

Zusammenstellung zum Ausschluss unvollständiger Angebote bisher ergangener Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

**BGH, Urt. v. 16. April 2002 - X ZR 67/00 -**

**Leitsatz** zu BGB § 276; VOB/A § 25 Nr. 1 Abs. 1:

Hätte der klagende Bieter mit seinem Angebot nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ausgeschlossen werden müssen, besteht ein auf das positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch auch dann nicht, wenn der beklagte Auftraggeber die Nichtberücksichtigung des Angebots nicht auf diesen Ausschlussbestand gestützt hat.

**Fundstellen:**

NJW 2002, 2558-2559; BauR 2002, 1236-1239; ZfBR 2002, 612-614; NZBau 2002, 517-518; VergabeR 2002, 463-465

**Sachverhalt:**

Im Rahmen des Umbaus und der Instandsetzung eines Schlosses forderte die Beklagte im offenen Verfahren zur Abgabe eines Angebots für Fassadensanierung - Putzarbeiten auf. Die Angebote waren bis zum 12. März 1998 einzureichen; die Zuschlagsfrist endete am 27. April 1998; mit der Ausführung sollte in der 19. Kalenderwoche 1998 begonnen werden.

Die Klägerinnen bildeten eine Bietergemeinschaft. Da sie ihnen übertragene Arbeiten im Wesentlichen durch ausländische Arbeitnehmer ausführen lassen wollten, stellten sie am 9. März 1998 bei der Arbeitsverwaltung einen Antrag auf Erteilung der Zusicherung der Arbeitserlaubnisse. Mit einem Angebot für Putzarbeiten vom 11. März 1998 beteiligten sie sich an der Ausschreibung. In ihrem Begleitschreiben hieß es:

"Die ... (Klägerin zu 2) wird die ausgeschriebenen Arbeiten im Rahmen der genehmigten Werkverträge ausführen. Die Arbeiten können nach Erteilung von gültigen Arbeitserlaubnissen aufgenommen werden."

Mit Schreiben vom 23. März 1998 forderte die Beklagte die Klägerinnen auf, bis zum 30. März 1998 die Arbeitsgenehmigungen für die zum Arbeitseinsatz vorgesehenen 15 ausländischen Arbeitnehmer vorzulegen. Die Klägerinnen antworteten mit Telefax vom 30. März 1998, dass sie bei dem zuständigen Arbeitsamt "entsprechende Arbeitserlaubnisverfahren" in die Wege geleitet hätten. Mit Telefax vom 16. April 1998 berichteten sie über eine telefonische Auskunft des Landesarbeitsamts N., wonach "die Zustimmung für den Werkvertrag Schloss O. schon am 24. April 1998 erteilt" werde.

Am 20. April 1998 erteilte die Beklagte den Zuschlag an einen anderen Bieter.

Am 24. April 1998 wurde zugunsten der Klägerinnen ein amtlicher Bescheid über die Zusicherung von Arbeitserlaubnissen zur Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer bei den Restaurationsarbeiten am Schloss erlassen. Darin wurde die Erteilung der Arbeitserlaubnisse von der Zahlung einer festgesetzten Gebühr abhängig gemacht. Dieser Bescheid ging der Klägerin zu 1 am 27. April 1998 zu.

Die Klägerinnen, die das preislich bei weitem günstigste Angebot für die Putzarbeiten abgegeben hatten, haben errechnet, ihnen sei unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen ein kalkulierter Gewinn von 187.416,88 DM entgangen. Diesen Betrag nebst Zinsen haben sie gerichtlich gegen die Beklagte geltend gemacht. Das Landgericht hat die Zahlungsklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil abgeändert und der Klage - bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen - entsprochen. Die Revision führte zur Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des Landgerichts.

Aus den **Entscheidungsgründen**:

1. Angesichts des festgestellten Sachverhalts ist die Verneinung eines Ausschlusstatbestands nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht rechens.

2. a) Das Berufungsgericht hat das Angebot der Klägerinnen als Hauptangebot behandelt.

b) Die Putzarbeiten sollten im Verfahren nach der VOB/A vergeben werden. Dieses Regelwerk schreibt in § 21 Nr. 1 vor, dass die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten sollen, sowie dass jegliche Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig sind. Das, insbesondere das in Abs. 2 enthaltene Verbot von Änderungen an den Verdingungsunterlagen, trägt dem Umstand Rechnung, dass ein echter fairer Wettbewerb nach Angeboten verlangt, die vergleichbar sind. Diese Vergleichbarkeit soll grundsätzlich ohne weiteres gegeben sein. Das ist sichergestellt, wenn die Angebote der sich an der Ausschreibung beteiligenden Bieter den ausgeschriebenen Leistungen und den sonstigen Bedingungen entsprechen, die der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen nach § 9, § 10 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 bis 4 VOB/A (vgl. § 10 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A) bestimmt hat und zu denen er den Vertrag abschließen möchte (vgl. hierzu schon Sen.Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 85/97, NJW 1998, 3634 f. m.w.N.). **Ausnahmen von der Regel, dass abgegebene Angebote deshalb keine Änderungen gegenüber der Ausschreibung enthalten dürfen, duldet die VOB/A nur bei Abweichungen von den technischen Spezifikationen, wenn zugleich mit dem Angebot nachgewiesen ist, dass es in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist (§ 21 Nr. 2 VOB/A), sowie im Falle von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten, wenn der Auftraggeber ihre Zulassung in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht ausgeschlossen hat sowie der Bieter das betreffende Angebot auf besonderer Anlage gemacht und den Änderungsvorschlag oder das Nebenangebot als solchen/s deutlich gekennzeichnet hat (§ 25 Nr. 5, § 21 Nr. 3 VOB/A).** Bei einem Hauptangebot ist mithin die ohne Weiteres gegebene Vergleichbarkeit der Angebote unverzichtbare Voraussetzung. Dazu, dass diese Angebote ohne weiteres vergleichbar sind, hat jeder Beteiligte der Ausschreibung beizutragen. **Für den Bieter bedeutet dies, dass er für ein den Verdingungsunterlagen entsprechendes Angebot zu sorgen hat, anderenfalls sein Angebot gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A ausgeschlossen werden muss** (Senat, aaO).

c) Gleichwohl enthielt das Angebot der Klägerinnen vom 11. März 1998 in Bezug auf die **Ausführungsfrist**, welche die Beklagte in den nach § 10 Nr. 1 Abs. 2

VOB/A zu den Verdingungsunterlagen gehörenden besonderen Vertragsbedingungen ausbedungen hatte, jedenfalls insoweit eine Änderung, als die Klägerinnen die Einhaltung des in der 19. Kalenderwoche (beginnend mit Montag, dem 4. Mai) 1998 vorgesehenen Beginns der Ausführung nicht verbindlich versprochen hatten. Dies ergibt eine **Auslegung der Erklärungen der Parteien**, insbesondere des tatbestandlich festgestellten Hinweises der Klägerinnen auf die Notwendigkeit von Arbeitserlaubnissen für die ausländischen Arbeitnehmer, die sie bei der Ausführung einzusetzen gedachten.

d) Die Verdingungsunterlagen wiesen aus, dass die Beklagte ein Angebot wünschte, das die **unbedingte Zusage** enthielt, in der am 4. Mai 1998 beginnenden Woche die Putzarbeiten aufzunehmen. Eine Einschränkung für den Fall, dass ausländische Arbeitnehmer, die einer Arbeitserlaubnis bedurften, eingesetzt würden, war nicht gemacht. Das bedeutete, dass **nach den Verdingungsunterlagen unabhängig von der Notwendigkeit der Einholung von Arbeitserlaubnissen** mit dem Angebot die Verpflichtung übernommen werden musste, in der 19. Woche 1998 mit den Arbeiten zu beginnen.

Der Hinweis der Klägerinnen anlässlich des **Angebots** vom 11. März 1998 hingegen konnte nur dahin verstanden werden, dass sie die Aufnahme der Arbeiten **lediglich unter einer Bedingung** zusagen wollten, mit der Folge, dass die Klägerinnen im Falle der Auftragserteilung auf ihr Angebot hin zur Arbeitsaufnahme in der am 4. Mai 1998 beginnenden Woche nicht verpflichtet gewesen wären, wenn sie bis dahin gültige Arbeitserlaubnisse für die vorgesehenen ausländischen Arbeitnehmer nicht erhalten hätten. Damit sah das Angebot der Klägerinnen zugleich vor, der Beklagten ein Risiko zu überbürden, das sich erst aus der Notwendigkeit von Arbeitserlaubnissen für ausländische Arbeiter ergab, einer Notwendigkeit, welche allein die Klägerinnen durch ihr Interesse begründet hatten, ausländische Arbeitnehmer einzusetzen. Dieses Risiko war von der Beklagten ersichtlich nicht gewünscht und seine Übernahme durch die Beklagte war mit den Verdingungsunterlagen unvereinbar.

e) Es ist unschädlich, dass die Beklagte die Nichtberücksichtigung des Angebots der Klägerinnen nicht ausdrücklich auf die sich hieraus ergebende

Rechtsfolge des Ausschlusses des Angebots vom 11. März 1998 gestützt hat. In Fällen, in denen das Ausschreibungsverfahren zum Zuschlag geführt hat, steht einem Bieter, der dabei nicht zum Zuge gekommen ist, ein Anspruch auf Ersatz seines positiven Interesses nach der Rechtsprechung des Senats dann zu, wenn er in berechtigter und schützenswerter Weise darauf vertrauen durfte, bei Beachtung der geltenden Vergaberegeln den Auftrag zu erhalten (Sen.Urt. v. 12.06.2001 - X ZR 150/99, BB 2001, 1549 m.w.N.). Falls die Klägerinnen angenommen haben sollten, wegen des von ihnen angebotenen günstigen Preises den Auftrag zu erhalten, wäre ein solches Vertrauen hier jedenfalls nicht schutzwürdig gewesen, weil die Klägerinnen selbst ein zwingendes Erfordernis für ein faires Vergabeverfahren nicht eingehalten haben. Damit war das Angebot der Klägerinnen als Hauptangebot gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A auszuschließen.

## **BGH, Urt. v. 7. Januar 2003 - X ZR 50/01 -**

### **Ohne Leitsatz**

### **Fundstellen::**

ZfBR 2003, 503-504; NZBau 2003, 406-408; VergabeR 2003, 558-561

### **Sachverhalt:**

Der Beklagte schrieb 1997 die Sicherung/Sanierung einer Hausmülldeponie öffentlich aus, wobei die VOB/A gelten sollte. Bei den zu erledigenden Erdbaumaßnahmen sollte der Auftragnehmer gering belastete mineralische Baurestmassen als Verfüllmaterial einsetzen dürfen. Derartiges Material wird üblicherweise nur gegen ein Entgelt abgenommen. Das **Angebot** der Bieter sollte deshalb **neben dem Leistungsangebot ein Zusatzangebot über das Entgelt** umfassen, das der Bewerber dem Beklagten für die Abnahme gering belasteter Massen biete. In der Leistungsbeschreibung, nach der jeweils Einheitspreis und Gesamtpreis anzugeben waren, hieß es unter Position 3.1.50

"130.000 m<sup>3</sup> gestelltes Profilierungsmaterial (gemäß Zusatzangebot)

... liefern, profilgerecht ... einbauen und intensiv verdichten",

bzw. unter Position 3.2.10

"18.000 ... Kies/Sandgemisch ... für die Ausgleichsschicht (gestelltes Material, s. Zusatzangebot) ... liefern und fach- sowie profilgerecht .. im verdichteten Zustand einbauen".

Die Baumaßnahme sollte durch einen prozentualen Zuschuss zu den Kosten von dritter Seite gefördert werden, aber nur bis zu einem Höchstbetrag. Der Beklagte wollte diesen Höchstbetrag nach Möglichkeit ausschöpfen und deshalb dem Subventionsgeber gegenüber auf der Grundlage des Leistungsangebots des späteren Auftragnehmers abrechnen.

Die Klägerin beteiligte sich an der Ausschreibung. Ihr Leistungsangebot endete mit einer Gesamtsumme von 759.099,09 DM (660.086,17 DM zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer). Bei den Positionen 3.1.50 und 3.2.10 wies dieses Angebot jeweils **negative Preise** auf, nämlich -6,61 DM als Einheitspreis und -859.040 DM als Gesamtpreis bzw. -3,04 DM als Einheitspreis und -54.799,20 DM als Gesamtpreis. Das Zusatzangebot hinsichtlich des von der Klägerin aufzubringenden Entgelts für die Abnahme gering belasteter mineralischer Baurestmassen nannte als Einheitspreise 6,61 DM bzw. 3,04 DM und als Gesamtpreise 859.300,-- DM bzw. 54.720,-- DM; es lautete also insgesamt über 914.020,-- DM.

