



**Leistung bleibt Leistung -  
über den Grundsatz des Leistungswettbewerbs und die angemessene  
Gewichtung der Vergütung**

16. Hessischer Vergabetag in Frankfurt/Main am 28.06.2022

Dr. Klaus Greb

# Leistung bleibt Leistung

## Themen

1. Preis-Leistungs-Verhältnis
2. Wettbewerbsarten
3. Gewichtung des Preises
4. Rechtsschutz

# Preis-Leistungs-Verhältnis

## Grundregeln

- Nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt (siehe z. B. § 2 Abs. 1 S. 2 UVgO)
- Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis
- Damit stellt die reine Preiswertung die Ausnahme dar (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 111/112)
- Wenn die auszuführenden Leistungen in den für eine Zuschlagsentscheidung nach qualitativen Kriterien in Betracht kommenden Punkten in der Leistungsbeschreibung oder an anderen Stellen in den Vergabeunterlagen jedoch hinreichend genau definiert sind, darf auch eine reine Preiswertung erfolgen (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 26.08.2018, Verg 23/18)

# Preis-Leistungs-Verhältnis

## Grundregeln

- Zur Ermittlung des Preis-Leistungs-Verhältnisses können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (vgl. § 127 Abs. 1 S. 4 GWB)
- Bei der Bestimmung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung hat der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum
- Die Zuschlagskriterien müssen jedoch die vergaberechtlichen Grundsätze einhalten, insbesondere das Diskriminierungsverbot
- Außerdem dürfen sie nicht zur Folge haben, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahl- oder Entscheidungsfreiheit übertragen wird
- Die Kriterien müssen tatsächlich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen
- Sie müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen

# Leistung bleibt Leistung

## Themen

1. Preis-Leistungs-Verhältnis
2. Wettbewerbsarten
3. Gewichtung des Preises
4. Rechtsschutz

# Wettbewerbsarten

## Reiner Preiswettbewerb

- Der reine Preiswettbewerb ist die Ausnahme, aber grundsätzlich möglich
- Angemessen bei Standard-Produkten oder -leistungen, wie etwa für bestimmte Medikamente, bei denen exakte inhaltliche Vorgaben definiert werden (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 29.04.2015, VII Verg 17/14)
- Bei funktionalen Ausschreibungen wie etwa für Planungsleistungen ist der reine Preiswettbewerb regelmäßig ungeeignet (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 11.12.2013, VII Verg 22/13)

# Wettbewerbsarten

## Reiner Qualitätswettbewerb

- Der Auftraggeber darf das Preiskriterium aber auch vollständig ausschließen und über die Vorgabe eines Festpreises nach § 58 Abs. 2 S. 3 VgV einen reinen Qualitätswettbewerb veranstalten
- Ein Festpreis ist gegeben, wenn der Auftraggeber klar vorgibt, wie der Preis zu bestimmen ist, d.h. es muss keine bestimmte Summe genannt werden, sondern es muss eine Berechenbarkeit mit dem Erhalt vergleichbarer Preisangebote gewährleistet werden (u.a. Renner, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VgV § 58, Rn. 13)
- Zielgerichtet wäre z. B. die Heranziehung der HOAI unter Vorgabe der Honorarparameter – wie Honorarsatz, Anzahl der Objekte, nötigenfalls Umbauszuschlag, Höhe eines Stundensatzes für Besondere Leistungen etc. – für alle Bieter in gleicher Höhe bzw. Weise (vgl. Stolz, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 76, Rn. 3)

# Wettbewerbsarten

## Regelfall: Mischung zwischen Preis- und Qualitätswettbewerb

- Für den Regelfall eines gemischten Preis- und Qualitätswettbewerbs steht dem Auftraggeber bei der Auswahl weiterer qualitativer Kriterien, die neben dem Preis bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden sollen, ein weiter Ermessensspielraum zu
- Der Auftraggeber kann neben dem Preis eines oder mehrere Kriterien auswählen
- Diese dürfen jedoch mit Blick auf das zu bildende Preis-Leistungs-Verhältnis neben dem Preis keine reine Alibifunktion haben (z. B. mit 5 % als zu wenig erachtet vom OLG Düsseldorf, B. v. 27.11.2013, Verg 20/13)



# Wettbewerbsarten

## Sonderfall: Leistungswettbewerb

- Diese Wettbewerbsart gilt für planende Architekten- und Ingenieurleistungen, weil der Auftraggeber einen “Lösungswettbewerb“ nachfragt (vgl. Schneider, Beck ´scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 76, Rn. 13)
- Das Postulat des Leistungswettbewerbs dient auch dem Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen im Interesse der Bausicherheit, der Erhaltung der Baukultur und des ökologischen Bauens zu gewährleisten (vgl. Mestwerth/Sauer, MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, VgV § 76, Rn. 5)

# Wettbewerbsarten

## Sonderfall: Leistungswettbewerb

- Der Leistungswettbewerb gilt oberhalb der EU-Schwelle nach § 76 Abs. 1 S. 1 VgV
- Unabhängig von der neuen HOAI 2021 hat der Gesetzgeber am Leistungswettbewerb ausdrücklich festgehalten (demgegenüber hat der Gesetzgeber § 76 Abs. 1 S. 2 VgV wegen der EuGH-Entscheidung bzw. der neuen HOAI gestrichen)
- Der Leistungswettbewerb gilt auch unterhalb der EU-Schwelle im Rahmen der UVgO
- Denn die UVgO orientiert sich strukturell sowie inhaltlich an der VgV, ansonsten entstünden nicht zu begründende Wertungswidersprüche (vgl. Tomerius/Steffen, ZfBR 2020, 646)

# Leistung bleibt Leistung

## Themen

1. Preis-Leistungs-Verhältnis
2. Wettbewerbsarten
3. Gewichtung des Preises
4. Rechtsschutz

# Leistungswettbewerb

## Gewichtung des Preises

- Der Gesetzgeber hat keine konkrete Gewichtungsvorgabe für ein Kriterium im Rahmen des Leistungswettbewerbs definiert
- Jedenfalls schreibt der Gesetzgeber eine „wesentliche“ Rolle der Qualität vor (BT-Drs. 18/7318, S. 205/206)
- Damit muss die Leistung mehr Gewicht haben als der Preis

# Leistungswettbewerb

## Gewichtung des Preises - Beispiele

- Laut BayObLG ist eine Gewichtung des Preises mit 10 % wegen der „wertenden Prognose“ in der Beurteilung freiberuflicher Leistungen angemessen (B. v. 20.08.2001, Verg 9/01), später hat es auch 20 % als noch sachgerecht eingeordnet (B. v. 09.02.2009, Verg 27/08)
- In der vergaberechtlichen Literatur werden Gewichtungen des Preises bis 25 % als nicht mehr mit dem Leistungswettbewerb vereinbar angesehen (Petschulat, ZfBR 2020, 534), andere sehen keinen Leistungswettbewerb mehr und halten eine freie Festlegung für möglich (Lindner, ZfBR 2021, 714)
- Von Behördenseite wird teilweise eine Gewichtung von mehr als 20 % als sachwidrige Abkehr vom Leistungswettbewerb angesehen (vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen v. 13.02.2020, Az. 46-B 1005/1/1/29-2019/72102, S. 2)
- Insofern dürfte eine Begrenzung bis 25 % vertretbar sein (vgl. Schnepel/Zimmermann, ZfBR 2021, 345)

# Leistung bleibt Leistung

## Themen

1. Preis-Leistungs-Verhältnis
2. Wettbewerbsarten
3. Gewichtung des Preises
4. Rechtsschutz

# Rechtsschutz

## Systematik des Primärrechtsschutzes\* im Vergaberecht

Haushaltsvergaberecht	EU-Vergaberecht	Besonderes Vergaberecht
<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten</li><li>➤ Eingeleitet durch Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz</li><li>➤ Zwei Instanzen, regelmäßig Landgericht und Oberlandesgericht am Sitz des AG</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Nachprüfungsverfahren (§§ 155 ff. GWB)</li><li>➤ Zwei Instanzen in jedem Bundesland bzw. für Bundesvergaben<ul style="list-style-type: none"><li>○ Vergabekammer (VK)</li><li>○ Oberlandesgericht (OLG)</li></ul></li><li>➤ Divergenzvorlage an den BGH durch OLG bei unterschiedlicher Rechtsprechung auf OLG-Ebene</li><li>➤ Vorabentscheidungsverfahren durch Vorlage an EuGH durch VK oder OLG</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Primärrechtsschutz abhängig vom einschlägigen Rechtsrahmen</li></ul> <p>Bsp.:</p> <p>Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Streit um Zuwendungsbescheid, ordentliche Gerichtsbarkeit bei Streit und Zuwendungsvertrag</p>

\*Auf Erhalt des Auftrags gerichtet

# Rechtsschutz

## Rügerfordernis

- Sowohl im EU-Vergaberecht als auch im Haushaltsvergaberecht muss für Primärrechtsschutz vor Einlegung des eigentlichen Rechtsmittels eine sogenannte Rüge gegenüber der Auftraggeberin/dem Auftraggeber erhoben werden
- Eine Rüge muss nicht “Rüge“ heißen – es reicht die Mitteilung eines konkreten Sachverhalts, den man für nicht in Ordnung hält und den die Auftraggeberin/der Auftraggeber ändern sollte
- Z. B. könnte man „rügen“:  
***Die Höhe der Gewichtung des Zuschlagskriteriums Qualität in Gestalt einer abzugebenden Grobkonzeption erscheint nicht angemessen. Wegen des Leistungswettbewerbs bei der Vergabe von Planungsleistungen darf der Preis keine wesentliche Gewichtung haben. Die Auftraggeberin wird gebeten, die Gewichtungen nochmals zu überdenken.***
- Dies kann auch Teil einer Fragenliste und damit noch konstruktiver formuliert sein – wichtig ist, auf diese Weise die Bedingungen zu beeinflussen und zugleich seine Rechte zu wahren!



**VERGABEPARTNERS**  
Partnerschaft von Rechtsanwälten  
mbB Greb Hölzl

Leipziger Platz 15  
10117 Berlin  
[www.vergabepartners.de](http://www.vergabepartners.de)



**Dr. Klaus Greb**  
Dipl.-Verwaltungswirt (FH)  
Fachanwalt für Vergaberecht

T +49 (0)30 / 25 89 44 47  
F +49 (0)30 / 25 89 41 00  
E [klaus.greb@vergabepartners.de](mailto:klaus.greb@vergabepartners.de)