



2.7 Teilweise Aufhebung der Ausschreibung

§ 17 VOB/A lässt auch eine **Aufhebung einzelner Lose** zu. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung in Lose aufgeteilt und sich die losweise Vergabe vorbehalten hat. Eine losweise Aufhebung kommt z.B. in Betracht, wenn die Vergabeunterlagen für ein Los wesentlich geändert werden müssen oder für ein Los keine annehmbaren Angebote eingegangen sind. Soll ein Los aufgehoben werden, weil insoweit nur überbewertete Angebote eingegangen sind, setzt dies allerdings voraus, dass das Gesamtbudget (bei Gesamtschau aller Lose) durch das überbewertete Los überschritten wird.

Eine Aufhebung kleinerer Einheiten, z.B. einzelner Positionen, ist dagegen nicht möglich.

2.8 Alternativen zur Aufhebung

Erkennt der Auftraggeber **noch vor Angebotseröffnung**, dass die Vergabeunterlagen fehlerhaft sind bzw. geändert werden müssen, empfiehlt es sich, die Bieter hierüber zu informieren und diese aufzufordern, ein neues Angebot (unter Berücksichtigung der mitgeteilten Änderungen) abzugeben. Soweit erforderlich, kann hierbei auch die Angebotsfrist verlängert bzw. der Termin der Angebotseröffnung verschoben werden.

Als Alternative zur Aufhebung kann in Ausnahmefällen auch die (teilweise) **Rücksetzung des Vergabeverfahrens**, d.h. die Einholung neuer (Teil-) Angebote im laufenden Verfahren in Betracht kommen. So ist ein Auftraggeber, dem ein Aufhebungsgrund zur Seite steht, nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht dazu verpflichtet, das Vergabeverfahren aufzuheben und ein neues, möglicherweise anders konzipiertes Vergabeverfahren einzuleiten. Dies folge aus den Grundsätzen der Privatautonomie und der Vertragsabschlussfreiheit. Sofern kein Bieter ein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben habe, besitze der Auftraggeber neben der Aufhebung des Verfahrens durchaus andere Möglichkeiten, das Verfahren zu Ende zu bringen, wenn diese nur die Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge beachtet. Eine dieser Möglichkeiten stelle der (nachträgliche) Verzicht auf Ausschreibungsbedingungen dar, sofern dieser Verzicht keinen Bieter benachteilige, ihn also nicht in seinen Auftragschancen einschränke und in transparenter und diskriminierungsfreier Weise erfolge (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.05.2013, IBR 2014, 103).

2.9 Schadensersatzansprüche bei nicht berechtigter Aufhebung der Ausschreibung

Die Bestimmungen über die Aufhebung der Ausschreibung dienen dem Schutz der Bieter vor einer nutzlosen Erstellung zeit- und kostenintensiver Angebote sowie der Diskriminierungsabwehr. Sie haben somit bieterschützenden Charakter.



Ein Auftraggeber macht sich **schadensersatzpflichtig**, wenn er eine Ausschreibung aus anderen als den in § 17 Abs. 1 VOB/A genannten (normierten) Gründen aufhebt. Der Schadensersatzanspruch des Bieters basiert in diesem Fall auf den §§ 280, 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB (Verschulden bei Vertragsanbahnung, c.i.c.).

Hierbei unterscheidet man, was die Höhe des Schadensersatzanspruchs anbelangt, zwischen dem sog. **negativen** und dem **positiven Interesse**.

Das **negative Interesse** umfasst die Aufwendungen, die dem Bieter im Zusammenhang mit der vergeblichen Angebotsbearbeitung entstanden sind. Dazu gehören v.a. die Kosten für die Beschaffung der Vergabeunterlagen, die Bearbeitung des Angebots, die Besichtigung der Baustelle, die Einreichung des Angebots und die Teilnahme am Eröffnungstermin.

Das **positive Interesse** zielt dagegen auf den entgangenen Gewinn ab.

Für die Frage, ob der Bieter bei einem Verstoß gegen § 17 Abs. 1 VOB/A das negative oder das positive Interesse verlangen kann, kommt es ganz wesentlich darauf an, wie der Auftraggeber nach Aufhebung der Ausschreibung weiter verfährt (vgl. dazu Nr. 2.10 und Nr. 2.11).

Fraglich ist ferner, ob ein Bieter auch dann Schadensersatz wegen nicht berechtigter Aufhebung der Ausschreibung verlangen kann, wenn er kein Vertrauen in die Vergaberechtskonformität der Ausschreibung gesetzt hat oder setzen durfte. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn der Auftraggeber bei Ausschreibung darauf hingewiesen hat, dass die Finanzierbarkeit der ausgeschriebenen Maßnahme (entgegen § 2 Abs. 5 VOB/A) noch nicht sichergestellt sei und die Ausschreibung deshalb u.U. wieder aufgehoben werde. Hierzu wird mit Verweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 09.06.2011 (IBR 2011, 534)¹ vertreten, dass der in Rede stehende Schadensersatzanspruch keinen Vertrauenstatbestand voraussetze, was im Regelfall bedeute, dass der Hinweis des Auftraggebers auf die mögliche Aufhebung infolge fehlender Finanzmittel nicht vor Schadensersatzansprüchen schütze.

2.10 Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses

Ein Bieter kann Schadensersatzansprüche in Höhe seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

1. Die Ausschreibung wurde **aufgehoben, ohne Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 VOB/A**.
2. Der **Bieter hätte den Zuschlag erhalten müssen**, wenn die Ausschreibung nicht aufgehoben worden wäre (sein Angebot war das wirtschaftlichste).

¹ Der Bundesgerichtshof hat darauf hingewiesen, dass der Schadensersatzanspruch eines Bieters wegen Verstößen gegen Vergabevorschriften ist seit der Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr daran geknüpft ist, dass der klagende Bieter auf die Einhaltung dieser Regelungen durch den Auftraggeber vertraut hat.



3. Der Auftraggeber

- **verzichtet nach der Aufhebung auf die Realisierung der Baumaßnahme oder**
- **vergibt die Leistung in einem weiteren Verfahren, jedoch in wesentlich geänderter Form¹.**

Beispiel:

Der Auftraggeber hebt auf und verwirft seine Bauabsicht, da er entgegen § 2 Abs. 5 VOB/A voreilig ausgeschrieben hat und sich nun herausstellt, dass die Finanzierung oder der Grunderwerb scheitert oder Zuwendungen nicht bewilligt werden.

2.11 Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses

Ein Bieter kann Schadensersatzansprüche in Höhe des entgangenen Gewinns geltend machen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

1. Die Ausschreibung wurde **aufgehoben, ohne Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 VOB/A.**
2. Der **Bieter hätte den Zuschlag erhalten müssen**, wenn die Ausschreibung nicht aufgehoben worden wäre (sein Angebot war das wirtschaftlichste).
3. Nach Aufhebung **vergibt der Auftraggeber den Auftrag in einem weiteren Verfahren** (z.B. einer Freihändigen Vergabe) an einen anderen Bieter.
4. Der **tatsächlich erteilte Auftrag** betrifft - verglichen mit der aufgehobenen Ausschreibung - **bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand.** (BGH, Ur. v. 05.11.2002, IBR 2003, 34).²

Beispiel:

Bei einer Ausschreibung ist das Angebot des Bieters A am wirtschaftlichsten. Da das Leistungsverzeichnis jedoch geringfügige Fehler enthält, hebt der Auftraggeber die Ausschreibung auf. Wie bereits dargelegt, liegt hier kein Aufhebungsgrund i.S.v. § 17 Abs. 1 VOB/A vor, da die Fehler nur geringfügig sind und bei sorgfältiger Erstellung des Leistungsverzeichnisses hätten vermieden werden können.

¹ z.B. Wärmedämm-Verbundsystem statt Ziegelsteinverblendung, BGH, Ur. v. 05.11.2002, IBR 2003, 34.

² Eine solche Identität fehlt z.B. wenn (nach Aufhebung) ein Wärmedämm-Verbundsystem statt einer Ziegelsteinverblendung eingebaut wird (BGH, IBR 2003, 34) oder eine Alu-Pfosten-Riegel-Konstruktion statt Kunststoffenster und Türen errichtet wird (OLG Schleswig, IBR 2001, 441).



Auch eine reine Motivänderung des Auftraggebers (z.B. der Übergang auf eine wirtschaftlichere Ausführungsweise) gehört nicht zu dieser Fallgruppe, da es nicht darauf ankommt, ob der Auftraggeber die Vergabeunterlagen ändern will, sondern ob er sie ändern muss.

Zu dieser Fallgruppe gehören z.B.

- nachträglich aufgetretene, nicht vorhersehbare Bauverbote, Bauauflagen oder Baubeschränkungen,
- nicht vorhersehbare Änderung der anerkannten Regeln der Technik,
- überraschende Änderung der Bodenverhältnisse (trotz Baugrundgutachtens),
- Abkürzung der Baufristen auf Wunsch des späteren Nutzers.

4.3 Andere schwerwiegende Gründe (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)

Zu dieser Fallgruppe gehören Ausnahmetatbestände, die eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertigen, die aber unter § 17 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A nicht genannt sind, wie z.B.:

- wesentliche Änderung der Marktverhältnisse (z.B. drastische Erhöhung der Kreditzinsen),
- plötzliche drastische Haushaltsverschlechterungen (z.B. infolge von nicht vorhersehbaren Gewerbesteuererrückgängen).

Zu beachten ist, dass die unter Nr. 4.2 genannten weiteren Voraussetzungen auch hier erfüllt sein müssen (z.B. Eintritt des Aufhebungsgrundes erst nach Beginn der Ausschreibung sowie fehlende Zurechenbarkeit des Aufhebungsgrundes zum Auftraggeber).

Sonderfall Unwirtschaftlichkeit der Angebotsabgabe

Nach der Rechtsprechung kann ein „anderer“ Aufhebungsgrund (i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A) auch vorliegen, wenn die Auftragsvergabe im laufenden Ausschreibungsverfahren unwirtschaftlich wäre. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn die auf den vorderen Rangplätzen liegenden Angebote aus formalen Gründen von der Wertung ausgeschlossen werden müssen und das beste zuschlagsfähige Angebot (unter den verbliebenen Angeboten) deutlich über dem Marktpreisniveau bzw. über der Kostenprognose des Auftraggebers liegt. Eine Auftragsvergabe stünde in diesem Fall u.U. im Widerspruch zu dem unter § 77 Abs. 2 GemO verankerten Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung.