

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 16 vom 21.4.2011

Vergaberecht

Nebenangebote sind unzulässig, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Zulässig sind aber mehrere Hauptangebote.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. März 2011, Az. VII Verg 52/10

*Rechtsanwalt
Dr. Martin
Schellenberg von
Heuking Kühn Lüer
Wojtek, Hamburg*



Der Fall

Eine Kommune in Nordrhein-Westfalen schrieb Verblendmauerwerk, also das Anbringen von Klinkern an Gebäudeteilen, aus. Sie gab ein Leitfabrikat vor, akzeptierte gleichwertige Angebote und legte fest, dass einziges Zuschlagskriterium der Preis sein sollte. Ein Bieter bot neben dem Leitfabrikat andere Fabrikate an und klassifizierte dies als Nebenangebote. Im Nachprüfungsverfahren machte ein Wettbewerber geltend, er sei damit auszuschließen. Das OLG Düsseldorf hat dies grundsätzlich bestätigt. In ständiger Rechtsprechung geht das Gericht davon aus, dass Nebenangebote unzulässig sind, wenn einziges Zuschlagskriterium der

Preis ist (Beschluss vom 18. Oktober 2010, Az. VII Verg 39/10; Beschluss vom 7. Januar 2010, Az. VII Verg 61/09). Allerdings – und das ist die überraschende Wendung des Falls – stellte das OLG fest, dass es sich bei den alternativen Klinkerprodukten gar nicht um Nebenangebote handele. Von Nebenangeboten sei nur dann auszugehen, wenn alternative Lösungsvarianten angeboten werden. Hier sei jedoch nur ein vom Leitfabrikat abweichendes Produkt genannt worden. Deshalb sei hier in Wahrheit von mehreren Hauptangeboten auszugehen. Mehrere Hauptangebote einzureichen, sei jedoch zulässig.

Die Folgen

Die Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht wichtig: Zum einen bestätigt das OLG seine verschiedentlich angefochtene (z.B. OLG Brandenburg, Beschluss vom 7. Dezember 2010, Az. Verg W 16/10) Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Nebenangeboten bei Ausschreibungen, bei denen es ausschließlich auf den Preis ankommt. Das OLG vermeidet jedoch eine Vorlage an den BGH, weil es in den abweichenden Entscheidungen jeweils nicht dar-

auf angekommen sei. Zum anderen äußert sich das OLG zur Zulässigkeit mehrerer Hauptangebote. Soweit ersichtlich hat kein anderes Gericht bisher dazu Stellung genommen. In der Praxis, so das OLG, gäbe es ein Bedürfnis nach der Anrechnung mehrerer Hauptangebote. So müsse ein Bieter in der Lage sein, mehrere Alternativprodukte anzubieten, da er nicht absehen könne, ob die Gleichwertigkeit mit dem vorgegebenen Leitfabrikat aner-

Was ist zu tun?

Öffentliche Auftraggeber werden sich umstellen müssen: Die Vorstellung, mehrere Hauptangebote zulassen zu müssen, ist mit Sicherheit für viele ungewohnt. Wünschenswert wäre eine höchstrichterliche Klärung der Frage, ob Nebenangebote bei reinen Preisausschreibungen unzulässig sind. Bieter können mit der von

dem OLG Düsseldorf eröffneten Konstellation ihre Strategie zur Gewinnung öffentlicher Aufträge aufbauen. In Anlehnung an den alten Bau-Grundsatz „Ausschreibungen gewinnt man durch Nebenangebote“ könnte man nun sagen: „Ausschreibungen gewinnt man durch mehrere Hauptangebote.“ (ba)