

Wertungskriterien

Darstellung anhand von Fallbeispielen

Dr. Friederike Schäffler
Fachanwältin für Vergaberecht

Fokus: Europaweite Vergaben (I)

Höheres Auftragsvolumen



Größerer Bieterkreis



Größeres Risiko der Überprüfung der Bewertung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens

Fokus: Europaweite Vergaben (II)

Öffentlicher Auftraggeber

- Privat tätige Ärzte (-)
- Kirchliche Einrichtungen (-), es sei denn Fördermittel
- „staatlich getragene“ Kliniken: z.B. „Städtisches Klinikum X“, „Landeskrankenhaus Y“ (+)

Öffentlicher Auftrag

- Bauauftrag
- Lieferauftrag
- Dienstleistungsauftrag

Schwellenwert:

- Bauaufträge: 5,35 Mio. EUR (netto)
- Dienstleistungen / Lieferleistungen: 214.000 EUR (netto)

Inhalt

- Rechtlicher Hintergrund: Wo ist denn überhaupt etwas zum Thema Bewertung geregelt?
- Unterschied: Bewertungskriterien vs. Mindestbedingungen
- Formale Anforderungen: Zeitpunkt der Bekanntgabe von Bewertungskriterien
- Bedeutung und Gewichtung des Preises
- Transparente Gestaltung
- Wertungssysteme
- Dokumentation
- Rechtsschutz

Rechtlicher Hintergrund: die wesentlichen Grundsätze des Vergaberechts

- Wettbewerbsgrundsatz / Grundsatz des fairen Wettbewerbs
- Gleichheitsgrundsatz
- Transparenz

Regelungen in § 58 VgV

(1) Der Zuschlag wird [...] auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

(2) Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:

1. die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,

2. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder

3. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.

Bekanntgabe von Bewertungskriterien, § 58 Abs. 3 VgV

„(3) Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen an, wie er die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Diese Gewichtung kann auch mittels einer Spanne angegeben werden, deren Bandbreite angemessen sein muss. Ist die Gewichtung aus objektiven Gründen nicht möglich, so gibt der öffentliche Auftraggeber die Zuschlagskriterien in absteigender Rangfolge an.“

Daraus folgt:

- Wertungskriterien können nicht erst formuliert werden, wenn die Angebote vorliegen (denn damit könnte man die Angebotsauswahl beeinflussen).
 - Einmal bekannt gemachte Bewertungskriterien dürfen auch nicht später geändert werden (denn auch dadurch könnte man die Angebotsauswahl beeinflussen).
-

Bewertungskriterien vs. Mindestbedingungen

Mindestbedingungen

= Voraussetzung, die zwingend erfüllt werden muss

- bei Nicht-Erfüllung: Ausschluss des Bieters
- Vorteil: ermöglichen dem öffentlichen Auftraggeber trotz der Vorgaben des Vergaberechts, ein Produkt zu bekommen, das seinen Wünschen entspricht
- Nachteil: engen den Markt ein
- Nachteil: sind z.B. wenn dies zu einer unzulässigen herstellereinspezifischen Ausschreibung führt verboten

Bewertungskriterien vs. Mindestbedingungen

Bewertungskriterien (= Wertungskriterien, Zuschlagskriterien)

= Voraussetzung, die nicht zwingend erfüllt werden muss, deren „Gut-Erfüllung“ den jeweiligen Bieter aber begünstigt

- Ermöglichen einen differenzierteren Angebotsvergleich, bei dem nicht nur der Preis entscheidet, sondern auch andere Kriterien wie Qualität, Zweckmäßigkeit, Ästhetik, Verfügbarkeit Service, etc.
- Kein zwingender Zuschlag an „Billigheimer“
- Lassen einen weiten Bieterkreis und damit Wettbewerb zu
- Nachteil: nicht zu unterschätzende Anforderungen an die Erstellung einer Bewertungsmatrix, die Auswertung selbst, deren Dokumentation, etc.

Bewertungskriterien vs. Mindestbedingungen

Fall (EuGH, Urteil vom 20.09.2018 - Rs. C-546/16): Ein AG schrieb u. a. die Lieferung von Möbeln, Musikinstrumenten und Audiotechnik aus. Als Zuschlagskriterien bewertete er die "Darstellung und Beschreibung des Projekts" mit (bis zu) 50 Punkten und den Preis mit weiteren bis zu 50 Punkten. Für das technische Angebot galten 35 Punkte als Mindestpunktzahl. Angebote, die diese nicht erreichten, wurden nicht zur wirtschaftlichen Bewertung zugelassen. Es erfolgte also eine „Vermischung“ von Bewertungskriterien / Mindestbedingungen.

Entscheidung: Das ist zulässig! Der AG darf auch Mindestanforderungen bei der technischen Bewertung festlegen.

Botschaft: Dieser Weg bietet dem AG einerseits die Möglichkeit, den Wettbewerb durch die Festlegung von Bewertungskriterien zu öffnen; andererseits muss er mit dieser Öffnung nicht auf hohe Qualität verzichten, die man häufig nur durch Festlegung von Mindestanforderungen bekommt.

Bekanntgabe vom Bewertungskriterien

Fall (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.09.2016 - 3 VK LSA 28/16): In einer Ausschreibung finden sich weder in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen Angaben zu Zuschlagskriterien. Die Bieterauswahl wurde dann durch den AG auf Basis einer (plötzlich auftauchenden) „Auswahlmatrix“ mit einem Punktesystem durchgeführt. Der AG schloss einen Bieter aus, weil sein Angebot aufgrund „Wirtschaftlichkeit und Preis“ nicht berücksichtigt werde. Der Bieter wehrt sich, da entgegen der Ausschreibung nicht nur der Preis gewertet wird.

Entscheidung: Der Bieter wehrt sich zur recht. Bewertungskriterien müssen bekannt gemacht werden, damit der Bieter sich mit diesen vor Angebotsabgabe auseinandersetzen kann. Das Vorgehen ist vergaberechtswidrig, selbst wenn die nicht bekannt gegebene Auswahlmatrix neutral angewendet wurde.

Botschaft: Wenn keine Kriterien angegeben sind, muss der Bieter davon ausgehen, dass eine reine Preiswertung erfolgt.

Gewichtung des Preises

Fall (OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018 - 13 Verg 4/18): In einer Ausschreibung über Zustelldienste räumt der Auftraggeber den Qualitätskriterien insgesamt mit 70% und damit im Vergleich zum Preis (30%) ein großes Gewicht ein. Ein Bieter rügt dies.

Entscheidung: Die Gewichtung war im konkreten Fall zulässig. Der AG hat auch hier einen Beurteilungsspielraum. Die Grenze zur Vergaberechtmäßigkeit ist aber überschritten, wenn Qualitätskriterien einzeln oder in ihrer Gesamtheit ein Gewicht zugemessen würde, das sachlich nicht zu rechtfertigen ist und deshalb die Annahme nahelegt, dass die Kriterien so ausgestaltet wurden, dass nur ein oder wenige Unternehmen überhaupt eine Chance auf den Zuschlag haben.

Botschaft: Qualität vor Preis – ja! Qualität um jeden Preis - nein!

Transparente Gestaltung

Fall (VK Südbayern, Beschluss vom 21.01.2019 - Z 3-3194-1-38-11/18):

Ausschreibung von Architektenleistungen. Als Kriterien wurden "Wirtschaftlichkeit und Realisierbarkeit" sowie "sonstige qualitative Kriterien" angegeben. Wegen der sonstigen qualitativen Kriterien verwies die Vergabestelle, u. a. auf den "Umgang mit dem Bestand". Auf eine Frage des Bieters erklärte die Vergabestelle, zu diesem Kriterium gebe es keine Vorgaben. Sie wertete dann den im Angebot des Bieters angegebenen Umgang mit der Bestandsfassade negativ. Dagegen wehrt der Bieter sich.

Entscheidung: Zu recht! Das Kriterium "Umgang mit dem Bestand" ist nicht klar und eindeutig formuliert, dass alle seine Bedeutung gleichermaßen verstehen. Die Anforderungen, Eigenschaften oder Funktionalitäten, die in diesem Unterkriterium positiv oder negativ gewertet werden, bleiben offen. Damit kann keine vergleichende Beurteilung der Bieter erfolgen.

Botschaft: Bei der Angabe von Wertungskriterien dürfen nicht nur „schön klingende Begriffe“ in den Raum gestellt werden; deren Bedeutung muss klar sein (Transparenz).

Wertungssysteme

Folgende Wertungssysteme „geistern“ u.a. durch die vergaberechtliche Rechtsprechung:

Fall **Schulnoten** (zulässig; BGH, Beschluss vom 04.04.2017 - X ZB 3/17): Ausschreibung von Postdienstleistungen, wobei 50 % Preis und 50 % Qualität der Leistungserbringung als Wertungskriterium angegeben wurde. Für die Qualität wurden drei Unterkriterien mit zugeordneten Prozentwerten gebildet. Bieter sollten z.B. in einem Konzept darstellen, wie eine effektive Leistungserbringung sichergestellt wird. Der Auftraggeber (AG) benotete die Darstellungen anhand einer Skala von "ungenügend" bis "sehr gut" mit null bis fünf Punkten. Auf den Nachprüfungsantrag des Bieters hin wurde dieses Vorgehen vom BGH gebilligt.

Beim Schulnotensystem ist es zulässig, dass die vorgelegten Konzepte im Rahmen der Wertung benotet werden und einen der jeweiligen Note zugeordneten Punktwert erhalten, ohne dass die Vergabeunterlagen weiter im Detail konkretisieren, wovon die zu erreichende Punktzahl abhängen soll.

Wertungssysteme

Folgende Wertungssysteme geistern u.a. durch die vergaberechtliche Rechtsprechung:

Fall **Mittelwertmethode** (unzulässig; VK Bund, Beschluss vom 21.11.2013 - VK 2-102/13):

Den Zuschlag bekommt der Bieter, der mit seinem Preis am wenigsten vom Durchschnittspreis aller Bieter abweicht. Dies ist dann nicht der günstigste Bieter. „Argument“ für dieses Verfahren ist, dass auf diese Weise besonders hohe und zu tiefe, nicht auskömmliche Angebote keine Chance haben.

Aber: Die Auskömmlichkeit eines Angebots muss ohnehin geprüft werden. Das darf nicht versteckt bei der Bewertung erfolgen.

Wertungssysteme

Folgende Wertungssysteme geistern u.a. durch die vergaberechtliche Rechtsprechung:

Fall **Abpunktung** (unzulässig; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.10.2016 - 1 VK 41/16):

Die Vergabeunterlagen sahen vor, dass bei der Bewertung des Preises immer 7,5 Punkte (unabhängig vom Preisunterschied abgezogen werden sollten). So bekam das günstigste Angebot die volle Punktzahl, das zweitgünstigste 7,5 Punkte weniger, das Drittplatzierte 15 Punkte weniger u.s.w.

Die Methode ist unzulässig. Abgepunktet werden darf nur relativ im Verhältnis zu den Angebotspreisen. Denn geringe Preisunterschiede fallen dann zu sehr ins Gewicht, während hohe Preisunterschiede sich nicht übermäßig auswirken.

Wertungssysteme

Folgende Wertungssysteme geistern u.a. durch die vergaberechtliche Rechtsprechung:

Fall des **disproportionalen Wertungssystems** (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.01.2014 - Verg 26/13)

Preisbewertung sieht vor, dass das günstigste Angebot 100 Punkte und das teuerste Angebot 0 Punkte bekommt. Die dazwischen liegenden Angebote werden entsprechend eingepunktet.

Das ist unzulässig, da das teuerste Angebot selbst dann, wenn es nur geringfügig vom günstigsten Angebot abweicht, 0 Punkte erhält und damit über andere Wertungskriterien wie Qualität etc. diesen erheblichen Rückstand selbst bei deutlich besserer Qualität nicht mehr aufholen kann. Der AG bekommt mit dieser Methode dann nicht das wirtschaftlichste Angebot.

Wertungssysteme

Beispiel

Gewichtung: 80 Punkte Preis
Bester Preis = 80 Punkte, dann prozentuale Abpunktung
(entsprechend der prozentualen preislichen Differenz)

20 Punkte Bedienerfreundlichkeit (aus Sicht der Nutzer);

Bewertung nach Schulnoten

1 = 20 Punkte

2 = 16 Punkte

3 = 12 Punkte

4 = 8 Punkte

5 = 4 Punkte

6 = 0 Punkte

Dokumentation, § 8 VgV

(1) Der öffentliche Auftraggeber dokumentiert das Vergabeverfahren von Beginn an [...] soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Dazu gehört zum Beispiel die Dokumentation der Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen, der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, der Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen, der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag.

(2) Der öffentliche Auftraggeber fertigt über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs an. Dieser Vergabevermerk umfasst mindestens Folgendes:

1. [...] den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers sowie [...],
3. die nicht berücksichtigten Angebote und Teilnahmeanträge sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung [...],
12. Gegebenenfalls die Gründe für die Nichtangabe der Zuschlagskriterien.

Dokumentation

Fall (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019 - Verg 6/19): Vergabe außerschulischer Betreuungsdienstleistungen. Die Entscheidung über den Zuschlag sollte auf Grundlage eines Entscheidungsvorschlags, der von einem Gremium nach Wertung der Konzepte anhand einer festgelegten Bewertungsmatrix abgegeben wurde, getroffen werden. Die Wertungsmatrix legt die zu vergebende Höchstpunktzahl von 10 Punkten fest und weist den Kategorien und Unterkategorien die jeweilige Gewichtung zu. Ein Bieter rügt seinen Ausschluss, weil er die Bewertung nicht nachvollziehen kann.

Entscheidung: Die Rüge erfolgte zu Unrecht! Bei der Auswahl steht dem AG ein Beurteilungsspielraum zu. Damit die VK diesen überprüfen kann, muss die Auswahlentscheidung nachvollziehbar dokumentiert sein.

Botschaft des Falles: Die beste Bewertungsmatrix allein hilft nicht weiter, wenn die auf Basis dieser Bewertungsmatrix getroffene Auswahlentscheidung nicht ordnungsgemäß dokumentiert ist.

Rechtsschutz – rechtzeitige Rüge

Fall (VK Berlin, Beschluss vom 30.07.2019 - VK B 1-09/19): Ausschreibung mit den Zuschlagskriterien Preis sowie technische Kriterien. Es waren zur Bewertung unterschiedliche Bewertungsformeln für jedes Bewertungskriterium angegeben. Der Bieter gab ein Angebot ab, ohne vorher die Bewertungsmethode zu rügen. Er wendet sich später gegen seinen Ausschluss, u.a. mit dem Argument die Bewertungsmethode sei vergaberechtswidrig.

Entscheidung: Der Bieter hat zu spät gerügt und wurde zu recht ausgeschlossen. Die Bewertungsmethode war in den Vergabeunterlagen erkennbar. Schon bei der Möglichkeit eines Vergaberechtsverstoßes muss ein Bieter darauf hinweisen. Maßstab ist dabei die objektive Erkenntnismöglichkeit bei Zugrundelegung üblicher Sorgfalt und üblicher Kenntnisse eines durchschnittlich fachkundigen Bieters des angesprochenen Adressatenkreises.

Botschaft: Die VK setzt hohe Anforderungen an die Bieter. Bieter ist zu empfehlen, die Bewertungsmatrix genau anzuschauen und Unklarheiten / Unstimmigkeiten im Zweifel gleich zu rügen, spätestens mit Angebotsabgabe.

Rechtsschutz – rechtzeitige Rüge

Fall (OLG Naumburg, Beschluss vom 16.12.2016 - 7 Verg 6/16):

Vergabe Schutzausstattung für die Polizei. Zuschlagskriterien sind Preis mit 45%, Material mit 50% und Logistik mit 5%. Das Material wird mit unterschiedlicher Wichtigkeit aufgeteilt in Material, dessen Verarbeitung, Gebrauchsfähigkeit, Passform sowie Optik. Unterlegt wird dies mit einem Schulnotenbewertungssystem und entsprechender Punktevergabe. Wie die Logistik bepunktet wird, wird nicht erläutert. Als der Bieter „rausfliegt“ rügt er dies Bewertung als intransparent.

Entscheidung: Die Rüge kam zu spät! Ein im Markt langjährig tätiger Bieter weiß auch ohne anwaltlichen Rat bereits zu dem Zeitpunkt von der Fehlerhaftigkeit des Bewertungssystems, wenn er auf dieser Basis kein ordentliches Angebot erstellen kann und muss deshalb schon zu dem Zeitpunkt seine vergaberechtliche Rüge ausbringen.

Botschaft: Die VK setzt hohe Anforderungen an die Bieter. Bietern ist zu empfehlen, die Bewertungsmatrix genau anzuschauen und Unklarheiten / Unstimmigkeiten im Zweifel gleich zu rügen, spätestens mit Angebotsabgabe.

Rechtsschutz – rechtzeitige Rüge

Fall (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 - Verg 39/16): Vergabe Rahmenvertrag über Gerätekraftwagen. Der Zuschlag sollte nach den Kriterien Kosten und Nutzwert erteilt werden, wobei mehrere sog. "Anforderungsblöcke" mit unterschiedlicher Gewichtung und eine Benotungstabelle zu Grunde lagen. Als der Zuschlag an den Wettbewerber erteilt werden sollte, rügte der Bieter die intransparente Bewertung.

Entscheidung: Der Bieter bekam Recht. Das OLG Düsseldorf legte nicht ganz so strenge Maßstäbe an. Damals befand sich die Rechtsprechung zur Bewertung nach Noten noch in der Entwicklung; dieses Sonderwissen konnten Bieter ohne anwaltliche Beratung nicht haben. Der Bieter konnte deshalb erst bei der Wertung selbst erkennen, dass die Bewertungsmatrix keine vergaberechtlich korrekte Wertung ermöglicht.

Botschaft: Im Einzelfall und ganz ausnahmsweise lässt sich die Bewertungsmatrix versteckt auch dann noch angreifen, wenn die Bewertung selbst vergaberechtswidrig erfolgt ist.

**Danke für die
Aufmerksamkeit!**

Fragen?