Im Eröffnungstermin war das Angebot der Klägerin wegen seines außerordentlich niedrigen Preises Gegenstand einer Diskussion zwischen dem anwesenden Vertreter der Klägerin und dem für den Beklagten handelnden Vertreter. Letzterer änderte daraufhin die Positionen 3.1.50 und 3.2.10 jeweils auf 0,-- DM und vermerkte als Preis des Leistungsangebots der Klägerin einen Betrag von 1.458.459,89 DM. In der Folgezeit wurde die Klägerin zur Erläuterung ihres Angebots aufgefordert. Mit Telefax überreichte die Klägerin dem Vertreter des Beklagten einen Auszug aus ihrer EDV-Kalkulation zu dem ausgeschriebenen Projekt. Darin waren für die Position 3.1.50 ein Einheitspreis von (netto) 4,-- DM und ein Gesamtpreis von (netto) 520.026,-- DM sowie für die Position 3.2.10 ein Einheitspreis von (netto) 4,47 DM und ein Gesamtpreis von (netto) 80.499,60 DM angegeben; die Aufstellung endete mit einer Nettosumme von 2.174.450,97 DM;

zuzüglich 326.167,65 DM Mehrwertsteuer ergab sich ein Gesamtbetrag von 2.500.618,62 DM.

Anfang Oktober 1997 teilte der Beklagte der Klägerin mit, sie sei wegen Unvollständigkeit der Angebotsunterlagen hinsichtlich der beiden Angebotspositionen von der Prüfung ausgeschlossen worden.

Mit der Klage hat die Klägerin Schadensersatz begehrt. Sie meint, ihr Angebot sei vollständig, eindeutig und das annehmbarste gewesen. Zur Erläuterung ihrer Kalkulation führt sie an, für das Liefern habe sie bei der Position 3.1.50 eine von ihr zu erbringende Zuzahlung von 10,61 DM/m<sup>3</sup> angenommen. Hiervon habe sie Einbaukosten in Höhe von 4,-- DM/m<sup>3</sup> abgesetzt. Dies habe eine Vergütung an den Auftraggeber in Höhe von 6,61 DM/m<sup>3</sup> ermöglicht. Hinsichtlich der Position 3.2.10 habe sie entsprechend mit Beträgen von -7,51 DM/m<sup>3</sup> Zuzahlung, 4,47 DM/m<sup>3</sup> Kosten und -3,04 DM/m<sup>3</sup> Vergütung kalkuliert. Das belege, dass sie ihr Angebot nicht nachgebessert habe. Ziehe man von der Nettobaukostenkalkulationssumme von 2.174.450,-- DM für 130.000 m<sup>3</sup> je 10,61 DM sowie für 18.000 m<sup>3</sup> je 7,51 DM ab, so erhalte man nämlich 659.970,-- DM und damit unter Berücksichtigung EDV-technischer Rundungsfehler praktisch die tatsächlich auch angebotene Nettoangebotssumme von 660.086,17 DM.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 2.265.271,09 DM nebst Zinsen gerichtete Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung bzw. Abänderung der erlassenen Urteile und zur Abweisung der Klage.

#### Aus den **Entscheidungsgründen**:

In der Sache geht das Berufungsgericht davon aus, dass die **Ausschreibung** des Beklagten die Abgabe eines Leistungsangebots mit **Preisen** vorsah, die **unabhängig von den Beträgen** anzugeben waren, die der Bieter **nach dem Zusatzangebot** selbst dafür zu vergüten bereit war, dass das Material, das der Auftragnehmer zu verfüllen hatte, aus gering belasteten Baurestmassen bestehen und gestellt werden durfte (Erstattungsbetrag). Diese Auslegung begegnet keinen

rechtlichen Bedenken, sondern wird durch den Wortlaut der Positionen 3.1.50 und 3.2.10 der Leistungsbeschreibung getragen.

Das Berufungsgericht hat gemeint, die von der Klägerin in ihrem Leistungsangebot gleichwohl vorgenommene Verrechnung des von ihr gebotenen Erstattungsbetrags mit dem nach den Positionen 3.1.50 und 3.2.10 Verlangten bedeute keine Missachtung der Vorgaben des Beklagten, die zum Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/A hätte führen müssen. Denn die Beantwortung der Frage, welches der eingehenden Angebote sich am Ende als das annehmbarste erweisen würde, sei durch die von der Klägerin vorgenommene Verrechnung nicht beeinträchtigt worden. Das bekämpft die Revision zu Recht.

Nach der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung war unter den Positionen 3.1.50 und 3.2.10 der Leistungsbeschreibung nach Einheitspreis und Gesamtpreis der Betrag anzugeben, den die Klägerin für den Antransport, den Einbau und das Verdichten des von ihr gestellten Materials verlangte. Dieser Anforderung hat die Klägerin nicht genügt.

Die Parteien streiten nicht darüber, dass das Angebot der Klägerin nicht so zu verstehen war, dass sie für die genannten Arbeiten kein Entgelt wünschte, ja hierfür dem Beklagten sogar noch etwas vergüten wollte. Auch diese Arbeiten wollte die Klägerin vielmehr nur gegen ein von ihr kalkuliertes Entgelt erledigen. Was sie für diese Arbeiten beanspruchte, war in dem Leistungsangebot der Klägerin jedoch nicht angegeben. Das war auch nicht unter Zuhilfenahme des Zusatzangebots der Klägerin zu ersehen. Selbst für den, der in Erwägung zog, dass die Klägerin eine Verrechnung mit dem Betrag vorgenommen haben könnte, den sie zu erstatten bereit war, war nur ein Saldo erkennbar, nicht, wie er sich im Einzelnen zusammensetzte.

Das Angebot der Klägerin enthielt damit nicht alle geforderten Preise und entsprach deshalb nicht § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A. **Diese Feststellung kommt nicht etwa erst dann in Betracht, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis nicht mit den anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann. Ein transparentes,**



**auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten soll, ist nur zu erreichen, wenn in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebender Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis ist deshalb so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird.**

Das dem nicht gerecht werdende Angebot der Klägerin musste deshalb wegen Missachtung von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A **zwingend ausgeschlossen werden**. Das verbietet zugleich die für den Erfolg der Klage nötige Feststellung, dass die Klägerin berechtigterweise darauf vertrauen durfte, den Auftrag auf ihr am 2. September 1997 eröffnetes Angebot zu erhalten.

Hieran ändert auch nichts, dass gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Gelegenheit zur Aufklärung in Bezug auf ein eröffnetes Angebot gegeben werden kann und das Berufungsgericht gemeint hat, die Klägerin habe den Inhalt ihres Angebots jedenfalls in diesem Rahmen ohne Änderung des Angebots aufgeklärt. Denn auch dem kann nicht beigetreten werden.

Nach ihrer eigenen Darstellung will die Klägerin ihr Angebot dahin verstanden wissen, dass sie unter Berücksichtigung der eigenen Erstattungsleistung die ausgeschriebenen Arbeiten für brutto 759.099,09 DM erledige. Aufgrund der nach Abgabe des Angebots gebotenen Erklärungen hätte sich deshalb ein derartiger Betrag ebenfalls ergeben müssen, wenn es sich hierbei um bloße Erläuterungen gehandelt hätte bzw. handelte. Das ist jedoch nicht der Fall. Dabei ist es gleichgültig, ob man auf die Diskussion im Eröffnungstermin abstellt, die zur Feststellung eines Angebotspreises von 1.458.459,89 DM führte, oder ob man auf die späteren Offenbarungen von Kalkulationsgrundlagen durch die Klägerin abstellt.

a) Ausgehend von dem Betrag von 1.458.459,89 DM ergibt sich unter Anrechnung der mit dem Zusatzangebot zugesagten Beträge, dass die Klägerin die Erledigung der ausgeschriebenen Arbeiten sogar für nur 554.439,89 DM (1.458.459,89

DM abzüglich 914.020,-- DM) angeboten hätte. Die Klägerin hätte damit während des Eröffnungstermins im Wege nachträglicher Verhandlung versucht, ihre Bieterposition zu verbessern. Eine derartige "Klarstellung" des Angebots durfte bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden (vgl. Sen.Urt. v. 06.02.2002 - X ZR 185/99, NJW 2002, 1952).

b) Ausgehend von der mit Telefax vom 12. September 1997 übersandten Kalkulation, die mit brutto 2.500.618,62 DM endet, ergibt sich dagegen folgendes: Bei Abzug der mit dem Zusatzangebot tatsächlich zugesagten Beträge von insgesamt 914.020,-- DM hätte das Angebot der Klägerin mit einer von dem Beklagten zu zahlenden Bruttosumme von 1.586.598,92 DM geendet. Der "erläuterte" Angebotspreis wäre also mehr als doppelt so hoch wie der Gesamtpreis von 759.099,09 DM gewesen, der sich auf Grund des eröffneten Angebots ergab. Das kann und braucht kein Auftraggeber als Aufklärung des Angebotsinhalts aufzufassen. Bei einer derartigen Abweichung ist vielmehr anzunehmen, dass eine nachträgliche Änderung des abgegebenen Angebots vorgenommen werden soll, die - weil ein Angebot dieses Inhalts im Eröffnungstermin nicht vorlag - nicht in die Wertung einfließen darf und nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 a VOB/A auszuschließen ist.

c) Die Erläuterung, welche die Klägerin im Prozess und zuvor auch schon der Vergabeprüfstelle gegeben hat, führt schließlich dazu, dass sich bei getrennter Kalkulation von eigentlichem Angebot einerseits und Zusatzangebot andererseits der angebotene Erstattungsbetrag um  $130.000 \times 4,--$  DM, also um 520.000,-- DM sowie um  $18.000 \times 4,47$  DM, also um weitere 80.460,-- DM auf insgesamt 1.514.480,-- DM erhöht hätte. Es hätte sich so ausgehend von dem kalkulierten Entgelt von 2.500.618,62 DM ein verbleibender Preis von 986.138,62 DM ergeben. Auch das hätte ein Angebot mit einem deutlich höheren Entgelt als das bedeutet, das am 2. September 1997 zunächst eröffnet worden ist. Deshalb kann auch insoweit keine nach § 24 VOB/A zulässige Aufklärung des Angebotsinhalts stattgefunden haben, sondern nur eine nachträgliche Änderung des Angebotspreises vorgelegen haben.

## **BGH, Beschl. v. 18. Februar 2003 - X ZB 43/02 -**

**Leitsatz** zu GWB § 97 Abs 7, GWB § 107:

Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Bauauftrag bereits aufgehoben hat, kann ein Bewerber noch in zulässiger Weise die Vergabekammer anrufen und geltend machen, durch Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden Vergabevorschrift in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein.

**Fundstellen:** BGHZ 154, 32-46; ZfBR 2003, 401-405; NZBau 2003, 293-296; VergabeR 2003, 313-318

### **Sachverhalt:**

Im August 2001 schrieb das als Auftraggeber verfahrensbeteiligte Land im offenen Verfahren den Bau einer Jugendstrafanstalt aus. An der den Rohbau betreffenden Ausschreibung beteiligten sich Bieter mit Angeboten, deren Bruttosummen zwischen 12.809.964,60 € und 14.052.703,54 € ermittelt wurden. Das Angebot der Antragstellerin belief sich auf 13.493.848,28 €; es nahm in der Submissionsliste den vierten Platz ein.

Nach zwei Nachprüfungsverfahren und erneuter Prüfung dreier verbliebener Angebote teilte der Auftraggeber den betreffenden Bietern mit, das offene Verfahren aufgrund § 26 Nr. 1 a VOB/A aufgehoben zu haben.

Die Antragstellerin hat um Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gebeten. Die Vergabekammer hat diesen Antrag für zulässig gehalten, die Aufhebung der Ausschreibung aufgehoben und den Auftraggeber verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin in der vierten Wertungsstufe erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten. Diese Auffassung geht dahin, dass zumindest die Antragstellerin ein Angebot abgegeben habe, das den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Die Antragstellerin habe es zwar unterlassen, in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Typenbezeichnungen anzugeben. Da die

Angabe des Herstellers nicht fehle, habe jedoch zum einen die Antragstellerin sich entsprechend der Vorgabe des Leistungsverzeichnisses verpflichtet, Produkte einer bestimmten Güte zu verwenden, und zum anderen der Auftraggeber die Möglichkeit, die Tauglichkeit und Identität der verwendeten Produkte jederzeit sicher zu überprüfen. Eine übertrieben formalistische Betrachtungsweise sei deshalb nicht angezeigt. Die gegenteilige "haarspalterische" Beurteilung der Angebote, zu welcher der Auftraggeber nunmehr gekommen sei, stehe auch im Widerspruch zur früheren Wertung. Das Fehlen von Typenangaben habe der Auftraggeber zunächst über Monate der Wertung hinweg nicht problematisiert.

Gegen diesen Beschluss hat der Auftraggeber beim Oberlandesgericht sofortige Beschwerde erhoben. Er meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil eine Aufhebung das Vergabeverfahren abschließe. Der Nachprüfungsantrag sei aber auch unbegründet, weil es vergaberelevant und Wertungsvoraussetzung sei, dass die Bieter die geforderten Erklärungen zu Fabrikat, Hersteller und Typ der verschiedenen zum Einbau vorgesehenen Produkte wahrheitsgemäß und umfassend in den Angeboten benennen. Für die ausgeschriebenen Leistungen gebe es schließlich bei den verschiedenen Herstellern verschiedene Produkte und Qualitäten.

Das Oberlandesgericht hat das Verfahren dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (Beschl. abgedr. ZfBR 2003, 189). Der Bundesgerichtshof hat diese Vorlage für nicht zulässig erachtet, sich aber im Wege eines obiter dictum zur Sache geäußert.

Aus den **Gründen**:

**Der Wortlaut von § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Abschnitt 2 ("ausgeschlossen werden") weist aus, dass der öffentliche Auftraggeber bei Vorliegen der dort aufgestellten Voraussetzungen kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe hat, sondern gezwungen ist, das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen (Sen.Urt. v. 08.09.1998 - X ZR 85/97, NJW 1998, 3634). Im Falle des Fehlens geforderter Erklärungen ändert hieran auch nichts, daß § 21 Nr. 1 Satz 2 VOB/A Abschnitt 2 nur als Sollvorschrift formuliert ist. Dies erklärt sich aus der**

Handlungsfreiheit, die außerhalb bereits bestehender rechtlicher Beziehungen in Anspruch genommen werden kann. Sie schließt ein, nicht zur Abgabe eines bestimmten Angebots verpflichtet zu sein. Gleichbehandlung aller Bieter, die § 97 Abs. 2 GWB von dem Ausschreibenden verlangt, ist jedoch nur gewährleistet, soweit die Angebote die geforderten Erklärungen enthalten. Da der öffentliche Auftraggeber sich durch die Ausschreibung dem Gleichbehandlungsgebot unterworfen hat, darf er deshalb nur solche Angebote werten. **Der Ausschlußtatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A Abschnitt 2 ist daher auch nicht etwa erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot im Ergebnis nicht mit den anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden (vgl. Sen.Urt. v. 07.01.2003 - X ZR 50/01, Umdr. S. 10 f.). Dies erfordert, daß hinsichtlich jeder Position der Leistungsbeschreibung alle zur Kennzeichnung der insoweit angebotenen Leistung geeigneten Parameter bekannt sind, deren Angabe den Bieter nicht unzumutbar belastet, aber ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gefordert war, so daß sie als Umstände ausgewiesen sind, die für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen.**

Im Streitfall wird daher zu berücksichtigen sein, daß die Ausschreibungsunterlagen bezüglich mehr als 120 Positionen die Aufforderung enthielten, neben dem Fabrikat/Hersteller auch den Typ des angebotenen Produkts anzugeben. Da sich beispielsweise den Positionen 5.1.190 oder 5.5.150 auch **zweifelsfrei entnehmen ließ, wie die gewünschten Angaben gemacht werden sollten**, wird deshalb anhand des aufgezeigten Maßstabs zu würdigen sein, dass die Antragstellerin gleichwohl nur bei ganz wenigen dieser Positionen auch eine Typenbezeichnung angegeben hat. Das Fehlen dieser Angabe im Übrigen könnte nicht bereits deshalb ohne weiteres als im Rahmen des § 25 Nr. 1 b) VOB/A Abschnitt 2 unerheblich angesehen werden, weil es innerhalb der Produktpalette des angegebenen Fabrikats/Herstellers ein Modell gibt, das die in den Ausschreibungsunterlagen ansonsten verlangten Kriterien erfüllt. Sobald der benannte Hersteller unter dem angegebenen Fabrikat mehrere geeignete Produkte anbietet, wie es der Auftraggeber

behauptet, ist nämlich weder die erforderliche Vergleichbarkeit mit den entsprechenden Positionen in einem insoweit vollständigen Angebot eines anderen Bieters gewährleistet noch **die Möglichkeit von nachträglichen Manipulationen ausgeschlossen**.

Sollte die Prüfung ergeben, daß das Angebot der Antragstellerin dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Abschnitt 2 nicht entspricht, wird der Nachprüfungsantrag unabhängig davon keinen Erfolg haben können, ob auch die Angebote der anderen verbliebenen Bieter § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Abschnitt 2 nicht genügen. Ist das Angebot der Antragstellerin nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A Abschnitt 2 auszuschließen, kann die Aufhebung der Ausschreibung Interessen der Antragstellerin nicht mehr berühren. Die Antragstellerin kann deshalb auch durch eine etwaige Nichtbeachtung der für die Aufhebung der Ausschreibung geltenden Vergaberegeln nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Der vom Senat für einen auf Ersatz des positiven Interesses wegen anderweitiger Vergaberechtsverletzung herausgearbeitete Grundsatz (Urt. v. 16.04.2002 - X ZR 67/00, NJW 2002, 2558) gilt auch im vorliegenden Zusammenhang. Es wird deshalb auch keine Rolle spielen können, dass der Auftraggeber möglicherweise den nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A Abschnitt 2 gegebenen Ausschlussstatbestand zunächst nicht erkannt und/oder bei früheren Wertungen der abgegebenen Angebote nicht berücksichtigt hatte.

