

BGH zur Aufhebung von Bauausschreibungen

# Missverständliche Leistungsbeschreibung

An einer europaweiten Ausschreibung von Straßenbau-, insbesondere Fahrbahnerneuerungsarbeiten im Bereich des Autobahnkreuzes Heidelberg der Bundesautobahn A 5, haben sich insgesamt sieben Bieter beteiligt. Bei der Prüfung und Wertung der Angebote ergaben sich unterschiedliche Vorstellungen der Beteiligten darüber, wie die Vergabeunterlagen im Hinblick auf die Ausführung der Fahrbahndecke zu verstehen waren. Während manche Bieter einen über die gesamte Fahrbahnbreite einstreifigen Einbau der geforderten Betondeckenabschnitten anboten, sah das preisgünstigste Angebot eine Ausführung in zwei Streifen vor. Der öffentliche Auftraggeber sah darin eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen und schloss das Angebot aus.

## Streit im Nachprüfungsverfahren

In dem daraufhin von dem preisgünstigsten Bieter angestregten Nachprüfungsverfahren wurde darum gestritten, ob in den Vergabeunterlagen mit der gebotenen Eindeutigkeit eine einstreifige Ausführung vorgegeben war, was die zuständige Vergabekammer verneinte und die Vergabestelle verpflichtete, das preisgünstigste Angebote in die Wertung einzubeziehen. In der Folge hob die Ver-



Bei der Ausschreibung von Fahrbahnerneuerungsarbeiten an der Bundesautobahn A 5 hob die zuständige Vergabekammer das Verfahren auf. FOTO DPA

und einer nachfolgenden Änderungsanordnung nach § 1 Absatz 3 VOB/B zu Mehrkosten führen, die, wenn sie im aufgehobenen Vergabeverfahren berücksichtigt

dann besseren Erreichbarkeit der Brückenbauwerke wesentliche Kostenvorteile hätten berücksichtigen können. Gegen die Aufhebungsentscheidung hat sich der preisgünstigste Bieter mit einem weiteren Nachprüfungsverfahren gewandt, der von der Vergabekammer zurückgewiesen wurde. Die sofort eingelegte Beschwerde hat das angerufene Oberlandesgericht Karlsruhe zum Anlass genommen, dem Bundesgerichtshof folgende Frage zur Entscheidung vorzulegen: „Setzt ein sonstiger schwerwiegender Grund im Sinne von § 17 Absatz 1 Nummer 3 VOB/A-EG uneingeschränkt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber diesen Grund nicht selbst verschuldet hat?“

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (20. März 2014, Az.: X ZB 18/13) sind bei der Prüfung eines zur Aufhebung berechtigenden schwerwiegenden Grundes strenge Maßstäbe anzulegen. Ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Fehlverhalten der Vergabestelle

kann danach schon deshalb nicht ohne weiteres genügen, weil diese es andernfalls in der Hand hätte, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht den bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindungen zu entgegen zurückgewiesen wurde. Dies wäre mit Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens nicht vereinbar, so die Bundesrichter. Berücksichtigungsfähig sind grundsätzlich nur Mängel, welche die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrages selbst ausschließen, wie etwa das Fehlen der Bereitstellung öffentlicher Mittel durch den Haushaltsgesetzgeber. Im Einzelnen bedarf es für die Feststellung eines schwerwiegenden Grundes einer Interessensabwägung, für die die Verhältnisse des jeweiligen Einzelfalles maßgeblich sind.

Gemessen hieran waren im Rahmen der Aufhebungsentscheidung vor allem die Mängel der Ausschreibung, die zum ersten Nachprüfungsverfahren geführt haben,

zu berücksichtigen. Denn die Leistung war in einer Weise beschrieben, dass darunter auch eine zweistreifige Ausführung verstanden werden konnte. Dementsprechend hat der preisgünstigste Bieter ein wertungsfähiges Angebot eingereicht. Die Vergabestelle hat das Vergabeverfahren im Anschluss an die Entscheidung der Vergabekammer aufgehoben, um zu vermeiden, auf dieses zwar den Vergabeunterlagen, aber nicht ihren Vorstellungen von der Ausführung entsprechende Angebote den Zuschlag erteilen zu müssen. Die Aufhebungsentscheidung stellt somit eine Maßnahme zur Korrektur eines eigenen vergaberechtlichen Fehlers dar, so der Bundesgerichtshof. Der preisgünstigste Bieter ist somit in seinen Rechten verletzt, weil die Vergabestelle das Vergabeverfahren wegen der Verwendung einer missverständlichen Leistungsbeschreibung aufgehoben hat. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

## Wann eine Gemeinschaft von Bietern zulässig ist

Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Ausschreibung eine Abrede getroffen haben, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, sind zwingend auszuschließen (vgl. § 16 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe d VOB/A-EG bzw. VOB/A). Nach Auffassung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts (15. April 2014, Az.: 1 Verg 4/13) kann zwar grundsätzlich auch die Bildung einer Bietergemeinschaft eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen, wenn sich die Mitglieder der Bietergemeinschaft in demselben Marktsegment gewerblich betätigen, dort (ansonsten) zueinander im Wettbewerb stehen und in der Lage wären, sich – jeweils eigenständig – an Vergabeverfahren der entsprechenden Art zu beteiligen.

Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Wettbewerbsbeschränkung aber dann nicht vorliegt, wenn den an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen (einzeln) eine Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund betrieblicher oder geschäftlicher Verhältnisse nicht möglich ist und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft die Möglichkeit eröffnet, sich gemeinsam an der Ausschreibung beteiligen zu können. In einem solchen Fall wird durch die Zusammenarbeit in der Bietergemeinschaft der Wettbewerb nicht nur nicht beschränkt, sondern aufgrund des gemeinsamen Angebots erst ermöglicht und gestärkt. > HOLGER SCHRÖDER

## AUSKUNFT FORDERN

Immer wieder versuchen private Informationsdienstleister über öffentliche Auftraggeber Auskünfte über abgeschlossene Vergabeverfahren zu erhalten. Als Begründung wird hierbei oft das Presserecht bemüht. In einem Informationsschreiben an öffentliche Auftraggeber unterstützt das brandenburgische Wirtschaftsministerium öffentliche Auftraggeber, wie sie rechtssicher dieser Forderung begegnen können (www.abst-mv.de/download => ABST). Dennoch sind die öffentlichen Auftraggeber von der Verpflichtung der Prüfung des Auskunftsbegehrens nicht entbunden.

ANZEIGE



# VOF

Wir führen für öffentliche Auftraggeber VOF-Verfahren durch.

RAe Prof. Dr. Rauch & Partner, Regensburg  
www.prof-rauch-baurecht.de

gabestelle das Vergabeverfahren auf. Sie begründete ihre Entscheidung damit, der Einbau einer einstreifigen Fahrbahndecke biete erhebliche qualitative Vorteile. Hingegen würde eine Beauftragung des preisgünstigsten Angebots

worden wären, möglicherweise zu einer Änderung der Bieterreihenfolge geführt hätten, zumal die teureren Mitbieter, wenn sie das Leistungsverzeichnis so verstanden hätten wie der preisgünstigste Bieter, im Zusammenhang mit der

# 3 auf einen Klick

DIE ANGEBOTE DER [www.Staatsanzeiger-eServices.de](http://www.Staatsanzeiger-eServices.de)

## eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

## eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

## Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular  
Server24

Kommunal  
druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH  
Arnulfstraße 122, 80636 München  
Tel: (+49) 89/290142-30  
E-Mail: [vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de](mailto:vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de)  
Web: [www.staatsanzeiger-eservices.de](http://www.staatsanzeiger-eservices.de)



Staatsanzeiger  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG