

von **Angelika Barth**

## Entscheidung des BGH - das Sprichwort „Ein Mann – ein Wort“ gilt auch für die Vergabestelle

Der [BGH setzt seine bieterfreundliche Rechtsprechung fort](#). Sind die Vergabeunterlagen unklar und konnte der Bieter dies nicht auf Anhieb erkennen, darf die Vergabestelle den Bieter nicht wegen Formfehlern ausschließen. Dabei müssen nicht nur die einzelne Teile der Vergabeunterlagen sondern die Vergabeunterlagen insgesamt eindeutig und widerspruchsfrei sein.

#Sachverhalt#

Noch im Jahr 2008 hatte sich der Bieter am öffentlichen Ausschreibungsverfahren betreffend einer Baumaßnahme zur Sanierung eines Parkhauses beteiligt.

Zu den Vergabeunterlagen gehörten ein Langtext- und ein Kurztextleistungsverzeichnis. Beide Dokumente waren von der Vergabestelle den Bietern zur Verfügung gestellt worden. Für das Angebot waren die von der Vergabestelle übersandten Vordrucke zu verwenden.

Gleichzeitig hat die Vergabestelle in den zu den Vergabeunterlagen gehörenden Bewerbungsbedingungen in Klausel 3.2 Absatz 3 folgendes geregelt:

“

*"Kurzfassungen müssen (...) darüber hinaus den jeweiligen Kurztext sowie die dem Leistungsverzeichnis entsprechenden Zwischensummen der Leistungsabschnitte, die Angebotssumme und alle vom Auftraggeber (Anmerkung: in dem Langtextleistungsverzeichnis) geforderten Textergänzungen enthalten. Angebote, die diesen Bedingungen nicht entsprechen, können ausgeschlossen werden."*

”

Der Bieter hatte auf der Basis des Formulars des Kurztextleistungsverzeichnisses ein Angebot abgegeben. Die im Langtextleistungsverzeichnis geforderten Textergänzungen hatte er nicht angegeben.

Die Vergabestelle hatte daraufhin das Angebot des Bieters mit folgender Begründung vom Verfahren ausgeschlossen:

“

*"Das durch den Bieter eingereichte Kurztextleistungsverzeichnis entsprach nicht den im Voraus gegenüber allen Bietern gemachten Vorgaben nach Klausel 3.2 der Bewerbungsbedingungen."*

”

Der Bieter reichte aufgrund des Ausschlusses Klage gegen die Vergabestelle ein, um den ihm entgangenen Gewinn aufgrund der Nichterteilung des Auftrages geltend zu machen.

## Entscheidung des BGH

Der BGH gab dem Bieter Recht. Er bestätigte seine im April [letzten Jahres getroffene Entscheidung](#) (BGH, Urteil vom 3. April 2012 – X ZR 130/10, VergabeR 2012, 724 Rn. 9 –Straßenausbau), dass aufgrund der Ausschlussanktion für Angebote, welche geforderte Erklärungen nicht enthalten, die Auftraggeber, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu gestalten haben, dass die Bieter ihnen deutlich und sicher entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen in welchem Stadium des Vergabeverfahrens abzugeben sind. Genügen die Vergabeunterlagen dem nicht, dürfe der Auftraggeber ein Angebot nicht ohne weiteres wegen Fehlens einer entsprechenden Erklärung aus der Wertung nehmen, sondern müsse dieses Defizit der Vergabeunterlagen ausgleichen und den Bietern Gelegenheit geben, die fraglichen Erklärungen nachzureichen.

Der BGH prüfte, in der vorliegenden Entscheidung nicht nur die Eindeutigkeit einer einzelnen Regelung der Vergabeunterlagen wie in der Entscheidung vom 03. April 2012, sondern ob die Vergabeunterlagen in ihrer Gesamtheit so eindeutig waren, dass ein Ausschluss des Bieters wegen formeller Fehler gerechtfertigt war.

## Auslegung der Gesamtheit der Vergabeunterlagen der Vergabestelle durch den BGH

Der BGH analysierte die Vergabeunterlagen gemäß dem objektiven Empfängerhorizont aller Bieter und fragte sich wie die Bieter die Vergabeunterlagen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durften.

Die Vergabestelle hatte ein für die Bieter bereits vorformuliertes Kurztextleistungsverzeichnis als Teil der Vergabeunterlagen an die Bieter versandt, dessen sich der betreffende Bieter auch bedient hatte. Dabei enthielt das vom Bieter als Angebot bei der Vergabestelle eingereichte Kurztextleistungsverzeichnis exakt die Inhalte, die die Vergabestelle in ihrem Muster-Kurztextleistungsverzeichnis vorformuliert hatte. Der Bieter hatte somit alle im Muster-Kurztextleistungsverzeichnis geforderten Angaben getätigt.

Zitat des BGH, Urteil vom 15.01.2013 – X ZR 155/10:

“

*"Handelt es sich dabei um ein Kurzleistungsverzeichnis, in dem Textergänzungen nicht vorgesehen sind, kann der öffentliche Auftraggeber den Ausschluss des Angebots nicht darauf stützen, er habe sich an anderer Stelle in den Vergabeunterlagen ausbedungen, dass bei Verwendung selbst gefertigter Abschriften oder Kurzfassungen alle im Langtextleistungsverzeichnis geforderten Textergänzungen in das Kurztextverzeichnis übertragen werden müssen."*

Der betreffende Bieter hatte sich an die Vorgaben der Vergabestelle gehalten. Lediglich die Vergabestelle selbst schien von ihren eigenen Vorgaben abweichen zu wollen. ”

## Änderung der Formulare in den Vergabeunterlagen durch Bewerbungsbedingungen nicht relevant

Sowohl das Berufungsgericht als auch die Vergabestelle beriefen sich darauf, dass der Bieter die Klausel 3.2 der Bewerbungsbedingungen nicht umgesetzt hatte und daher durch die Vergabestelle vom Ausschreibungsverfahren ordnungsgemäß ausgeschlossen worden war. Die Klausel 3.2 schrieb nämlich vor, dass die offiziellen Vordrucke der Vergabestelle hinsichtlich des Kurztextleistungsverzeichnisses den Vorgaben der Ausschreibung nicht ohne entsprechende Ergänzungen genügen.

Das sah der BGH anders und entschied, dass der Bieter die Vorgaben der Klausel 3.2 der Bewerbungsbedingungen nicht beachten musste.

Soweit in dieser Klausel geregelt sei, welche Mindestinhalte vom Bieter selbst gefertigte Leistungsverzeichnisse aufweisen müssen, brauchte nach Ansicht der BGH ein bei der Angebotserstellung rationell und systematisch vorgehender Bieter keinen Anlass zu sehen, sich mit dieser Klausel zu befassen, wenn er, wie hier, ein auftraggeberseitig vorgefertigtes Kurztextleistungsverzeichnis benutzte. Er musste nicht damit rechnen, dass dieses den gewünschten Vorgaben nicht nur nicht entsprach, sondern dessen unabgeänderte Verwendung sogar dazu berechtigen sollte, ein auf dieser Basis eingereichtes Angebot ohne weitere Aufklärung auszuschließen.

Der Widerspruch zum auftraggeberseitig vorgefertigten und vorgegebenen Kurztextleistungsverzeichnis der Vergabeunterlagen und den Bestimmungen der Bewerbungsbedingungen war für den Bieter nicht ohne weiteres erkennbar und daher geht dieser Widerspruch zulasten der Vergabestelle.

Somit hätte die Vergabestelle den Ausfluss des betreffenden Bieters nicht auf die Klausel 3.2 der Bewerbungsbedingungen stützen und den Bewerber nicht ausschließen dürfen.

## Fazit

Der BGH weitet seine Rechtsprechung zugunsten der Bieter im Falle unklarer Vergabeunterlagen aus. Sollten die Vergabeunterlagen Unklarheiten enthalten, gehen diese zunächst zulasten der Vergabestelle. Gibt ein Bieter aufgrund dieser Unklarheiten ein formell falsches Angebot ab, muss die Vergabestelle dem Bieter die Gelegenheit bieten, die fraglichen Erklärungen nachzureichen.

Die Vergabestelle muss sich stets an die Angaben ihrer Vergabeunterlagen in der Weise halten, wie die Angaben nach dem objektiven Empfängerhorizont verstanden werden dürfen.

### Autor:

**Angelika Barth**

(freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei)