Abstriche machen bzw. keine unbekanntes Risiken eingehen. Es gilt jedoch der Grundsatz, dass nicht alles, was vergaberechtlich vom Auftraggeber gewollt wird, auch vergaberechtlich zulässig ist. Das "Ich-will-das-aber-so-Argument" steht vergaberechtlich mitunter auf "wackeligen Beinen". Vor allem bei der häufig in Leistungsbeschreibungen anzutreffenden Vorgabe von Produkten stellt sich somit stets die Frage nach deren Zulässigkeit. Problematisch ist also, ob öffentliche Auftraggeber ihre qualitativen Wünsche durch die Vorgabe von Leitfabrikaten vergaberechtskonform absichern können. Es kommt diesbezüglich darauf an, ob im konkreten Einzelfall eine Vereinbarkeit mit dem Gebot zur produktneutralen Ausschreibung vorliegt.

Das Gebot der Produktneutralität gem. § 7 Abs. 8 VOB/A soll sicherstellen, dass eine Leistungsbeschreibung die Herstellung von Chancengleichheit im Vergabewettbewerb gewährleistet. Die Chancengleichheit bedingt, dass von der Festlegung bestimmter Erzeugnisse, Produkte, Verfahren oder Hersteller nur zurückhaltend und ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden darf. Nach seinem Wortlaut lässt § 7 Abs. 8 VOB/A zwei Ausnahmen zu. Zum einen ist eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand möglich. Zum anderen ist eine Verweisung dann zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

In der Rechtsprechung setzt sich vermehrt die Ansicht durch, dass die VOB ein legitimes Interesse des Auftraggebers, ein bestimmtes Produkt zu verwenden oder eine bestimmte Art der Ausführung zu erhalten, nicht einschränken kann (vgl.: OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010 - Az.: VII-Verg 42/09). Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, so wird vertreten, dass die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen sei (OLG Düsseldorf, B. v. 15.06.2010 - Az.: VII-Verg 10/10; B. v. 03.03.2010 - Az.: VII-Verg 46/09, VK Bund, Beschluss vom 10.05.2010 - VK 3-42/10).

Die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes sei nach Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf der ausschließlichen Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber unterworfen. Entschließe er sich zur Beschaffung, sei er frei in seiner Entscheidung, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert halte. Die Bestimmung sei einer etwaigen Ausschreibung und Vergabe vorgelagert und müsse vom öffentlichen Auftraggeber erst einmal in einer zu einer Nachfrage führenden Weise getroffen werden, bevor die Vergabe und das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein könnten. Habe der Auftraggeber die Leistung bestimmt und entsprechend ausgeschrieben, dann unterliege die ausgeschriebene Leistung den einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften. Die Beschreibung technischer Merkmale und damit auch die Wahl eines bestimmten technischen Verfahrens oder einer bestimmten Technologie dürfe grundsätzlich nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen oder Produkte bevorzugt (begünstigt) oder ausgeschlossen würden, es sei denn, die gewählte Beschreibung wäre durch die Art der zu vergebenden Leistung bzw. durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Diese Regelung sei aber im Lichte des o.g. Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers auszulegen und anzuwenden.

Eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand sei daher bereits anzunehmen, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe zu der bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugenden Leistungsbestimmung führten. Derartige Gründe könnten vielgestaltig sein und sich zum Beispiel aus der besonderen Aufgabenstellung, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder auch aus der Nutzung der Sache ergeben. Nach welchen sach- und auftragsbezogenen Kriterien der Auftraggeber seine Beschaffungsentscheidung auszurichten habe, sei ihm wegen seines insoweit bestehenden Bestimmungsrechts nicht vorzuschreiben. Führe eine an sach- und auftragsbezogenen

Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, sei die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen.

Daraus folge hinsichtlich des an eine Beschaffungsentscheidung anzulegenden Prüfungsmaßstabs und der Prüfungsdichte, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht inhaltlich auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit oder auf Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu kontrollieren sei, ob sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruhe. Sei ein derartiger sachlicher Bezug zum Auftragsgegenstand zu bejahen, finde keine Überprüfung nach den Maßstäben statt, die für die Ausübung eines Beurteilungsspielraums entwickelt worden seien. Insbesondere müssten der Beschaffungsentscheidung keine Untersuchungen in Form von Markterforschungen oder Marktanalysen vorangehen. Dies wäre mit dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers unvereinbar.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lassen sich Verfahrens- oder auch Produktvorgaben, mit denen qualitativ erwünschte Vorteile verbunden werden, bei ordnungsgemäßer Dokumentation deutlich leichter in eine Leistungsbeschreibung einbringen. Der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf begegnen indes durchaus auch Bedenken. De facto würde der europarechtlich vorgesehene Wettbewerbsschutz durch das Produktneutralitätsgebot (eine gewisse „Kreativität“ des Auftraggebers in seiner Begründungsfindung vorausgesetzt) auf ein Minimum zusammengeschrumpft. Zudem gibt es auch abweichende Rechtsprechungsbeispiele. Nach Auffassung z.B. der VK Niedersachsen (Beschluss vom 27.09.2011 - Az.: VgK-40/2011) müsse der Abwägung über eine produktgebundene Ausschreibung ein Überblick über die am europäischen Markt befindlichen technischen Lösungen und Alternativen vorausgehen. Hiernach sei von der vergebenden Stelle festzustellen, warum diese technischen Lösungen tauglich seien. Die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf kann somit durchaus als eine Möglichkeit wahrgenommen werden, auch qualitativ erwünschte Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zu rechtfertigen. Sie ist allerdings kein garantierter „Freifahrtschein“ für vergaberechtskonforme Produktvorgaben im Lichte des § 7 Abs. 8 VOB/A.

c) Zulässige Einbeziehung der Qualität im Rahmen der Eignungskriterien

Die Qualität einer Sanierungsleistung wird sich zwar insbesondere an dem technischen Wert der Bauleistung an sich festmachen lassen. Allerdings muss man den technischen Wert einer Werkleistung auch im direkten Zusammenhang mit der Person des Leistungserbringers sehen. Bauleistungsbezogene Qualitätsvorgaben sind nur so effektiv, wie sie vom beauftragten Auftragnehmer aufgrund seiner Eignung auch umgesetzt werden können. Das Erreichen bestehender qualitativer Anforderungen setzt voraus, dass die Leistung von fachkundigen, leistungsfähigen und zuverlässigen Auftragnehmern erbracht wird. Fraglich ist daher, inwiefern der Aspekt der „Qualität“ vergaberechtskonform im Rahmen der Eignungskriterien berücksichtigt werden kann.

aa) Allg. Zulässigkeit der Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen als Eignungsnachweis

Eine in der Vergabep Praxis weit verbreitete Form des Eignungsnachweises ist das Abstellen auf RAL-Gütezeichen, insbesondere auf die RAL-Gütesicherung nach RAL- GZ 961 (Gütesicherung Kanalbau). Die RAL-Gütesicherung nach RAL- GZ 961 gilt für die Herstellung und Instandhaltung von öffentlichen und privaten Abwasserleitungen und -kanälen. Sie wurde eingeführt, um eine kontrollierte Selbstverpflichtung der Unternehmen und eine Zuverlässigkeitssteigerung zu erreichen. Kritisch zu hinterfragen ist, ob diese Zielsetzung auch vergaberechtlich zulässig verfolgt werden kann.

Es steht einem öffentlichen Auftraggeber zunächst einmal grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben selbst zu definieren und die von den Bietern zu erfüllenden Anforderungen festzulegen (OLG Düsseldorf, B. v. 25.10.2011 - Az.: VII-Verg 86/11). Ein Auftraggeber bedient sich in der Regel einer Kombination aus verschiedenen Prüfkriterien, wenn er seine Eignungsanforderungen sachorientiert zusammenstellt und formuliert. Zum Beispiel verwendet er die Kriterien nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 a) bis i) VOB/A. Andere, auf den konkreten Auftrag bezogene

zusätzliche, insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Angaben können verlangt werden (§ 6 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A). Anhaltspunkte dafür, dass hierbei nicht auf die RAL-Gütesicherung abgestellt werden dürfte, bestehen nicht. Das Gegenteil ist der Fall.

Die VK Sachsen (Beschluss vom 18.06.2009 - 1/SVK/017-09) stuft das RAL-Gütezeichen 961 als tauglichen und insoweit auch zulässigen Eignungsnachweis ein. Nach Ansicht der VK Sachsen wäre das RAL-Gütezeichens 961 (AK 1) als unternehmensbezogene Bescheinigung einzustufen, die eine spezielle Fachkunde nachweist und mithin von § 8 Nr. 3 Abs. 4 Satz 1 VOB/A a.F. (§ 6 Abs. 3 Nr. 5 VOB/A n.F) erfasst ist. Auch das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 25.04.2008 - Az.: 15 Verg 2/08) sieht die Gütesicherung gem. RAL GZ 961 als grds. geeignetes Mittel an, um zulässigerweise Rückschlüsse auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters zu ziehen und damit die Qualität der Leistungen zu sichern. Schließlich hat schon im Jahre 1996 die VOB-Stelle Niedersachsen (Stellungnahme vom 11.06.1996 – 1082) festgestellt, dass die Anwendung der Güte- und Prüfbestimmungen der Güteschutzgemeinschaft Kanalbau (RAL GZ 961) vorgegeben werden kann.

Gleiches muss insofern z.B. auch bzgl. der grabenlosen Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen für die Verwendung des RAL GZ 961 (Beurteilungsgruppe S) gelten. Eine grundsätzliche vergaberechtliche Zulässigkeit des RAL-Gütezeichens als Eignungsnachweis besteht somit, wobei zu Vermeidung einer "Zwangszertifizierung" besser davon gesprochen werden sollte, dass die Anforderungen zur Erlangung des Gütezeichens RAL GZ 961 zum Nachweis der Eignung erfüllt werden müssen (so bzgl. des Gütezeichens RAL-RG 614/4: VK Hannover, Beschluss vom 18.03.2003 - 26045-VgK 24/2002).

bb) Notwendige Zulassung gleichwertiger Nachweise und deren Beurteilung

Die grundsätzliche vergaberechtliche Zulässigkeit, als Eignungsnachweis und somit zur Qualitätssicherung auf das Einhalten der Anforderungen der Güte- und Prüfbestimmungen der Güteschutzgemeinschaft Kanalbau (RAL GZ 961) abzustellen, entbindet den öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht von der Beachtung weiterer vergaberechtlicher Einschränkungen und Vorgaben. Mit der Bezugnahme auf RAL GZ 961 darf keine Wettbewerbsbeschränkung einhergehen. Gleichwertige Nachweise sind insofern stets zu akzeptieren. Eine ausschließliche Beschränkung auf das Gütezeichen RAL GZ 961 als Eignungsnachweis wäre demnach vergaberechtswidrig. Als Eignungsnachweis ist auch die Erfüllung anderer, den Anforderungen der Gütesicherung Kanalbau RAL-GZ 961 gleichwertiger Anforderungen zuzulassen. Der Nachweis der Eignung durch den Besitz des RAL-Gütezeichens kann vorgesehen werden, wenn alternativ ein Fremdüberwachungsvertrag geschlossen werden kann. Der Eignungsnachweis muss also auch auf eine andere Weise als durch das RAL-Gütezeichen erbracht werden können. Unter dieser Voraussetzung liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor (VOB-Stelle Niedersachsen, Stellungnahme vom 11.06.1996 – 1082).

Ob und inwieweit die gestellten Anforderungen der Güte- und Prüfbestimmungen RAL GZ 961 gleichwertig nachgewiesen werden, unterliegt einem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers. Bei der Anwendung des Beurteilungsspielraums darf der öffentliche Auftraggeber nicht willkürlich entscheiden. Seine Entscheidung ist einer Kontrolle allerdings nur daraufhin zugänglich, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraumes überschritten sind, d.h. der öffentliche Auftraggeber das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, er von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, er sachwidrige Erwägungen in die Wertung einbezogen hat oder er den sich im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltenden Beurteilungsmaßstab zutreffend angewendet hat (Thüringer OLG, B. v. 18.05.2009 - Az: 9 Verg 4/09; 3. VK Bund, B. v. 10.06.2010 - Az.: VK 3 - 51/10).

cc) Transparenzanforderungen bei der Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen

Die Verpflichtung zur Transparenz bedeutet insbesondere, dass der Auftraggeber nachvollziehbar bekannt gibt, nach welchen Kriterien er die Eignung der Bieter prüfen wird. Die Kriterien sind so zu

fassen, dass alle durchschnittlichen fachkundigen Interessenten sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können.

Nach Ansicht der VK Nordbayern (Beschluss vom 13.07.2011 - Az.: 21.VK - 3194 - 18/11) verstößt eine Vergabestelle mit ihrer Vorgabe "Führung des Gütezeichens RAL GZ 902 für Gebäudereinigung oder gleichwertig" gegen das Transparenzgebot. Die Prüfbestimmung der Gütegemeinschaft Gebäudereinigung e.V. für die Erteilung des Zertifikats könnten von einer durchschnittlichen fachkundigen Reinigungsfirma nicht als bekannt vorausgesetzt werden. Auch könne es den Bietern nicht zugemutet werden, sich diese Kriterien selbstständig außerhalb des Vergabeverfahrens zu besorgen. Es sei Aufgabe des Auftraggebers, klar vorzugeben, anhand welcher konkreten Kriterien er die Gleichwertigkeit zur RAL GZ 902 prüfen werde.

Im Lichte dieser Rechtsprechung sollten öffentliche Auftraggeber, die zur Qualitätssicherung auf das Gütezeichen RAL GZ 961 (oder gleichwertig) im Rahmen der Eignungsprüfung abstellen wollen, anhand der einschlägigen Prüfbestimmungen die konkreten Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit zum Nachweis gem. RAL GZ 961 bestimmen.

d) Zulässige Einbeziehung der Qualität als Wirtschaftlichkeitsparameter

Der Zuschlag soll gem. § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Auch bei Sanierungsleistungen stellt sich somit die Frage, ob neben dem „Preis“ ggf. auch die „Qualität“ zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebotes herangezogen werden kann.

aa) Tauglichkeit der Qualität als Zuschlagskriterium

Die Kriterien, nach denen das wirtschaftlichste Angebot ermittelt wird, bezeichnet man als Zuschlagskriterien. § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A nennt (nicht abschließend) verschiedene Zuschlagskriterien. Im Rahmen der beispielhaften Aufzählung wird die "Qualität" noch vor dem Kriterium "Preis" an erster Stelle benannt. Die VOB/A geht somit ganz offensichtlich davon aus, dass die "Qualität" grundsätzlich ein taugliches Zuschlagskriterium ist.

bb) Das Kriterium "Qualität" und die Anforderungen des Transparenzgebotes

Unter "Qualität" ist (wie oben bereits erwähnt) der Wert des konkret vom Bieter angebotenen Werkes zu verstehen, also der technische Wert eines angebotenen Produkts. Zwar kann der technische Wert einer Sanierungsleistung grundsätzlich die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes bestimmen. Allerdings stellt die allgemeine Angabe "Qualität" im Hinblick auf das Transparenzgebot kein zulässiges Wertungskriterium dar (vgl.: VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.11.2001 - Az.: 1 VK 37/01; VK Düsseldorf, Beschluss vom 14.07.2011 - Az.: VK - 02/2011 - L). Bieter können nicht ermitteln, welche qualitativen Aspekte für die Bewertung ihrer Angebote maßgeblich sein werden. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ muss also durch Unterkriterien spezifiziert werden oder es muss anderweitig ein verbindlicher Maßstab für die Bemessung der Qualität mitgeteilt werden (VK Düsseldorf, B. v. 14.07.2011 - Az.: VK - 02/2011 - L; VK Thüringen, B. v. 21.06.2011 - Az.: 250-4003.20-2506/2011-E-006-GTH).

cc) Das Kriterium "Qualität" und das Risiko der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

Das Zuschlagskriterium „Qualität“ ist zudem noch aus einem weiteren Grunde mit Vorsicht zu genießen. „Qualität“ wird oftmals mit den „Eigenschaften des Bieters“ in Verbindung gesetzt. Die als Zuschlagskriterien für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots festgelegten Kriterien müssen indes mit dem „Gegenstand des Auftrags“ zusammenhängen.

Aufträge sind an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. In einem gesonderten Prüfungsschritt (der Eignungsprüfung) hat der Auftraggeber somit festzustellen, ob die Bieter geeignet sind. Nur die Angebote derjenigen Bieter, bei denen der Auftraggeber die Eignung bejaht hat, sind dann in einem weiteren Wertungsschritt miteinander zu vergleichen

(Wirtschaftlichkeitsvergleich). Bei diesem Angebotsvergleich wendet der Auftraggeber die von ihm bekannt gemachten Zuschlagskriterien an. Er darf grundsätzlich nicht, beim Wirtschaftlichkeitsvergleich nochmals einfließen lassen, ob das jeweilige Angebot von einem aus seiner Sicht besonders leistungsfähigen oder besonders erfahrenen Unternehmen abgegeben wurde.

Dieser Grundsatz wird nicht immer mit der erforderlichen Stringenz beachtet, obwohl die Rechtsprechung hierzu bereits mehrfach eindeutig Stellung bezogen hat. Der EuGH (Urteil vom 12.11.2009 - Rs. C-199/07) entschied, dass als „Zuschlagskriterien“ Kriterien ausgeschlossen seien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen. Auch der BGH (Urteil vom 15.04.2008 - X ZR 129/06) stellte ausdrücklich klar, dass das Angebot eines für geeignet befundenen Bieters einem Konkurrenzangebot nicht wegen der höher eingeschätzter Eignung vorgezogen werden darf. Nach Auffassung der VK Düsseldorf handelt es sich demgemäß bei dem Kriterium der "Qualität" um ein Eignungskriterium und nicht um ein Zuschlagskriterium. Eignungsmerkmale können nicht bereits dadurch zu zulässigen Wertungskriterien "umfunktioniert" werden, indem man auf die Umstände abstellt, bei denen die Eignungsmerkmale bei der Leistungserbringung zutage treten (können). Auf diese Weise könnten unternehmensbezogene Merkmale (personelle und sachliche Ressourcen, Unternehmensstruktur etc.) stets zu Wertungskriterien umgewandelt werden, denn es wird im Zuge der Leistungserbringung zwangsläufig zum Einsatz dieser Ressourcen, Arbeitsmethoden etc. kommen. Die technischen und personellen Mittel, deren Quantität und Qualität, die Strukturierung der betrieblichen Abläufe, zu denen auch die Qualitätssicherung gehört, u.U. weitere besondere Eigenschaften, befähigen das Unternehmen allgemein, bestimmte Leistungen zu erbringen. Diese Befähigung wird durch die Eignungsprüfung festgestellt. Ein darüber hinaus gehendes "Mehr an Eignung" darf dann grds. nicht nochmals in die Wirtschaftlichkeitsprüfung eingehen (VK Düsseldorf, B. v. 06.07.2011 - Az.: VK - 11/2011 - L; ebenso: OLG Karlsruhe, B. v. 20.07.2011 - Az.: 15 Verg 6/11; OLG München, B. v. 10.02.2011 - Az.: Verg 24/10, VK Nordbayern, Beschluss vom 13.07.2011 - 21.VK-3194-18/11).

Das Zuschlagskriterium "Qualität" darf somit ausschließlich in Bezug auf die Leistungserbringung bzw. den Auftragsgegenstand und grds. nicht in Bezug auf die Person des Bieters bzw. auf dessen Eignung abzielen.

e) Angebotswertung

Die Einbeziehung von Qualitätsaspekten in Vergabeverfahren (auch bei Sanierungsmaßnahmen) ist eine zwingende Notwendigkeit, um von einer rein preislich ausgerichteten und somit oftmals nur vordergründig lukrativen Beschaffungsmaßnahme Abstand zu nehmen. Sie ist vergaberechtlich zulässig. Ohne eine Kontrolle und Durchsetzung der aufgestellten Anforderungen lässt sich das Ziel der qualitativ hochwertigen Beschaffung indes nicht erreichen. Hierbei kommt es im Wesentlichen darauf an, dass die Bieter die geforderten (Qualitäts-)Nachweise auch tatsächlich beibringen und die in den Vergabeunterlagen aufgestellten qualitativen Anforderungen nicht abändern. Ferner müssen öffentliche Auftraggeber auf abweichende Angebote vergaberechtskonform reagieren und hierbei insbesondere das grds. Verbot zur Nachverhandlung der Angebote beherzigen. Eine konsequente Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben durch den öffentlichen Auftraggeber, vor allem im Rahmen der 1. Wertungsstufe (formale Prüfung des Angebotes) sorgt dafür, dass die vom Auftraggeber verlangten Qualitätsanforderungen auch tatsächlich zum Tragen kommen.

aa) Abänderung der Vergabeunterlagen

Im Rahmen der formalen Angebotsprüfung sind gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) VOB/A insbesondere solche Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Nrn. 5 VOB/A nicht entsprechen. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A sind Änderungen an den Vergabeunterlagen durch den Bieter unzulässig. Änderungen haben zur Folge, dass das Angebot, welches nicht der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers entspricht, von der Wertung ausgeschlossen werden muss (OLG Düsseldorf, B. v. 14.10.2009 - Az.: VII-Verg 9/09). Wollen oder können Bewerber keine den

Verdingungsunterlagen entsprechende Leistung anbieten, müssen sie Änderungsvorschläge oder Nebenangebote unterbreiten, sofern dies vom Auftraggeber nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Decken sich Angebot und Nachfrage nicht, liegt eine Änderung der Vergabeunterlagen vor, die zum zwingenden Ausschluss des Angebots führt (VK Lüneburg, Beschluss vom 14.01.2011 - VgK-63/2010).

Diese zwingende Rechtsfolge ist nicht disponibel. Der öffentliche Auftraggeber hat bei Angeboten, die den Vorgaben des § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A nicht entsprechen, kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, sondern ist gezwungen, das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur gewährleistet, wenn in jeder Hinsicht vergleichbare Angebote vorliegen (3. VK Bund, B. v. 04.02.2010 - Az.: VK 3 - 3/10). Eine Änderung der Vergabeunterlagen liegt auch vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung abändert und eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbietet (VK Münster, Beschluss vom 21.07.2011 - VK 9/11). Ob die Vergabeunterlagen im Angebot geändert worden sind, ist im Wege eines Vergleiches des Inhalts des Angebots mit den in den Vergabeunterlagen geforderten Leistungen festzustellen (OLG Düsseldorf, B. v. 17.11.2008 - Az.: VII-Verg 49/08). Stellt der Auftraggeber somit im Rahmen der Leistungsbeschreibung qualitative Anforderungen auf, so sind diese von den Bietern auch vollumfänglich anzubieten. Jenseits eines Nebenangebotes sind Abweichungen von qualitativen Anforderungen gleichbedeutend mit dem zwingenden Ausschluss des Angebotes.

bb) Unvollständige Nachweise

Werden geforderte Eignungsnachweise (z.B. RAL GZ 961) von einem Bieter nicht beigebracht, ist hiermit (abweichend von der alten Rechtslage) nicht mehr der sofortige Angebotsausschluss verbunden. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verlangt der Auftraggeber vielmehr die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen. Zu den Erklärungen im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zählen sämtliche angebots- und eignungsbezogenen Angaben und Erklärungen des Bieters ebenso wie von Dritten ausgestellte Erklärungen oder Bestätigungen. Es spricht einiges dafür, dass § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A bei Erklärungen nicht nur dann eingreift, wenn diese vollständig fehlen, sondern auch dann, wenn sie aus formellen Gründen nicht ordnungsgemäß sind, insbesondere dann, wenn sie nicht ordnungsgemäß unterschrieben oder signiert sind (OLG Düsseldorf, B. v. 09.05.2011 - Az.: VII-Verg 42/11).

Die Regelung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gilt somit auch für vom Bieter unterlassene (die Qualität betreffende) Erklärungen/Angaben und für nicht beigebrachte Eignungsnachweise (z.B. Zertifizierungen). Die Zielsetzung der Qualitätssicherung droht fehlerhaft zu sein, wenn die vom Auftraggeber gesetzten qualitativen Anforderungen nicht durchgesetzt werden. Dies bedeutet, dass bei fehlenden und nach Aufforderung nicht rechtzeitig nachgereichten Eignungsnachweisen (z.B. RAL GZ 961) eine vergaberechtliche Kulanz fehl am Platze ist.

cc) Nachverhandlungen

Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter gem. § 15 VOB/A nur Aufklärung verlangen, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) zu unterrichten. Dies darf nicht verwechselt werden mit nachträglichen Nachverhandlungen. Der Inhalt des Angebots darf im Rahmen von "Aufklärungsgesprächen" nicht abgeändert werden. Der § 15 Abs. 3 VOB/A legt demgemäß fest, dass Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, unstatthaft sind. Angebote, die

die vom Auftraggeber verlangten qualitativen Anforderungen nicht erfüllen, können nicht nachträglich nachverhandelt und angepasst werden.

4. Zusammenfassung

- Die „Qualität“ kann im gesamten Vergabeverfahren eingebracht werden.
- Das zwingend zu beachtende vergaberechtliche Gebot zur Transparenz nötigt den öffentlichen Auftraggeber zur rechtzeitigen und verbindlichen Festlegung qualitativer Anforderungen. Schon in den Vorüberlegungen zum Vergabeverfahren (vor der Bekanntmachung) sind entsprechende Festlegungen zu treffen.
- Qualitätsanforderungen können zunächst und vornehmlich in der Beschreibung der Leistung verankert werden. Schon über die Anforderungen der ATV(en) hinsichtlich der Einhaltung vergaberechtlicher Vorgaben für das Ausgestalten der Leistungsbeschreibung finden qualitative Anforderungen Eingang in das Vergabeverfahren.
- Nach in der Rechtsprechung vertretener Rechtsansicht führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis zu einer grundsätzlich vergaberechtskonformen Einengung des Wettbewerbs. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lassen sich Verfahrens- oder auch Produktvorgaben, mit denen qualitativ erwünschte Vorteile verbunden werden, bei ordnungsgemäßer Dokumentation deutlich leichter in eine Leistungsbeschreibung einbringen. Diese Rechtsauffassung sollte indes nicht als „Freifahrtschein“ für produktbezogene Ausschreibungen verstanden werden.
- Das Erreichen festgelegter qualitativer Anforderungen setzt voraus, dass die Leistung von geeigneten Auftragnehmern erbracht wird. Es steht einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich frei, die von ihm für erforderlich gehaltenen Eignungsvorgaben selbst zu definieren und die von den Bietern zu erfüllenden Anforderungen festzulegen. Anhaltspunkte dafür, dass er hierbei nicht auf die RAL-Gütesicherung abstellen darf, bestehen nicht. Mit der Bezugnahme auf RAL GZ 961 darf keine Wettbewerbsbeschränkung einhergehen. Gleichwertige Nachweise sind insofern stets zu akzeptieren. Ob und inwieweit die gestellten Anforderungen der Güte- und Prüfbestimmungen RAL GZ 961 gleichwertig nachgewiesen werden, unterliegt einem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers. Öffentliche Auftraggeber sollten aus Gründen der Transparenz anhand der einschlägigen Prüfbestimmungen die konkreten Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit zum Nachweis gem. RAL GZ 961 bestimmen.
- Die VOB/A geht ganz offensichtlich davon aus, dass die "Qualität" grundsätzlich ein taugliches Zuschlagskriterium ist. Allerdings stellt die allgemeine Angabe "Qualität" im Hinblick auf das Transparenzgebot kein zulässiges Wertungskriterium dar. Es muss ein verbindlicher Maßstab für die Bemessung der Qualität mitgeteilt werden. Das Zuschlagskriterium "Qualität" darf ausschließlich in Bezug auf die Leistungserbringung bzw. den Auftragsgegenstand und grds. nicht in Bezug auf die Person des Bieters bzw. auf dessen Eignung abzielen.
- Ohne eine Kontrolle und Durchsetzung der aufgestellten qualitativen Anforderungen lässt sich das Ziel der qualitativ hochwertigen Beschaffung nicht erreichen. Stellt der Auftraggeber im Rahmen der Leistungsbeschreibung qualitative Anforderungen auf, so sind diese von den Bietern auch vollumfänglich anzubieten. Jenseits eines Nebenangebotes sind Abweichungen von qualitativen Anforderungen gleichbedeutend mit dem zwingenden Ausschluss des Angebotes. Werden geforderte Eignungsnachweise (z.B. RAL GZ 961) von einem Bieter nicht beigebracht, ist hiermit (abweichend von der alten Rechtslage) nicht mehr der sofortige Angebotsausschluss verbunden. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verlangt der Auftraggeber vielmehr die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Angebote, die die vom Auftraggeber verlangten qualitativen Anforderungen nicht erfüllen, können nicht nachträglich nachverhandelt und angepasst werden.