BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 243/02

Verkündet am:
24. Mai 2005
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GWB § 97 Abs. 2; VOB/A § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. b, § 21 Nr. 1 Abs. 1

a) Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird. Ein Angebot, das die erforderlichen Erklärungen nicht enthält, ist regelmäßig von der Wertung auszuschließen.

b) Der Umstand, daß das Auftragsvolumen den bisherigen Jahresumsatz des Bieters übersteigt, rechtfertigt für sich genommen grundsätzlich nicht den Schluß auf mangelnde Leistungsfähigkeit des Bieters.

BGH, Urt. v. 24. Mai 2005 - X ZR 243/02 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Scharen, die Richterin Mühlens und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 10. Oktober 2002 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Innungsmeister der Sanitär-, Heizungs-, Klima-Innung in A. und betreibt in dieser Branche ein Einzelunternehmen. Er verlangt vom Beklagten Schadensersatz wegen fehlerhafter Vergabe eines öffentlichen Auftrags.

Der beklagte Landkreis führte im Juni 2002 eine europaweite Ausschreibung betreffend das Gewerk Sanitär für das Kreiskrankenhaus A. ,

2. Bauabschnitt, durch. Es wurden 13 Angebote abgegeben, darunter waren ein Angebot des Klägers und ein Angebot der K. GmbH. Das rechnerisch günstigste Angebot (Angebotssumme 1.884.536,52 DM) machte die K. GmbH, das Angebot des Klägers war - zunächst - das drittgünstigste; es schloß mit einer Angebotssumme von 1.915.734,18 DM. Das zweitgünstigste Angebot wurde später wegen eines Rechenfehlers korrigiert; dadurch rückte das des Klägers an die zweite Stelle. In dem Angebot der K. GmbH war für die Ausschreibungsposition 10.004 - Wartungspauschale - kein Preis angegeben. Die übrigen Bieter hatten diese Position zu einem Preis von durchschnittlich 11.445,96 DM angeboten.

In einer Sitzungsvorlage für den Bau- und Vergabeausschuß des Beklagten wurde diesem empfohlen, dem - zunächst - zweitgünstigsten Bieter den Zuschlag zu erteilen. Zur Begründung wurde ausgeführt, das günstigste Angebot der K. GmbH sei wegen fehlender Preisangabe für die Wartungspauschale auszuschließen; dem sodann günstigsten Angebot des Klägers solle der Zuschlag nicht erteilt werden, weil der Jahresumsatz des Klägers in krassem Mißverhältnis zur Auftragssumme stehe. Der Kläger hatte seinen Jahresumsatz auf entsprechende Anfrage des Beklagten mit 1,5 Mio. DM angegeben und mitgeteilt, er beschäftige acht Mitarbeiter, einen Meister sowie eine Angestellte.

Nach dem Submissionstermin teilte die K. GmbH dem Beklagten schriftlich mit, sie habe die Position 10.004 im Angebot deshalb nicht mit einem Preis versehen, weil sie diese Leistung aus Kulanz für zwei Jahre kostenlos erbringen wolle.

Entgegen dem Vorschlag des Bau- und Vergabeausschusses des Beklagten erteilte dieser der K. GmbH den Zuschlag. Die Preisdifferenz zwi-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

schen dem Angebot der K. GmbH und dem Angebot des Klägers betrug ca. 31.000,-- DM.

Der Kläger ist der Auffassung, er habe den Zuschlag erhalten müssen. Die K. GmbH habe wegen der fehlenden Preisangabe zu Position 10.004 von der Vergabe ausgeschlossen werden müssen. Sein Angebot dagegen habe nicht wegen fehlender Leistungsfähigkeit unberücksichtigt bleiben dürfen. Er sei ohne Probleme in der Lage gewesen, mit weiteren, kurzfristig einzusetzenden qualifizierten Arbeitnehmern den Auftrag qualitäts- und fristgerecht auszuführen. Der Kläger beansprucht entgangenen Gewinn.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Der Kläger tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Ersatz des entgangenen Gewinns wegen Verschuldens bei Vertragsschluß bejaht.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte habe der K. GmbH den Zuschlag zu Unrecht erteilt. Die Vergabeentscheidung verstoße gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A. Nach dieser Vorschrift seien Angebote aus-

geschlossen, die § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht entsprächen. Das sei bei dem Angebot der K. GmbH wegen unvollständiger Angabe eines für die Vergabeentscheidung wesentlichen Preises der Fall gewesen. Aus § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A folge im Umkehrschluß, daß der Bieter die Preise und die geforderten Erklärungen abgeben müsse. Bei der von der K. GmbH nicht ausgepreisten Wartungspauschale handele es sich nicht um eine Position, deren Fehlen den Wettbewerb zwischen den Bietern nicht habe gefährden können. Der Vorsprung der K. GmbH vor den anderen Bietern, insbesondere vor dem Kläger, sei nicht dermaßen evident gewesen, daß die Erteilung des Zuschlags an einen anderen Bieter schlechterdings auszuschließen gewesen sei. Eine hoch angesetzte Wartungspauschale seitens der K. GmbH sei bereits geeignet gewesen, zu einer Änderung der Bieterreihenfolge zu führen. Dabei sei zu berücksichtigen, daß die Kalkulation einer derartigen Wartungspauschale auch von der technischen Qualität der gelieferten Anlage abhänge und beispielsweise bei einer besonders wartungsintensiven Anlage ein deutlich höherer Betrag für die Wartungspauschale anzusetzen sei als bei einer Anlage, die von vornherein auf Wartungsfreundlichkeit ausgerichtet sei.

2. Diese Beurteilung hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Das Angebot der K. GmbH war nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

In seiner Entscheidung vom 8. September 1998 - X ZR 85/97, NJW 1998, 3634 ff. hat der Senat die Frage offengelassen, welche Verstöße gegen Vorschriften der VOB/A zwingend zu einem Ausschluß von Angeboten führen. Er hat aber bereits in dieser Entscheidung darauf hingewiesen, daß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sicherstellen soll, daß das Angebot den ausgeschriebenen Leistungen und den sonstigen Verdingungsunterlagen entspricht, damit der durch

die öffentliche Ausschreibung eröffnete Wettbewerb der Bieter gewährleistet werden kann und vergleichbare Angebote vorgelegt werden. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht aus § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A gefolgert, daß der Bieter die Preise und die geforderten Erklärungen angeben muß (BayObLGZ 1999, 398, 393; NZBau 2001, 643, 644; OLG Oldenburg NJW-RR 1997, 661; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 10. Aufl., § 21 Rdn. 7; Ingenstau/Korbion/ Kratzenberg, VOB, 15. Aufl., § 21 Rdn. 8; Weyand, Vergaberecht, § 21 VOB/A Rdn. 4135; Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 3. Aufl., Rdn. 470; Prieß in Pietzcker, VOB-Kommentar A, Rdn. 21).

Der Senat hat sodann wiederholt entschieden, daß Angebote, die dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht entsprechen, weil ihnen geforderte Erklärungen fehlen, zwingend von der Vergabe auszuschließen sind (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A). Dem steht nicht entgegen, daß § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A als Sollvorschrift formuliert ist. Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Ausschlußtatbestand nicht etwa erst dann gegeben, wenn das betreffende Angebot wegen fehlender Erklärungen im Ergebnis nicht mit den anderen abgegebenen Angeboten verglichen werden kann. Ein transparentes, gemäß § 97 Abs. 2 GWB auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten soll, ist nur zu erreichen, wenn in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht und grundsätzlich ohne weiteres vergleichbare Angebote abgegeben werden. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird (Sen.Urt. v. 16.04.2002 - X ZR 67/00, NJW 2002, 2558; Urt. v. 07.01.2003 - X ZR 50/01, BGHZ 154, 32, 45; Beschl. v. 18.05.2004 - X ZB 7/04, NJW-RR 2004, 1570, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Ein Angebot, das die erforderlichen Erklärungen nicht enthält, ist

daher regelmäßig nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A von der Wertung auszuschließen.

Auf die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Recht des Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, weil es angenommen habe, die Wartungspauschale sei eine Position, deren fehlende Auspreisung den Wettbewerb zwischen den Bietern habe gefährden können, kommt es daher nicht an.

3. Soweit die Revision es als widersprüchlich rügt, daß das Berufungsgericht aus dem Jahresumsatz des Klägers keine Rückschlüsse auf dessen mangelnde Leistungsfähigkeit gezogen habe, weil es aus dem Auftrag die Materialkosten herausgerechnet habe, beim Jahresumsatz des Klägers jedoch die durchlaufenden Kosten in Form von Materialkosten unberücksichtigt gelassen habe, hat auch diese Rüge keinen Erfolg. Die Regelungen der VOB/A sind darauf angelegt, die Vergabeentscheidungen für die betroffenen Bieter durchsichtig und gerichtlich überprüfbar zu machen (Sen.Urt. v. 26.10.1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661, 662). Schon dieser Zweck schließt die Berücksichtigung von Umständen aus, die nicht auf einer gesicherten eigenen Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen. Für die Erteilung des Zuschlags auf ein preislich höheres Angebot als das des Klägers wäre erforderlich gewesen, daß der Ausschreibende berücksichtigungsfähige Gründe gehabt hätte, die ihn veranlaßt hätten, den Zuschlag nicht auf das preislich günstigste, sondern auf ein anderes Angebot zu erteilen (Sen.Urt. v. 26.10.1999, aaO, 663). Solche Gründe waren dem Vorbringen des Beklagten nicht zu entnehmen.

Das Berufungsgericht hat insoweit angenommen, bei der gegebenen Sachlage habe vor dem Hintergrund des konkreten Auftrags aus der Anzahl der im Unternehmen des Klägers beschäftigten Mitarbeiter in Verbindung mit dem

Jahresumsatz nicht auf fehlende Leistungsfähigkeit des Klägers geschlossen werden können. Der Kläger habe nachvollziehbar dargelegt, die in ca. 20 Monaten zu erbringende Gesamtarbeitsleistung mit den zur Verfügung stehenden Mitarbeitern bewältigen und daneben auch andere Aufträge bearbeiten zu können. Dies gelte entsprechend für die Annahme des Beklagten, aus dem das Auftragsvolumen überschreitenden Jahresumsatz des Klägers in Höhe von 1,5 Mio. DM habe auf mangelnde Leistungsfähigkeit des Klägers geschlossen werden können. Der Kläger habe unbestritten vorgetragen, daß im Nettoangebotsvolumen von ca. 1,6 Mio. DM 3/4 Materialkosten enthalten gewesen seien. Zuverlässige Rückschlüsse auf die Fähigkeit des Klägers zur Vorfinanzierung des Auftrags, insbesondere der Materialbeschaffung, ließen sich aus dem Jahresumsatz des Klägers nicht ziehen. Dieser sei nur eine grobe Orientierungsmarke für die Frage der Leistungsfähigkeit eines Unternehmens und lasse keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die Ausstattung des Unternehmens mit Kapital und Sachmitteln und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens im übrigen zu. Hieran ändere auch die unter Sachverständigenbeweis gestellte Behauptung des Beklagten nichts, es bestehe ein Erfahrungssatz bzw. eine Vermutung dahingehend, daß ein Bieter, der den Jahresumsatz des Auftragsvolumens unterschreite, nicht als leistungsfähig angesehen werden könne. Diese Behauptung sei pauschal, nicht durch Tatsachenvortrag unterlegt und damit dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich. Der Beklagte habe auch vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar dargelegt, daß aus dem Jahresumsatz des Klägers auf dessen mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit geschlossen werden könne.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß eine bestimmte Relation zwischen Auftragsvolumen und bisherigem Jahresumsatz des Bieters grundsätzlich schon deshalb

nicht ausreicht, den Schluß auf mangelnde Leistungsfähigkeit des Bieters zu rechtfertigen, weil sich aus der Art der Leistung unterschiedliche Anforderungen an Fähigkeiten und Kapazitäten des Bieters ergeben können. In diesem Sinne ist auch der Hinweis des Berufungsgerichts auf den hohen Materialkostenanteil des Angebotsvolumens zu verstehen. Daß der Beklagte in den Tatsacheninstanzen konkrete Umstände vorgetragen hätte, die Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Klägers begründen könnten und die das Berufungsgericht bei seiner tatrichterlichen Würdigung hätte berücksichtigen müssen, legt die Revision nicht dar.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Melullis Scharen Mühlens

Meier-Beck Asendorf