

Bundesgerichtshof zu Rücksichtnahmepflichten der Vergabestelle bei Auftragserteilung

Kein Zuschlag bei erheblichem Kalkulationsirrtum

Eine Vergabestelle hatte Bauarbeiten zur Fahrbahnerneuerung ausgeschrieben. Der Bestbieter bot die Straßenbauarbeiten zu einem Preis von rund 455 000 Euro an. Das nächst-günstigste Angebot belief sich auf zirka 621 000 Euro. Vor der Zuschlagserteilung erklärte der Bestbieter gegenüber der Vergabestelle, in einer Angebotsposition einen fehlerhaften Mengensatz gewählt zu haben, und hat um Ausschluss seines Angebotes von der Wertung gebeten. Die Vergabestelle kam dem nicht nach, sondern erteilte dem vermeintlichen Bestbieter den Zuschlag. Dieser verweigerte die Leistungsausführung, weshalb die Vergabestelle von dem Bauvertrag zurückgetreten ist. Die Vergabestelle beauftragte daraufhin einen anderen Bauunternehmer, der die Straßenbauarbeiten zu einem höheren Preis erbracht hat. Die Mehrkosten forderte die Vergabestelle von dem ursprünglich beauftragten Bestbieter als Schadensersatz zurück. Ohne Erfolg, wie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 11. November 2014 (Az.: X ZR 32/14) geurteilt hat.

Bieter genießen Schutz

Öffentliche Auftraggeber trifft eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Bieter (vgl. § 241 Absatz 2 BGB). Bieter genießen daher den Schutz aus § 241 Absatz 2 BGB, der auch das gesamte vorvertragliche Verhalten im Vergabeverfahren einschließt. Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Absatz 2 BGB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zwar nicht, bei jeglichem noch so geringen Kalkulationsirrtum von der Annahme (Zuschlag) des Angebotes abzusehen. Diese Rücksichtnahmepflicht verletzt die Vergabestelle aber dann, wenn sie den Zuschlag auf ein Angebot erteilt, obwohl ihr (1.) bekannt ist, dass es an einem (2.) erheblichen



Bei der Vergabe von Straßenbauarbeiten kam es zu einem Kalkulationsirrtum.

FOTO DPA

Kalkulationsirrtum leidet. Ein erheblicher Kalkulationsirrtum liegt nach dem Bundesgerichtshof vor, wenn dem Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr angesonnen werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Gegenleistung für die zu erbringenden Bau-, Liefer- oder Dienstleistung zu begnügen.

Steht ein Kalkulationsirrtum aber außer Streit, wie in dem von den Bundesrichtern entschiede-

nen Fall, so hängt die Entscheidung nur noch davon ab, ob der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des betroffenen Bieters von der Zuschlagserteilung absehen muss. Verhält es sich so und führt die Vergabestelle den Vertragsschluss herbei, so kann ein Bieter vertraglichen Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüchen ein Leistungsverweigerungsrecht entgegenzusetzen. So lag der Fall auch in dem entschiedenen Sachverhalt, weil der kalkulatorische Irrtum vor Vertragsschluss hinreichend

im Einzelnen erläutert wurde und im Übrigen auch der Endpreis des vermeintlichen bestbietenden Angebotes mit 27 Prozent in besonders auffälligem Maß unter dem Preis gelegen hat, den der nächstgünstigste Mitbieter als auskömmlich angeboten hat. Der Bundesgerichtshof macht in diesem Zusammenhang aber zu Recht darauf aufmerksam, dass der Wert von 27 Prozent nicht als allgemeinverbindliches, in jedem Beschaffungsvorgang bei jedem beliebigen Auftragsvolumen erforderliches, aber auch hinreichendes Maß für die Unzumut-

barkeit der Auftragsausführung begründenden Abstand zum nächstgünstigsten Angebotes zu verstehen ist.

Hat der öffentliche Auftraggeber hingegen keine Kenntnis von einem Kalkulationsirrtum und eine Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung begründenden Tatsachen, so ist entscheidend, ob sich die Vergabestelle nach den gesamten Umständen treuwidrig der Kenntnis vom Kalkulationsirrtum verschließt. Auf einen Kalkulationsirrtum kann hindeuten, wenn bereits allein der Abstand zum nächsthöheren An-

gebotspreis – wie hier – besonders groß ist. Der indizielle Wert der Angebotsstruktur kann aber anders zu bewerten sein, wenn die Angebotssummen ohne signifikanten Abstand zwischen dem günstigsten und den folgenden Angeboten breit gestreut sind. Von indiziellem Wert, so die Bundesrichter, kann überdies je nach Fall auch sein, ob der geltend gemachte Kalkulationsirrtum nur eine einzige oder allenfalls vereinzelte Positionen betrifft oder ob noch weitere Teile des Angebots davon beeinflusst sein sollen. > HOLGER SCHRÖDER

OLG Düsseldorf und OLG Celle zur dieser Fragestellung

Wann ein Vergabeverfahren beginnt

Der Beginn eines Vergabeverfahrens erfordert das gemeinsame Vorliegen zweier Voraussetzungen: (1.) interner Beschaffungsentschluss, und (2.) externe Umsetzung. Der Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung ist beispielsweise bedeutsam für die Schätzung des Auftragswertes (§ 3 Absatz 9 VgV, § 2 Absatz 10 SektVO) und für die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens (§§ 102 ff. GWB). Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 17. Dezember 2014 – Az.: Verg 26/14) sowie das Oberlandesgericht Celle (Beschluss vom 30. Oktober 2014 – Az.: 13 Verg 8/14) haben vor diesem Hintergrund die wesentlichen Erfordernisse des Verfahrensbeginns zusammengefasst.

Entschluss gefasst

Wichtige Aspekte für die Beschaffungspraxis sind:

- Ein Vergabeverfahren (im materiellen Sinne) hat begonnen, wenn zum einen der öffentliche Auftraggeber intern den Entschluss, zu beschaffen, gefasst hat. Zum anderen muss die Vergabestelle den Beschaffungsentschluss auch extern umsetzen.
- Interner Beschaffungsentschluss, das heißt der öffentliche Auftraggeber entscheidet sich, einen (gegenwärtigen oder zukünftigen) Bedarf nicht durch eigene Leistung, sondern durch die (Fremd-)Beschaffung von Lieferungen oder Leistungen als Nachfrager auf dem Markt zu decken.
- Externe Umsetzung, das heißt,



Bei der Vergabe von Aufträgen ist es wichtig zu wissen, wann das Vergabeverfahren beginnt.

FOTO DPA

die Vergabestelle trifft zudem zweckbestimmte, äußerliche, wahrnehmbare (organisatorische oder planerische) Handlungen, um den potentiellen Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses auszuwählen. Eine (formelle) vorherige Bekanntma-

chung ist für den Verfahrensbeginn zwar nicht notwendig. Rein vorbereitende Handlungen (zum Beispiel Machbarkeitsstudien) genügen allerdings nicht.

• Beschlüsse von kommunalen Willensbildungsorganen (zum Beispiel Kreistag, Gemeinderat)

im Rahmen einer Beschaffung verkörpern regelmäßig nur deren internen Entschluss. Ausnahmen können insoweit aber denkbar sein. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Berücksichtigung des Münchner Mittelstandes über Lose

Rechtsgutachten für Münchner Ausschreibungen

Die Landeshauptstadt München hat im Rahmen des von Oberbürgermeister Dieter Reiter (SPD) initiierten 100-Tage-Programms ein Rechtsgutachten eingeholt zu der Frage „Welche rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen für die Landeshauptstadt München, um auf Grundlage der geltenden rechtlichen Bestimmungen insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen mit Firmensitz in München bei Vergabeverfahren der Landeshauptstadt München betreffend die Vergabe von Bauleistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und von Leistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) bevorzugt beziehungsweise möglichst optimal zu berücksichtigen?“

Rechtsanwalt Alexander Herrmann von Gronefeld Rechtsanwälte kommt in dem von ihm er-

stellten Gutachten zu dem Ergebnis, dass einer vorrangigen Berücksichtigung lokal ansässiger Unternehmen das europarechtliche Diskriminierungsverbot entgegensteht.

Es sei – von wenigen Ausnahmen abgesehen – grundsätzlich unzulässig, die örtliche Präsenz der Bieter im Zusammenhang mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung als vergaberelevant vorzugeben. Die „Förderung“ mittelständischer Interessen sei allein im Rahmen der Bestimmungen des § 97 III GWB und der Mittelstandsrichtlinie der Bayerischen Staatsregierung durch die Bildung von Losern möglich. > BSZ

Das Rechtsgutachten kann auf den Internetseiten der Stadt München eingesehen werden:

www.muenchen.de/rathaus/Stadtpolitik/Stadtspitze/DieterReiter_100TProgramm/Wirtschaft.html

VOF - UND VOL-VERFAHREN

Wir betreuen Ihr Verfahren. Von A bis Z.
Kompetent. Zuverlässig. Rechtssicher.

DR. SCHREMS PARTNER

Vergaberecht - Bau-/Architektenrecht

www.schrems-partner.de

Tel. 0941 / 94 58 30 00

Dechbettener Str. 2, 93049 Regensburg