

Vorläufiges Aus für den Bietungsfaktor!

- 1. Der Bietungsfaktor als Bestandteil einer Angebotswertungsmethode ist vergaberechtswidrig.**
- 2. Die Einschätzung, ob ein Bieter sein Leistungsversprechen wird erfüllen können, ist alleinige Sache des Auftraggebers.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.04.2025 - **Verg 35/24**

GWB § 97 Abs. 2, § 127 Abs. 1 Satz 1; VgV § 58 Abs. 3 Satz 2; VOB/A 2019 § 16d EU Abs. 2 Nr. 1

Problem/Sachverhalt

Im Rahmen einer Bauausschreibung kommt der sog. Bietungsfaktor (siehe auch Anlage 16 zum ARS Nr. 14/2018 - HVA B-StB) bei den Zuschlagskriterien Verbesserung des Wärmedurchgangskoeffizienten für opake und transparente Bauteile zur Anwendung. Zur Erläuterung heißt es in den Vergabeunterlagen: "*Die Bieter können den Zuschlagskriterien ergänzend zur vorgegebenen festen Gewichtung des Auftraggebers (AG) mit einem jeweils individuell angebotenen Bietungsfaktor eine von ihnen gewollte Gewichtung geben. Für den Fall, dass die angebotene Übererfüllung und somit das Leistungssoll (...) bei der späteren Bauausführung nicht erfüllt wird, wird eine Abschöpfung des im Vergabeverfahren erlangten Bietungsvorteils vertraglich vereinbart.*" Zur Errechnung der Wertungspunkte sollen die vom AG gefundenen Punkte mit der Gewichtung des Zuschlagskriteriums und dem vom Bieter angegebenen Bietungsfaktor multipliziert werden. Nach erfolglosem Nachprüfungsverfahren wendet sich der Bieter mit einer sofortigen Beschwerde an das OLG Düsseldorf.

Entscheidung

Die Verwendung des individuell zu bestimmenden Bietungsfaktors im Rahmen einer Wertungsmethode ist vergaberechtswidrig. Sieht man den Bietungsfaktor als eine variable, vom Bieter zu beeinflussende Gewichtung der Zuschlagskriterien an, verstößt dies gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB). Die gewählte Formulierung - "*die Bieter können mit dem Bietungsfaktor den Zuschlagskriterien eine von ihnen gewollte Gewichtung geben*" - spreche dafür, dass die **Gewichtung der Zuschlagskriterien durch den Bietungsfaktor bieterindividuell abgeändert** werde und nicht feststehe. Die Angabe einer Gewichtungsspanne für die Zuschlagskriterien sei nicht grundsätzlich unzulässig (§ 58 Abs. 3 Satz 2 VgV). Bei Angebotswertung müsse diese Gewichtung aber einheitlich für alle Angebote festgelegt werden. Das erfolge bei Anwendung des individuellen Bietungsfaktors nicht. Der Bietungsfaktor verstößt aber auch gegen § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB sowie § 97 Abs. 2 GWB, wenn er lediglich eine **eigenständige Variable der Bewertungsmethode** darstelle. Denn dann könne der Bieter die vom AG gefundene Punktebewertung individuell abändern, **ohne dass der AG hierauf Einfluss habe**. Dass mit dem Bietungsfaktor die Erfüllungswahrscheinlichkeit des Bieterleistungsversprechens bewertet werde, sei unzutreffend. Angaben des AG zum Inhalt und zur Bestimmung des Bietungsfaktors fehlten. Der Bietungsfaktor werde ausschließlich vom Bieter bestimmt. Insofern bewerte und prüfe der AG diese Erfüllungswahrscheinlichkeit nicht, sondern lasse sich von den Bieter nur einen Berechnungsfaktor angeben. Die Bewertung der Erfüllungswahrscheinlichkeit dürfe der AG aber nicht dem einzelnen Bieter überlassen. Dies sei - neben der Wertung der Angebote - alleinige Sache des AG.

Praxishinweis

Bieter sollten sich nicht scheuen, frühzeitig die Zuschlagskriterien auf Vergaberechtskonformität zu prüfen. Sonst kann auch in einem späten Verfahrensstadium - wie hier geschehen - die Zuschlagserteilung an der fehlenden Vergaberechtskonformität der Zuschlagskriterien scheitern. Das Vergaberecht und auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf lassen ausreichend Raum für die Anwendung innovativer Zuschlagskriterien. Bei der Konzeption und Definition der Zuschlagskriterien sollten die AG äußerste Sorgfalt aufwenden. In jedem Fall muss sichergestellt werden, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien und die Wertungsmethode nicht durch die Bieter selbst beeinflusst werden.

*RAin Antonia Daszenies, Köln und
RA Christoph Esser, Köln*

© id Verlag