

VERGABERECHT

Folgen einer „Vertragsmodifikation“ im Zuschlagsschreiben

Das Oberlandesgericht Naumburg hatte sich mit der Frage zu befassen, ob ein Zuschlagsschreiben eines öffentlichen Auftraggebers, das von den Vergabeunterlagen abweichende Ausführungsfristen für den ausgeschriebenen Auftrag festlegte, zu einem wirksamen Vertrag führt. Derartige Fallkonstellationen spielen in der Rechtsprechung immer wieder eine Rolle. Das Gericht setzt sich mit den rechtlichen Folgen einer „modifizierenden“ Zuschlagserteilung im Einzelnen auseinander und entscheidet im Streitfall, dass das Zuschlagsschreiben keinen wirksamen Vertragsschluss herbeigeführt hat (Urteil vom 07.06.2019 – 7 U 69/18).

SACHVERHALT

Der öffentliche Auftraggeber hatte Straßenbauarbeiten für eine Bundesstraße ausgeschrieben. Die Vergabeunterlagen schrieben als Ausführungsfrist den Zeitraum 5. April 2018 bis 11. Juli 2018 vor. Ein Bieter gab im Los 12 das wirtschaftlich günstigste Angebot ab. Im Zuschlagsschreiben erklärte der Auftraggeber, der Bieter erhalte den Zuschlag auf sein Hauptangebot. Darüber hinaus teilte er mit, die Vertragsfristen würden „neu festgelegt“ und nannte als neue Ausführungsfrist den Zeitraum vom 4. Mai 2018 bis 15. August 2018. Der Auftraggeber forderte den Bieter zudem auf, sich „unverzüglich über die Annahme des vorliegenden Zuschlagsschreibens zu erklären“. Der Bieter teilte dem Auftraggeber daraufhin mit, er könne die vom Auftraggeber mitgeteilte (neue) Ausführungsfrist derzeit nicht bestätigen und kündigte die Geltendmachung von Mehrkosten infolge der geänderten Ausführungsfristen nach § 2 Abs. 5 VOB/B an. Danach fand eine Bauanlaufbesprechung statt, an der auch der Bieter teilnahm. Im Anschluss an diese Bauanlaufbesprechung konkretisierte der Bieter seine Mehrkostenschätzung und stellte Kostensteigerungen in Höhe von mindestens 77,9 Prozent in Aussicht. Daraufhin stellte sich der Auftraggeber auf den Standpunkt, der Bieter habe das ihm mit dem Zuschlagsschreiben übermittelte „modifizierte Vertragsangebot“ nicht angenommen, sodass kein wirksamer Vertragsschluss erfolgt sei. Kurz danach hob der Auftraggeber das Vergabeverfahren auf und leitete ein neues Vergabeverfahren ein, bei dem er die Leistungsbeschreibung änderte. Der Bieter erhob Klage beim Landgericht mit dem Ziel, das Bestehen eines wirksamen Vertrages zwischen ihm und dem Auftraggeber feststellen zu lassen.

ENTSCHEIDUNG

Anders als das Landgericht in erster Instanz lehnte das Oberlandesgericht Naumburg es ab, einen wirksamen Vertragsschluss festzustellen. Das Gericht stellte lediglich fest, dass die Vorgehensweise des Auftraggebers, einen „modifizierenden“ Zuschlag zu erteilen, vergaberechtswidrig war.

Der Zuschlag stellt im Vergabeverfahren die zivilrechtliche Annahmeerklärung des Auftraggebers auf ein Angebot dar. Auf dieser Grundlage setzt sich das Gericht mit den verschiedenen Fallkonstellationen einer „modifizierenden“ Zuschlagserteilung auseinander. Das Gericht erinnert zunächst an die Rechtsprechung des BGH (11.05.2009 – VII ZR11/08; 10.09.2009 – VII ZR 152/08; 26.11.2009 – VII ZR 131/08) zu Fallkonstellationen, in denen das Zuschlagsschreiben keine ausdrückliche „Modifikationserklärung“ des Auftraggebers zu den Vertragskonditionen enthielt. In solchen Fallgestaltungen ist die Zuschlagserteilung vergaberechtskonform so auszulegen, dass der Vertrag zu den ursprünglich ausgeschriebenen Vertragsbedingungen geschlossen wird und im Fall einer Änderung der Ausführungsfristen nach Vertragsschluss gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B angepasst werden muss. Nur so lässt sich rechtssicher eine unzulässige Nachverhandlung des Angebots zwischen Ablauf der Angebotsfrist und Zuschlagserteilung vermeiden.

