

Kein Anspruch auf Ersatz: Wenn ein erstes Vergabeverfahren aufgehoben und eine fehlerfreie Neuvergabe erfolgt

Wenn Gewinn entgangenen ist

In dem Verfahren vor dem Bundesgerichtshof (BGH, XIII ZR 20/19 vom 23. November 2021) ging es um die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs wegen entgangenen Gewinns, nachdem ein öffentlicher Auftraggeber einen bereits mit einem Mitbieter geschlossenen Vertrag aufgehoben und dann ein neues Vergabeverfahren durchgeführt hatte. An einer öffentlichen Ausschreibung der beklagten Gemeinde für Bodenbelagsarbeiten beteiligten sich neben anderen Bietern auch der Kläger und der Mitbieter M. Die Vergabeunterlagen wiesen in einer Position des Leistungsverzeichnisses eine zu geringe Massenvorgabe von 230 Quadratmetern anstatt (richtig) 4480 Quadratmetern aus. Der Kläger setzte in seinem Angebot für diese Position einen Einheitspreis von 6,75 Euro, der Mitbieter einen Einheitspreis von 3,50 Euro an. Die zu geringe Massenvorgabe war allen Beteiligten bei der Durchführung der Bietergespräche bekannt. Als vermeintlich günstigster Bieter erhielt der Mitbieter trotzdem den Zuschlag auf sein Angebot. Anschließend wurde festgestellt, dass es bei der Bearbeitung der Angebote im Verantwortungsbereich des beklagten Auftraggebers zu einem Übertragungsfehler gekommen war. Dadurch war das Angebot des Mitbieters geringfügig günstiger erschienen als das des Klägers.

Daraufhin schloss der Auftraggeber mit dem Mitbieter einen Aufhebungsvertrag. In einem neuen Vergabeverfahren unter Beteiligung des Mitbieters und des Klägers erhielt der Mitbieter erneut den Zuschlag. Daraufhin klagt der Kläger auf Schadenersatz für den ihm entgangenen Auftrag (positives Interesse). Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Auftraggeber erfolgreich den



Um die Vergabe von Bodenbelagsarbeiten gab es Streit.

FOTO: DPA/INGO WAGNER

Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Nach Ansicht des BGH steht dem Kläger kein Schadenersatzanspruch auf Ersatz des Gewinns zu, den er mit der Ausführung des Auftrags erzielt hätte, § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB.

Zwar umfasse ein Schadenersatzanspruch wegen einer verfahrensfehlerhaft erfolgten Vergabe ausnahmsweise dann den Ersatz entgangenen Gewinns, wenn der übertragene Bieter den Auftrag bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden sei. Allerdings habe das Berufungsgericht vorliegend rechtsfehlerhaft angenommen, der Zuschlag sei in diesem Sinne tatsäch-

lich erteilt worden. Zwar sei das streitige Vergabeverfahren zunächst mit einem Zuschlag abgeschlossen worden. Der Mitbieter habe den Zuschlag erhalten, indem ihm die Annahmeerklärung des Auftraggebers gemäß §§ 145 ff. BGB innerhalb der Zuschlags- und Bindefrist zugegangen sei. Zu Unrecht habe das Berufungsgericht aber außer Betracht gelassen, dass der Auftraggeber, nachdem der Übertragungsfehler festgestellt worden war, mit dem Mitbieter die Aufhebung des geschlossenen Vertrags vereinbart und sodann ein neues Vergabeverfahren durchgeführt habe.

Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns komme nicht in Betracht, wenn der öffentliche

Auftraggeber ein mit einer Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens und einer fehlerfreien Neuvergabe wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis herbeiführe, indem er mit demjenigen, der den Zuschlag zu Unrecht erhalten hat, einen Aufhebungsvertrag schließt und sodann wie vorliegend in Bezug auf den gleichen Auftrag ein neues Vergabeverfahren durchführt. Denn ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns sei grundsätzlich nur dann gegeben, wenn der „falsche“ Bieter den Auftrag auch tatsächlich erhalte. Komme es hingegen zu einem den gesamten Auftrag betreffenden Aufhebungsvertrag und einer sich daran anschließenden Neuvergabe,

werde das Recht des übergangenen Bieters – hier des Klägers – auf Teilhabe am Vergabeverfahren und Wahrung seiner Chance bei der Auftragsvergabe im Regelfall ausreichend gewahrt. Eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften in dem von der Beklagten durchgeführten zweiten Vergabeverfahren behaupte der Kläger hingegen nicht.

Allerdings könne ein Anspruch auf das negative Interesse (Vertrauensschaden) gegeben sein, wenn es – wie hier – zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem falschen Bieter und Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens komme. Einen solchen Anspruch habe der Kläger indes nicht geltend gemacht. > BV

Leichtere Vergabe, um Geflüchtete zu versorgen

In Bayern sind bereits über 74 000 Geflüchtete aus der Ukraine angekommen. Das entspricht laut Innenminister Joachim Herrmann (CSU) einem Anteil von 32 Prozent an den bundesweiten Zahlen (232 000). Um diese Menschen schnellstmöglich aufzunehmen, angemessen unterzubringen und mit dem Notwendigen zu versorgen hat das bayerische Innenministerium per Rundschreiben vom 18. März 2022 mitgeteilt, dass für Beschaffungen unter wie oberhalb der Schwellenwerte, die erforderlich sind, äußerst dringliche, zwingende Gründe vorliegen, die die rechtlichen Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfüllen. Weitere Erleichterungen seien derzeit in Prüfung. > BSZ

Wenn Unterlagen nicht nachgefordert werden

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht festlegt, dass Unterlagen nicht nachgefordert werden (§ 56 Abs. 2 Satz 2 VgV), kann er sie nachfordern. Grundsätzlich steht es im Ermessen des Auftraggebers, ob er Unterlagen nachfordert oder nicht. Wird die Nachforderung unterlassen, müssen die Gründe für diesen Schritt ausreichend dokumentiert werden. Sonst kann ein schwerer Vergabefehler begangen werden. In einem kürzlich ergangenen Beschluss (25. November 2021, 11 Verg 2 / 21) hat der Vergabesenat beim Oberlandesgericht Frankfurt/Main unter Rückgriff auf die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorgaben wichtige Hinweise gegeben, wie dieses Ermessen ausgeübt werden muss und was die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Ermessensausübung sein können. > BSZ

EU gelingt Deal zu Sanktionsinstrument gegen Marktabschottung

Unternehmen kommen leichter an öffentliche Aufträge im Ausland

Die EU-Staaten und das Europaparlament haben sich auf ein neues handelspolitisches Sanktionswerkzeug geeinigt. Mit dem sogenannten Instrument für das internationale Beschaffungswesen sollen Staaten bestraft werden können, die europäische Unternehmen bei öffentlichen Ausschreibungen diskriminieren. Es soll nach Hoffnung der EU dafür sorgen, dass andere Länder ihre Märkte für europäische Unternehmen öffnen.

„Zukünftig können Angebote aus Drittstaaten bei öffentlichen Vergabeverfahren in der EU entweder mit einem Preisaufschlag versehen oder gänzlich von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden“, teilte der an den Verhandlungen beteiligte Europaabgeordnete Daniel Caspary am Montagabend mit.

Der CDU-Politiker betonte, dass dies nur gelte, wenn sich der entsprechende Drittstaat weigere, seinen öffentlichen Beschaffungsmarkt für EU-Anbieter so weit zu öffnen, wie es in der EU der Fall sei. Das neue Instrument sei ein wichtiger Türöffner für europäische Unternehmen. Auch der SPD-Abgeordnete Bernd Lange sagte: „Wir wollen den europäischen Markt nicht abschotten, sondern vielmehr eine Gleichbehandlung unserer Unternehmen im Ausland sicherstellen.“

Das bereits seit 2012 diskutierte Instrument wurde vor allem mit Blick auf Chinas Politik hin kon-

zipiert, könnte aber auch gegen die USA zum Einsatz kommen. „Neben China wird auch in den USA das öffentliche Beschaffungswesen als legitimes Werkzeug angesehen, die heimische Industrie vor ausländischer Konkurrenz zu schützen“, erklärte das EU-Parlament.

Unternehmen aus diesen Ländern können hingegen bislang recht frei in der EU auf diesem Markt agieren. Nach Angaben von Caspary würden Unter-

nehmen etwa aus China mit künstlich verbilligten Angeboten prestigeträchtige Aufträge in der EU an Land ziehen. Als Beispiele nannte er U-Bahn-Tunnel in Stockholm oder die Peljesac-Brücke in Kroatien. Die EU-Kommission betonte, dass es aber auch zum Beispiel um den Kauf von Computern gehen kann. Ihren Angaben zufolge kaufen öffentliche Stellen in der Union für rund zwei Billionen Euro jährlich Waren und Dienstleistungen.

Schwierig waren die Verhandlungen unter anderem deswegen, weil Mitgliedstaaten durch die ursprünglichen Vorschläge einen unzumutbaren Mehraufwand und Rechtsunsicherheit für Auftraggeber in der EU befürchteten. An vielen Details wurde deswegen lange gefeilt.

Die Einigung muss nun noch vom EU-Ministerrat und vom Plenum des EU-Parlaments bestätigt werden. Dies gilt als Formalie. > ANSGAR HAASE, DPA

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag **online** finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter www.bsz.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf