

Geänderte Ausführungsfristen im Zuschlagschreiben

BGH, Urteil vom 03.07.2020 - VII ZR 144/19

Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) führt eine öffentliche Ausschreibung über Tiefbauarbeiten im Straßenbau gemäß VOB/A aus. Der Zuschlag kann nicht innerhalb der Bindefrist erteilt werden. Die Bieter erklären nach Aufforderung die Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist bis zum 4.5.2018. Der AG erteilt innerhalb der Bindefrist den Zuschlag an den Bieter A. Der AG erklärt in dem Zuschlagschreiben, dass die Vertragsfristen neu festgelegt werden und führt aus: "Beginn der Ausführung frühestens am 04.05.2018 (...), Vollendung spätestens am 15.08.2018. (...) Ich fordere Sie auf, sich (...) unverzüglich über die Annahme des vorliegenden Zuschlagsschreibens zu erklären." Bieter A erklärt dem AG darauf hin, er könne die neuen Fristen derzeit nicht bestätigen. Daraufhin hebt der AG die Ausschreibung auf. Der Bieter A begehrt in einem Zivilprozess die Feststellung, dass der Zuschlag auf Basis der ursprünglichen Vergabeunterlagen wirksam erteilt worden ist, hilfsweise begehrt er Schadensersatz gerichtet auf das positive Interesse, höchst hilfsweise die Feststellung, dass die Zuschlagserteilung unter Abänderung des Ausführungszeitraums vergaberechtswidrig war.

Entscheidung

Der BGH stellt fest, dass kein Vertrag zustande gekommen ist, weil der AG das Angebot des Bieters nicht angenommen hat, indem er hinreichend eindeutig erklärt hat, die Ausführungsfristen, wie sie in den ursprünglichen Vergabeunterlagen und dem Angebot des Bieters festgelegt waren, würden geändert. Dieses Vorgehen ist zwar vergaberechtswidrig, weil nach Ablauf der Angebotsfrist keine Änderungen mehr möglich sind. Die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist oder nicht, ist aber davon unabhängig. Sie beantwortet sich nicht nach vergaberechtlichen Vorschriften, sondern allein nach den Regeln des BGB. Ist die vergaberechtswidrige Erklärung des Auftraggebers eindeutig, so ist zivilrechtlich allein der Inhalt der Erklärung maßgebend.

Eine andere Frage ist es, ob das vergaberechtswidrige Vorgehen, Schadensersatzansprüche des Bieters auslösen kann. Der BGH hatte insoweit nur über den Schadensersatzanspruch gerichtet auf das positive Interesse zu entscheiden, d.h. den Antrag des Bieters so gestellt zu werden, als wäre der Vertrag zu den ursprünglichen Bedingungen und Ausführungsfristen zustande gekommen. Auch diesen Anspruch hat der BGH abgelehnt. Den ein Anspruch gerichtet auf das positive Interesse könne einem Bieter nur zustehen, wenn der ausgeschriebene Auftrag nach Aufhebung der Ausschreibung an einen anderen Auftragnehmer erteilt worden sei. Daran fehle es, wenn die Vergabeunterlagen wesentlich geändert werden und dann ein Auftrag in einem neuen Vergabeverfahren erteilt wird.

Einordnung

Die Entscheidung des BGH ist nicht überraschend, sondern führt die Rechtsprechung des BGH konsequent fort (Vgl. BGH, NJW 1967, 61; BGH, NJW 2012, 3505; Müller/Marx in Kulartz/Kus/Marx/Prieß/Portz, VgV, 2017, § 2 3 f.). AG und Bieter haben allerdings zu beachten, dass der AG den Zuschlag auch auf die ursprünglich vorgesehenen Ausführungsfristen erteilen kann, und zwar selbst dann, wenn im Zeitpunkt der Zuschlagerteilung schon klar ist, dass diese Ausführungsfristen nicht eingehalten werden können (Vgl. BGH 10.11.2009 - X ZB 8/09). Allein aus der einvernehmlichen Verlängerung

der Bindefrist folgt insbesondere nicht, dass sich auch die Ausführungsfristen automatisch ändern. Hierzu bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung wie in der oben zitierten Entscheidung des BGH. Wird der Vertrag zu den ursprünglichen (nicht mehr einhaltbaren) Ausführungsfristen geschlossen, ergeben sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien aus den Vertragsregeln, die für den Fall der Nichteinhaltung der Ausführungsfristen gelten. Im Zweifel werden dem Auftragnehmer in solchen Fällen zusätzliche Ansprüche zustehen. Deshalb ist AG und Bieter zu empfehlen, eindeutige Formulierungen zu wählen und es nicht im Ungefähren zulassen, welche Vertragsbedingungen und Ausführungsfristen gelten sollen.

Die „Namensunterschrift“ bei der elektronischen Vergabe

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.02.2020 – 15 Verg 1/20

Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe von Fassaden- und Sonnenschutzarbeiten durch. Die Angebotsabgabe muss in Textform über eine Vergabeplattform erfolgen. Der AG hat den Vergabeunterlagen ein Angebotsformblatt beigefügt. Auf dem Formblatt kann der Bieter in einem beschreibbaren Textfeld links oben seinen Namen und seine Anschrift eintragen. Am Ende des Formblatts befindet sich ein weiteres Textfeld mit folgenden Angaben: "Ort, Datum, Stempel und Unterschrift (bei schriftlichem Angebot)". Unter dem Textfeld heißt es, dass das Angebot ausgeschlossen wird, wenn "bei einem elektronisch übermittelten Angebot in Textform der Name der natürlichen Person, die die Erklärung abgibt, nicht angegeben" ist. Beide Textfelder wurden von dem Bieter nicht ausgefüllt. Der AG schließt das Angebot aus. Der Bieter wehrt sich gegen den Ausschluss und meint, das Formblatt müsse nicht zwingend ausgefüllt werden, es sei vielmehr ausreichend, wenn die im Formblatt geforderten Angaben sich aus der Gesamtheit der Angebotsunterlagen und aus den Eintragungen auf der Vergabeplattform selbst ergeben.

Entscheidung

Das OLG Karlsruhe hält den Ausschluss für rechtmäßig und erläutert, was unter der in § 11 Abs. 4 VOB/A geforderten Textform zu verstehen ist. Die Textform verlange, dass die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben wird. Dabei müsse die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden (Einsele in Münchner Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 126 b Rn. 8). Hierdurch solle - insoweit ähnlich wie die Unterschrift bei der Schriftform - das Ende der Erklärung kenntlich gemacht und damit das Stadium des Entwurfs von dem der rechtlichen Bindung abgegrenzt werden. Die Kenntlichmachung des Abschlusses der Erklärung könne auf verschiedene Weise erfolgen, etwa durch die Nennung des Namens am Textende, ein Faksimile, eine eingescannte Unterschrift, den Zusatz "diese Erklärung ist nicht unterschrieben", aber auch durch eine Datierung oder eine Grußformel (Einsele, a.a.O., § 126 b Rn. 8; BeckOGK/ Primaczenko/Frohn, 15.11.2018, BGB, § 126 b Rn. 23, 24). Der Formzwang soll Klarheit über den Inhalt und die Verbindlichkeit gewährleisten. Im Angebot der Antragstellerin werde die Person des Erklärenden nicht genannt und der Abschluss der Erklärung nicht kenntlich gemacht. Der Bieter habe das Angebotsformular unausgefüllt auf die Vergabeplattform hochgeladen.

Einordnung

Streitigkeiten darüber, ob Angebote wegen „fehlender Unterschrift“ ausgeschlossen werden müssen, mehren sich. Es kommt anscheinend häufiger als vermutet vor, dass Angebotsformulare ganz oder teilweise unvollständig ausgefüllt und hochgeladen werden (Vgl. die Entscheidungen Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2016, VII-Verg 52/15; OLG Naumburg, Beschluss vom 04.10.2019, 7 Verg 3/19; VK Bund, Beschluss vom 31.01.2020, VK 2-102/19 – nicht rechtskräftig). Rechtlich eindeutig ist, dass ein Angebot, das das Textformerfordernis gemäß § 126b BGB nicht erfüllt ausgeschlossen werden muss. Damit muss das Angebot mindestens folgende Anforderungen erfüllen: Die Erklärung muss in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise abgegeben werden. Sie muss die Person des Erklärenden nennen und den Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder auf andere Weise kenntlich machen. Diese Anforderung ergibt sich aus § 11 Abs. 4 VOB/A.