Hiervon zu unterscheiden sind Fallkonstellationen, in denen der Auftraggeber – wie im Streitfall – im Zuschlagsschreiben ausdrücklich eine neue Vertragsbedingung festlegen möchte. Lässt das Zuschlagsschreiben einen vom Angebot abweichenden Vertragswillen des Auftraggebers deutlich erkennen, liegt darin keine vorbehaltlose, sondern eine modifizierte Annahme. Zivilrechtlich handelt es sich dann um eine Ablehnung des Bieterangebots verbunden mit einem neuen Angebot des Auftraggebers auf Abschluss eines neuen Vertrags mit geändertem Inhalt. Das Gericht legt das Zuschlagsschreiben des Auftraggebers aus und stellt da-

bei fest, dass der Auftraggeber die ursprünglich ausgeschriebene Ausführungsfrist zweifelsfrei ändern wollte. Dabei berücksichtigt es insbesondere die Aufforderung des Auftraggebers, der Bieter möge erklären, ob er das Zuschlagsschreiben „annehmen“ wolle. Die Formulierung, der Auftraggeber erteile den Zuschlag auf das Hauptangebot des Bieters, ändert daran nichts: Sie ist im Zusammenhang mit dem restlichen Inhalt des Zuschlagsschreibens zu sehen – und diese ließ aus Sicht eines verständigen Empfängers klar erkennen, dass der Auftraggeber hier nur einen Vertrag mit geänderten Ausführungsfristen schließen wollte. Dieses neue Angebot des Auftraggebers hat der Bieter wiederum nicht angenommen: Er hat erklärt, die neuen Ausführungsfristen nicht bestätigen zu können und hat zudem die Geltendmachung von Mehrkosten angekündigt (deren Voraussetzung es gerade war, dass zunächst die ursprünglich ausgeschriebene Ausführungsfrist vertraglich vereinbart wurde). Daher fehlte es sowohl an einem Vertrag mit den ursprünglichen Ausführungsfristen (diesen hatte der Bieter zwar angeboten, der Auftraggeber aber nicht bezuschlagt) als auch an einem Vertrag mit den geänderten Ausführungsfristen (diese hatte der Auftraggeber im Zuschlagsschreiben „angeboten“, der Bieter aber nicht angenommen).

BEWERTUNG UND PRAXISTIPP

Die vom Bieter begehrte Feststellung eines wirksamen Vertragsschlusses lehnt das Gericht daher ab. Es stellt auf den Hilfsantrag des Bieters lediglich fest, dass der Auftraggeber sich mit der „modifizierenden“ Zuschlagserteilung vergaberechtswidrig verhalten und die Rechte des Bieters im Vergabeverfahren verletzt hat.

Das Oberlandesgericht Naumburg setzt sich systematisch mit der Problematik der „modifizierenden“ Zuschlagserteilung auseinander. Bei seiner Entscheidung folgt es nach gründlicher Aufbereitung der Rechtsprechung überzeugend der Linie des Bundesgerichtshofs. In Anbetracht des eindeutigen Zuschlagsschreibens und dessen eindeutiger Ablehnung durch den Bieter konnte das Gericht hier keinen wirksamen Vertragsschluss sehen. Beide Seiten stehen daher in dieser Situation vorerst mit leeren Händen da: der Auftraggeber hat (noch) keinen Vertrag zur Deckung seines Beschaffungsbedarfs geschlossen und der Bieter hat keinen Auftrag. Hier kommt eine Besonderheit dieses Falls zum Tragen: Das Gericht hält die Aufhebung der Ausschreibung ausnahmsweise aufgrund eines schwerwiegenden Grundes für rechtmäßig und lehnt deshalb auch einen Schadensersatzanspruch des Bieters wegen des entgangenen Auftrages ab. Den schwerwiegenden Grund sieht das Gericht in der erheblichen Kostensteigerung, die der Bieter dem Auftraggeber bei den geänderten Ausführungsfristen in Aussicht gestellt hatte. Unter diesen Umständen sei die Zuschlagserteilung dem Auftraggeber nicht zumutbar gewesen.

Eine Änderung der Ausführungsfristen werden Auftraggeber nie mit Sicherheit vermeiden können, weil die Ursachen von Verzögerungen vielfältig sind und häufig außerhalb der Kontrolle des Auftraggebers liegen. Für den Fall, dass der Bestbieter die Geltendmachung sehr

starker Kostensteigerungen nach Zuschlagserteilung ankündigt, zeigt die Entscheidung des OLG Naumburg mit der Aufhebung und (veränderten) Neuausschreibung eine Alternative für das weitere Vorgehen auf. Gleichwohl sind Auftraggeber gut beraten, zwischen ihrem Interesse an zügigem Vertragsabschluss und Vertragsdurchführung und ihrem Interesse an der Vermeidung allzu erheblicher Mehrkosten infolge einer Verzögerung genau abzuwägen. Für eine schadensersatzfreie Aufhebung eines laufenden Vergabeverfahrens braucht ein Auftraggeber zudem einen Aufhebungsgrund. Dieser dürfte bei zu erwartenden Kostensteigerungen infolge einer Vertragsanpassung nach Zuschlagserteilung nur in krassen Fällen bestehen.

Ankündigung des Zuschlagszeitpunktes gegenüber den unterlegenen Bietern

Wie genau muss der Auftraggeber es mit dem Inhalt der Vorabinformation gegenüber den unterlegenen Bietern nach § 134 GWB nehmen? Das Oberlandesgericht Düsseldorf (12.06.2019 – Verg 54/18) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die Vorabinformation, mit der die unterlegenen Bieter über die Ablehnung ihrer Angebote informiert worden waren, als frühestmöglichen Zuschlagszeitpunkt den zwölften Tag nach Absendung der Vorabinformation angab. Nach § 134 Abs. 1 GWB müssen die Vorabinformationen neben dem Namen des Ausschreibungsgewinners und den jeweiligen Gründen für die Angebotsablehnung auch den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses enthalten. Nach § 134 Abs. 2 GWB darf der Zuschlag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Vorabinformation erteilt werden; bei Absendung auf elektronischem Weg oder per Telefax verkürzt sich diese Wartezeit auf zehn Kalendertage. Mit einer fehlerhaften Vorabinformation setzt der Auftraggeber die Wartezeit nicht in Gang und riskiert, dass sein Vertrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam ist. Im Streitfall lagen zwar zwischen Absendung der Vorabinformation und dem angegebenen frühestmöglichen Zuschlagszeitpunkt elf Kalendertage. Es ließ sich allerdings im Vergabenaachprüfungsverfahren nur ein Versand der Vorabinformation per Briefpost feststellen, nicht auf elektronischem Weg oder per Telefax. Die richtige Wartezeit betrug daher 15 Kalendertage.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf enthält das Vorabinformationsschreiben unter diesen Umständen keine zutreffende Information über den frühestmöglichen Zuschlagszeitpunkt und löst die Wartezeit daher nicht aus.

Das Gericht stellt daher die Unwirksamkeit des Auftrags nach § 135 GWB fest. Es weist in diesem Zusammenhang noch einmal darauf hin, dass ein Interesse eines Bieters an der Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags wegen fehlerhafter Vorabinformation nur bestehen kann, wenn sich die Zuschlagserteilung

zugunsten eines anderen Bieters nicht im Ergebnis als rechtlich zutreffende Vergabeentscheidung herausstellt: Ein isoliertes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit allein aufgrund der unzureichenden Vorabinformation besteht nicht. Im zu entscheidenden Fall hatte der unterlegene Bieter allerdings zusätzlich mit Erfolg geltend gemacht, dass dem Bestbieter die erforderliche Eignung fehlte, weil er die in den Vergabeunterlagen geforderte Erfahrung mit der schweißtechnischen Instandsetzung bestimmter Stahlbrücken nicht nachgewiesen hatte.

Abgrenzung zwischen Bauauftrag und Liefer-/Dienstleistungsauftrag

Für die Frage, ob eine Ausschreibung national oder EU-weit zu erfolgen hat, ist die Schätzung des Auftragswertes durch den Auftraggeber von entscheidender Bedeutung. Handelt es sich um einen Bauauftrag, setzt eine EU-weite Ausschreibungspflicht einen viel höheren Auftragswert voraus als bei einem Liefer- oder Dienstleistungsauftrag. Die richtige Einordnung des Auftrags ist daher wesentlich. Das Oberlandesgericht Düsseldorf (16.10.2019 – Verg 66/18) hatte sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, welche Natur ein Auftrag über die Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems für die nichtpolizeiliche Gefahrenabwehr hat. Der Auftrag enthielt Bau-, Liefer- und Dienstleistungselemente. Bauleistungen betrafen unter anderem die Installation von Komponenten des Alarmierungssystems, darunter Antennen und Antennenmasten, an Gebäuden sowie weitere Arbeiten an Gebäuden, darunter die Öffnung des Daches und die Erstellung von Kabeldurchbrüchen. Lieferleistungen betrafen die Lieferung digitaler Endgeräte. Darüber hinaus umfasste der Auftrag Dienstleistungen, etwa die Durchführung von Schulungen und Service.

Das Gericht prüfte den Vertrag darauf, worin sein Hauptgegenstand liegt, denn dieser ist nach § 110 Abs. 1 GWB maßgeblich für die Auftragsart. Das Gericht rufte in Erinnerung, dass es hierfür auf die wesentlichen vorrangigen vertraglichen Verpflichtungen ankommt, nicht auf untergeordnete oder ergänzende Verpflichtungen, und dass der Wert der dabei zu betrachtenden Einzelleistungen nur als eines von mehreren Kriterien zu berücksichtigen ist. Im zu entscheidenden Fall machten die Bauleistungen und die Dienstleistungen nur jeweils einen Anteil von etwa zehn Prozent am Gesamtauftragswert aus, während die Lieferung der 3000 digitalen Alarmgeber inklusive Zubehör einen Wert von nahezu 40 Prozent des Gesamtauftragswertes ausmachte. Im Vordergrund standen nicht die Montageleistungen, die nur untergeordnete bauliche Eingriffe erforderten, sondern die Bereitstellung eines flächendeckenden digitalen Funknetzes und der hierfür erforderlichen Infrastruktur und Alarmierungstechnik.

Das Gericht prüft darüber hinaus, ob der Auftrag in einem Funktionszusammenhang mit der Ausführung eines Bauwerks steht. Das ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Beschaffungsmaßnahmen für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von we-

sentlicher Bedeutung sind. Dazu müssen die gelieferten Gegenstände auf eine Weise in einem Funktionszusammenhang mit einer Bauleistung stehen, dass sie zur Erfüllung eines Bauauftrages notwendig oder für die Herstellung eines funktionsfähigen Gebäudes mit seinem spezifischen Nutzungszweck erforderlich sind. Einen derartigen qualifizierten Funktionszusammenhang sieht das Gericht nicht: Eine funktionale Einheit von Gebäude und Alarmierungssystem strebte der Auftraggeber nicht an. Die zu liefernden Komponenten waren auch nicht spezifisch an das Gebäude anzupassen.

Es galt daher der deutlich geringere Schwellenwert für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Der um Rechtsschutz bei der Vergabekammer nachsuchende Bieter konnte daher in zulässiger Weise einen Vergabenachprüfungsantrag stellen. Die Entscheidung erinnert daran, dass die Beurteilung der Auftragsart und die daraus folgende Entscheidung des Auftraggebers darüber, nach welchem Schwellenwert er sich für eine nationale oder eine EU-weite Ausschreibung entscheidet, für den weiteren Verfahrensgang erhebliche Bedeutung hat. Liegt der Auftraggeber mit dieser Einordnung nicht richtig, können ihm noch in einer späten Phase des Vergabeverfahrens eine Rüge und ein Nachprüfungsantrag eines Bieters eine erhebliche und unerwartete Verzögerung bescheren. Eine „interessengeleitete“ Auslegung des Auftrags als Bauauftrag mit der Folge des höheren Schwellenwerts trägt also das Risiko, sich später im Verfahren als „Giftpille“ auszuwirken.



Jan Christian Eggers
Rechtsanwalt | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Jan.Eggers@bblaw.com

NEWSTICKER

+++ Vergabemindestlohn in Mecklenburg-Vorpommern +++

In Mecklenburg-Vorpommern beträgt der Vergabemindestlohn seit 1. Oktober 2019 EUR 10,07 brutto. Aufträge des Landes und der Kommunen setzen daher nunmehr voraus, dass die Bieter sich in der abzugebenden Tariftreueerklärung verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung dieses Mindestentgelt zu bezahlen.

+++ Entwurf neuer EU-Standardformulare +++

Die Europäische Kommission betreibt derzeit eine Initiative zur Aktualisierung der vergaberechtlichen Standardformulare. Sie hat einen Entwurf einer Neufassung der hierfür maßgeblichen Durchführungsverordnung veröffentlicht. Künftig soll es nur noch sechs

Standardformulare geben, mit den Zwecken Planung, Wettbewerb, Vorankündigung einer Direktvergabe, Ergebnis, Auftragsänderung und Änderung/Berichtigung. Der Entwurf der EU-Kommission sieht die zwingende Nutzung der neuen Formulare ab Juni 2023 vor. Die EU-Kommission möchte damit eine Vereinfachung der Vergabedokumentation erreichen.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2019.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen | Hans.VonGehlen@bblaw.com
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com