## **BGH, Beschl. v. 16. März 2004 - X ZR 23/03 -**

### **Ohne Leitsatz**

### **Keine Fundstellen**

### **Sachverhalt:**

Der beklagte Landkreis schrieb im Sommer 1999 den Neubau einer Schulsporthalle öffentlich aus. Seiner Aufforderung zur Abgabe eines Angebots waren verschiedene in einem formularmäßig vorgesehenen Katalog angekreuzte Anlagen beigefügt, zu denen ein Verzeichnis über Art und Umfang etwaiger von Nachunternehmern auszuführender Leistungen nicht gehörte. In den beigefügten Bewerbungsbedingungen hieß es unter Nr. 7 wie folgt:

Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung von Nachunternehmern ausführen zu lassen, muß er in seinem Angebot Art und Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen angeben und die vorgesehenen Nachunternehmer benennen.

Nach Nr. 3.1 waren für das Angebot außerdem die vom Auftraggeber übersandten Vordrucke zu verwenden. In dem ebenfalls als Anlage beigefügten Angebotsschreiben war vorgesehen, durch Ankreuzen der entsprechenden Angabe mitzuteilen, ob die Leistung im eigenen Betrieb ausgeführt wird, ob die in einer beigefügten Liste aufgeführten Leistungen an Nachunternehmer übertragen werden, obwohl der eigene Betrieb auf diese Leistungen eingerichtet ist, oder ob die in einer beigefügten Liste aufgeführten Leistungen an Nachunternehmer übertragen werden, weil der eigene Betrieb auf diese Leistungen nicht eingerichtet ist. In den schließlich ebenfalls beigefügten zusätzlichen Vertragsbedingungen war ferner vorgesehen, dass der Auftragnehmer Leistungen nur an Nachunternehmer übertragen darf, die fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sind, dass der Auftragnehmer den Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen auferlegen darf, als zwischen ihm und dem Auftraggeber vereinbart sind, dass der Auftragnehmer vor der beabsichtigten Übertragung Art und Umfang der Leistungen sowie Name, Anschrift und Berufsgenossenschaft bekannt zu geben hat und dass der Auftragnehmer, der beabsichtigte, Leistungen zu übertragen, auf die sein Betrieb eingerichtet ist, vorher die schriftliche Zustimmung des Auftraggebers einzuholen hat.

Die Klägerin beteiligte sich mit einem Hauptangebot und Nebenangeboten an der Ausschreibung. In dem das Hauptangebot betreffenden Angebotsschreiben kreuzte die Klägerin sowohl die Rubrik, wonach sie die Leistung im eigenen Betrieb ausführe, als auch die Rubrik an, wonach die in einer beigefügten Listen angeführten Leistungen an Nachunternehmer übertragen werden, weil der eigene Betrieb auf diese Leistungen nicht eingerichtet ist. Die insoweit in Bezug genommene Liste war jedoch nicht beigefügt. Es war lediglich handschriftlich hinzugesetzt "wird nachgereicht". Eine Nachreichung erfolgte bis zum Eröffnungs-/Einreichungstermin nicht. Unter den abgegebenen Hauptangeboten der sich beteiligenden Bieter war dasjenige der Klägerin das preisgünstigste.

Der Beklagte erteilte den Auftrag auf ein Nebenangebot einer anderen Bieterin.

Die Klägerin verlangte wegen dieser Vergabeentscheidung Ersatz ihres entgangenen Gewinns. Das Landgericht hat die Zahlungsklage abgewiesen. Die hiergegen von der Klägerin eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Der Bundesgerichtshof hat die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

Aus den **Gründen**:

Angesichts der in tatrichterlicher Würdigung der Ausschreibungsunterlagen getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts, die Bieter hätten Art und Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen und die Namen der vorgesehenen Nachunternehmer angeben müssen, war das Angebot der Klägerin jedenfalls deshalb gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A i.V.m. 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A auszuschließen, weil die Klägerin nicht einmal angegeben hatte, welche Arbeiten sie durch Nachunternehmer ausführen lassen würde.