von Rechtsanwalt **Max-Lion Keller**, LL.M. (IT-Recht)

BGH beschneidet Chancen für Bieter im Nachprüfungsverfahren

Der Wettbewerb um öffentliche Aufträge wird insbesondere in Deutschland vermehrt über die Gerichte geführt. Bei europaweiten Ausschreibungen (also Ausschreibungen oberhalb der für Lieferaufträge geltenden Schwellenwerten, bei Bundesbehörden 137.000 Euro und ansonsten 211.000 Euro), gehen mehr und mehr Bieter dazu über gerichtlich überprüfen zu lassen, ob die Behörde bei der Zuschlagsentscheidung die vergaberechtlichen Vorschriften eingehalten hat.

Nun hat der BGH die Chancen der Bieter, gerichtlich einen Schadensersatz durchzusetzen, beschnitten. Der BGH entschied, dass ein Bieter nur dann einen Anspruch auf Schadensersatz hat, wenn sein Angebot eine „echte Chance“ auf den Zuschlag gehabt hätte. Die „echte Chance“ habe der unterlegene Bieter nur dann, wenn sein nicht berücksichtigtes Angebot vergleichbar sei mit dem Angebot, das den Zuschlag erhalten habe. Ein Angebot könne aber nicht vergleichbar sein, wenn eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung zu nicht vergleichbaren Angeboten führe.

Darüber hinaus gelte: Gibt ein Bieter, dem bekannt ist, dass die Leistungsbeschreibung fehlerhaft ist, dennoch ein Angebot ab, steht ihm auch kein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu. (BGH, Urteil vom 1. August 2006 - X ZR 146/03)

Die Leitsätze des BGH lauten:

- An einer echten Chance im Sinne von § 126 GWB fehlt es, wenn die Leistungsbeschreibung fehlerhaft war und deshalb mangels Vergleichbarkeit die abgegebenen Angebote nicht gewertet werden können.
- Ist dem Bieter bekannt, dass die Leistungsbeschreibung fehlerhaft ist, und gibt er gleichwohl ein Angebot ab, steht ihm wegen dieses Fehlers der Ausschreibung ein Anspruch aus culpa in contrahendo auf Ersatz des Vertrauensschadens nicht zu.

Zur Entscheidung im Einzelnen: Der nicht berücksichtigte Bieter verlangte von der beklagten Bundesrepublik Deutschland Ersatz des Schadens, der ihm durch die Teilnahme an einem Vergabeverfahren entstanden war. Er hatte Beratungs- und Dienstleistungen im Rahmen sozialpolitischer Maßnahmen angeboten. Der Bieter hatte sich im Jahre 2000 auf eine Ausschreibung beworben. Ihm wurden daraufhin die Verdingungsunterlagen zugeschickt, denen ein Leistungskatalog beigefügt war und er wurde zur Abgabe eines entsprechenden Angebotes aufgefordert. Der Bieter erkannte, dass der Leistungskatalog nicht ausreichend spezifiziert war und rügte dies. Die ausschreibende Behörde nahm in ihrer Antwort den Standpunkt ein, eine weitere Spezifizierung sei für ein qualifiziertes Angebot nicht nötig. Der Bieter gab dennoch ein Angebot ab. Nicht er, sondern einer der beiden weiteren Bewerber erhielt den Zuschlag. Der Bieter hielt die Entscheidung der Behörde für unberechtigt und stellte den Antrag, ein Vergabeprüfverfahren durchzuführen. Er trug vor, er habe eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt, und bezifferte seinen Schaden auf rund 37.000,--

€. Dieser Schaden sei ihm durch die Tätigkeit und durch Reisen seiner Mitarbeiter im Zusammenhang mit der Erstellung des Angebots entstanden. Das Verfahren endete zunächst mit einem Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Februar 2001, durch den festgestellt wurde, dass die Ausschreibung wegen Unvollständigkeit des Leistungskatalogs nicht den vergaberechtlichen Anforderungen genügt und der Bieter in seinen Rechten verletzt sei. Dies begründe aber keinen Anspruch auf Schadensersatz. Der Bieter legte Revision beim BGH ein und scheiterte dort. **Der BGH stellte fest:** Zunächst sei ein Schadensersatzanspruch aus § 126 GWB nicht begründet, weil dessen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Der Bieter habe keine echte Chance im Sinne dieser Vorschrift gehabt. Eine Vergleichbarkeit der Angebote habe auf Grund der nur unvollständigen und den Bestimmtheitserfordernissen der §§ 8 und 16 Nr. 1 VOL/A nicht genügenden Ausschreibungsbedingungen nicht erreicht werden können. Das Oberlandesgericht Düsseldorf habe in seinem Beschluss vom 14. Februar 2001 ausgeführt, dass die Ausschreibungsunterlagen, die dieBeklagte dem Vergabeverfahren zugrunde gelegt habe, insbesondere der Leistungskatalog, unvollständig und nicht hinreichend bestimmt gewesen seien. Es handele sich um eine so genannte funktionale Ausschreibung, die Beklagte habe jedoch nicht die Rahmenbedingungen und die wesentlichen Einzelheiten des zu vergebenden Auftrags festgelegt. Art und Umfang der erwarteten Leistungen seien nicht klar genug umschrieben gewesen. Es habe an der Vergabereife gefehlt, weil die Ausschreibung der Beklagten nicht als Grundlage für einen Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot geeignet gewesen sei. Die Vergleichbarkeit der eingegangenen Angebote sei auf dieser Grundlage nicht gewährleistet gewesen. Es könne mangels Vergleichbarkeit der Angebote mithin nicht festgestellt werden, dass die Klägerin ohne den Vergaberechtsverstoß eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Der BGH entschied weiter, dass der Bieter nicht deswegen einen Schadensersatzanspruch habe, weil die Behörde eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung erstellt habe (culpa in contrahendo, Verschulden bei Vertragsschluss). Der Bieter sei nicht schutzwürdig, da ihm der Verstoß der ausschreibenden Behörde gegen die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts von Anfang an bekannt gewesen seien. Er habe ihn ja selbst gerügt. Eine Ersatzpflicht des öffentlichen Auftraggebers aus culpa in contrahendo hat nach der Rechtsprechung des Senats ihren Grund in der Verletzung des Vertrauens der Bieter darauf, dass das Vergabeverfahren nach den einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts,insbesondere unter Beachtung der Verdingungsordnungen abgewickelt wird (BGHZ 139, 281, 283 für eine Ausschreibung nach VOB/A). Der Bieter habe mehrmals auf die Unzulänglichkeit der Verdingungsunterlagen hingewiesen und sodann das Vergabenachprüfverfahren eingeleitet. Dies zeige, dass er seit der Übersendung des Leistungskatalogs erkannt habe, dass die Ausschreibung nicht den Anforderungen der §§ 8, 16 VOL/A entsprochen habe und dass die Abgabe eines mit den Angeboten anderer Bieter vergleichbaren Angebots nicht möglich gewesen sei. Die Klägerin habe daher auf eigenes Risiko die Aufwendungen für die Erstellung des Angebots veranlasst, was einen Anspruch aus culpa in contrahendo ausschließe. **Fazit:**

- An einer echten Chance des Bieters fehlt es also, wenn die Leistungsbeschreibung fehlerhaft ist und es deshalb an einer Vergleichbarkeit der abgegebenen Angebote und damit an einer Grundlage für die Beurteilung der echten Chance fehlt. Die fehlerhafte Leistungsbeschreibung stellt eine solche Grundlage dann nicht dar, weil auf die daraufhin abgegebenen Angebote von vornherein kein Zuschlag erteilt werden darf.

- Voraussetzung für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens der ausschreibenden Behörde im Vergabeverfahren ist, dass der Bieter sein Angebot tatsächlich im Vertrauen darauf abgibt, dass die Vorschriften des Vergabeverfahrens eingehalten werden. An diesem Vertrauenstatbestand fehlt es, soweit dem Bieter bekannt ist, dass die Ausschreibung fehlerhaft ist. Er vertraut dann nicht berechtigterweise darauf, dass der mit der Erstellung des Angebots und der Teilnahme am Verfahren verbundene Aufwand nicht nutzlos ist. Erkennt der Bieter, dass die Leistung nicht ordnungsgemäß ausgeschrieben ist, so handelt er bei der Abgabe des Angebots nicht im Vertrauen darauf, dass das Vergabeverfahren insoweit nach den einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts abgewickelt werden kann. Ein etwaiges Vertrauen darauf, dass gleichwohl sein Angebot Berücksichtigung finden könnte, ist jedenfalls nicht schutzwürdig.

Autor:
RA Max-Lion Keller, LL.M. (IT-Recht)
Rechtsanwalt