Vergaberechtlich ungeklärt ist, ob der Auftraggeber weitergehende Anforderungen an die Textform stellen kann (z.B. Name der erklärenden natürlichen Person und Name des Bieters/Erklärenden; Einreichung des Angebots durch das registrierte Unternehmen, Verlangen eingescannter Unterschriften u.ä.). Das OLG Naumburg (Beschluss vom 04.10.2019, 7 Verg 3/19) meint, dass es gegen § 11 Abs. 4 VOB/A verstoße, wenn der AG verlangt, dass Angebote zu unterzeichnen und gescannt einzureichen seien. Folgt man der Ansicht des OLG Naumburg kann auch das Verlangen, den Namen der natürlichen Person, die die Erklärung als Vertreter abgibt, anzugeben, nur dann verlangt werden, wenn sich dies schon aus dem Textformerfordernis selbst ergibt, was wiederum fraglich ist VK Bund, Beschluss vom 31.01.2020, VK 2-102/19 – nicht rechtskräftig). Hier bleibt die noch nicht abgeschlossene Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zur Vermeidung von Beeinträchtigungen des Bauablaufs?

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019 - Verg 18/19

Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) hat Bauaufträge für verschiedene Gewerke erteilt; die Baustelle ist eingerichtet, Leistungen werden ausgeführt. Der Auftragnehmer für den Trockenbau (AN) stellt seine Arbeiten ein. Der AG kündigt daraufhin den an den AN vergebenen Auftrag. Da die zur Neuvergabe der Restleistungen eingeleiteten Vergabeverfahren wegen Unwirtschaftlichkeit aufgehoben werden mussten, die Nichtvergabe aber nunmehr zur Behinderung der anderen Gewerke führen konnte, entscheidet sich der AG die fehlenden Trockenbauleistungen teilweise auf Grundlage des früheren Angebots interimswise an Unternehmer B zu vergeben. Hiergegen wendet sich der AN des gekündigten Auftrags.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf sah die Interimsvergabe im Wege eines Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb als vergaberechtswidrig an. § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A rechtfertige das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht. Dabei könne dahinstehen, ob es sich ob die Dringlichkeit unverschuldet sei. Dringliche und zwingende Gründe kämen nur bei

akuten Gefahrensituationen und höherer Gewalt in Betracht, die zur Vermeidung von Gefahren und Schäden für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erforderten. Bloße wirtschaftliche Erwägungen reichten hierfür regelmäßig nicht aus. Deshalb würden auch Bauablaufstörungen auf der Baustelle eine Interimsvergabe im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nicht rechtfertigen.

Einordnung

Die Entscheidung macht deutlich, dass Vergaberecht macht es dem Bauherrn nicht einfacher. Dies muss – insoweit vom OLG Düsseldorf – zutreffend ausgeführt, im Grundsatz hingenommen werden. Allerdings geht die Entscheidung im vorliegenden Fall möglicherweise nicht im Ergebnis, aber doch in der Begründung über die Anforderungen die § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A stellt hinaus und ist deshalb unzutreffend. Jedenfalls die Einschränkung, dass nur Maßnahmen, die zur Vermeidung von Gefahren und Schäden für Leib und Leben erforderlich sind, zulässig sind, ist weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestandes in Einklang zu bringen. Eindeutig ist dies jedenfalls insoweit als auch drohende Schäden für Sachen und Einrichtungen die Ausnahme rechtfertigen müssen. Es kann einem Bauherrn wohl kaum zugemutet werden, drohende Schäden an seinem Eigentum zur Durchführung eines Vergabeverfahrens hinzunehmen. Aber auch in den Fällen, in denen erhebliche Probleme im Bauablauf entstehen werden, kann es – entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf – gerechtfertigt sein, sich auf § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A. Denn die Vorschrift schließt es weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinn aus, dass wirtschaftliche Erwägungen bei einer unverschuldeten Dringlichkeit das Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtfertigen.