BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 248/02

Verkündet am:
28. Oktober 2003
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 249, 276 Fa

Ist nach den Vergabeunterlagen eine Bindefrist nicht zu beachten, darf ein innerhalb der Angebotsfrist abgegebenes Angebot regelmäßig nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil der Bieter von sich aus eine Annahmefrist bestimmt hat.

BGH, Urt. v. 28. Oktober 2003 - X ZR 248/02 - Kammergericht

LG Berlin

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt und Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 10. Oktober 2002 verkündete Urteil des 27. Zivilsenats des Kammergerichts aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Zur Vergabe von "Generalfachplanungsleistungen gemäß §§ 64, 73, 77-79, 81-90 sowie Leistungen der Leistungsphase 5-9 von § 15 Objektpla-

nung für Gebäude, § 15 Freianlagen, Honorarverordnung für Architekten und Ingenieure" für den Neubau eines Regierungsgebäudes in Berlin führte die Beklagte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung durch, die im Juni 1995 im Amtsblatt der Europäischen Union und im Amtsblatt Berlin veröffentlicht wurde. Unter dem 11. August 1995 wurden den nach Anhörungsgesprächen verbliebenen Bewerbern die Angebotsunterlagen mit der Aufforderung ausgehändigt, ihr Angebot bis zum 25. August 1995 vorzulegen. Die Klägerin und die weiteren sechs Bewerber reichten fristgemäß ihre Angebote bei der Beklagten ein. Das Angebot der Klägerin war mit 36.606.314,00 DM das preisgünstigste. Dieser Angebotspreis beruhte auf einer Aufwandskalkulation, während sich die übrigen Bieter an den von der Beklagten in den Angebotsunterlagen - unverbindlich - vorgeschlagenen Parametern zur Fortschreibung der HOAI-Tabellenwerte orientiert hatten.

Unter dem 30. November 1995 erarbeitete die Beklagte einen Vergabevorschlag. Darin wurde festgehalten, daß gemäß Art. 36 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge als Zuschlagskriterien Qualität, Zweckmäßigkeit der Leistung und Preis zugrunde gelegt werden würden. Zum Angebot der Klägerin hieß es (auszugsweise):

> "Die Leistungsfähigkeit (Qualität und Zweckmäßigkeit der Leistung) ... fällt im Vergleich gegenüber der der Mitbewerber ... ab. Es bietet, bezogen auf das Projekt, gute Qualität aber keine herausgehobene Leistung. Diese muß bei diesem Projekt aufgrund der hohen Anforderungen an die Integration der Bereiche Architektur, Trag-

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

werkplanung und Technik gefordert werden. Außerdem erscheint das kalkulierte Honorar, besonders im Leistungsbereich Objektplanung, bezogen auf die Länge der voraussichtlichen Bauzeit (bis 2000) als zu knapp bemessen, so daß Zweifel bestehen, ob die für die Bauabwicklung erforderlichen Leistungen bis zu deren Ende uneingeschränkt in dem erforderlichen Umfang zur Verfügung gestellt werden können. ... Das Angebot wird daher wegen Unauskömmlichkeit von der Wertung ausgeschieden. Im übrigen hatte sich (die Klägerin) an das Angebot nur bis zum 31. Oktober 1995 gebunden."

Mit Schreiben vom 25. Januar 1996 teilte die Beklagte der Klägerin unter Bezug auf die Wertungskriterien des Art. 36 der Richtlinie mit, ihr Angebot habe nicht berücksichtigt werden können, da es nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot gewesen sei. Der Auftrag wurde sodann an einen Mitbewerber der Klägerin erteilt. Die Klägerin rief die Vergabeprüfstelle an. Diese stellte unter dem 15. Dezember 1997 fest, daß das Vergabeverfahren rechtswidrig gewesen sei.

Mit der vorliegenden Klage begehrt die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 10.615.632,32 DM wegen entgangenen Gewinns und der ihr im Vergabeüberwachungsverfahren entstandenen Kosten der Rechtsverfolgung. Das Landgericht hat diese Klage abgewiesen. Die hiergegen von der Klägerin eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Die Klägerin verfolgt nunmehr im Wege der - zugelassenen - Revision ihr Schadensersatzbegehren nebst Zinsen weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision der Klägerin hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin verneint, weil diese bis zum letzten Tag der von der Beklagten vorgegebenen Einreichungsfrist nur ein Angebot abgegeben habe, das bis zum 31. Oktober 1995 wirksam habe sein sollen. Eine nachträgliche Berücksichtigung dieses Angebots hätte deshalb eine inhaltliche Veränderung der Vergabebedingungen bedeutet und die Chancen der anderen Bieter beeinträchtigt.

Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Der Bewertung des Berufungsgerichts mag näher getreten werden können, wenn der öffentliche Auftraggeber in die Vergabebedingungen eine Bindefrist aufgenommen, also eine Zeitspanne festgelegt hat, für welche der Bieter an das von ihm abgegebene Angebot gebunden ist, und lediglich ein einzelner oder einzelne Bieter ein Angebot mit einer kürzeren Annahmefrist abgegeben haben. Nach dem revisionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalt liegt hier ein solcher Fall jedoch nicht vor. Das Berufungsgericht hat Feststellungen zu einer Frist nicht getroffen, die bei der Ausschreibung der Beklagten von allen an dem Auftrag interessierten Bewerbern zu beachten gewesen wäre. Zugunsten der Klägerin ist deshalb davon auszugehen, daß es im Streitfall - anders als es bei Geltung von § 19 Nr. 3 VOB/A durch diese Bestimmung für

die öffentliche Ausschreibung von Bauleistungen vorgeschrieben ist - nicht vorgesehen war, daß derjenige, der sich als Bieter an der Ausschreibung der Beklagten mit einem Angebot beteiligt, bis zum Ablauf einer bestimmten Frist an sein Angebot gebunden sei.

b) Die Klägerin hatte damit bei ihrem Angebot eine solche Frist nicht zu beachten; sie war grundsätzlich frei, hierfür eine ihr genehme Annahmefrist gemäß § 148 BGB zu bestimmen. Aufgrund des infolge der Beteiligung am Vergabeverfahren zustande gekommenen vorvertraglichen Verhältnisses mag die Klägerin insoweit zwar den sich aus § 242 BGB ergebenden Geboten unterworfen gewesen sein. Umstände, daß hiernach die von der Klägerin gewählte Frist zu kurz bemessen gewesen sei, hat das Berufungsgericht aber ebenfalls nicht festgestellt. Das Angebot der Klägerin muß daher - nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt - als ein nicht von den Vergabeunterlagen abweichendes, zulässiges Gebot angesehen werden, auf welches der Auftrag zulässigerweise erteilt werden konnte. Dementsprechend mußten auch die anderen Bewerber, die sich mit einem Angebot an der Ausschreibung der Beklagten beteiligten, damit rechnen, daß die Klägerin den Zuschlag erhalten könnte.

c) Hieran hat sich durch den Ablauf der von der Klägerin bestimmten Annahmefrist nichts geändert. Als Antrag im Sinne des § 145 BGB war das Angebot der Klägerin zwar gemäß § 146 BGB ab dem 1. November 1995 erloschen. Wie § 150 Abs. 1 BGB entnommen werden muß, war das Angebot der Klägerin damit aber nicht schlechthin hinfällig. Die Beklagte konnte bei der Klägerin nachfragen, ob ein Vertragsschluß nach Maßgabe des sachlichen In-

halts des klägerischen Angebots noch möglich sei und der Klägerin den Abschluß eines Vertrags mit diesem Inhalt anbieten; die Klägerin konnte dieses Angebot annehmen, so daß auf diese Weise die Vergabe des Auftrags an die Klägerin ohne weiteres zu bewerkstelligen war.

d) Der Nutzung dieser Möglichkeit standen auch keine vergaberechtlich zu beachtenden Umstände entgegen. Es gibt weder eine Bestimmung über das Vergabeverfahren, die derartiges verböte, noch ist etwas dazu festgestellt oder ersichtlich, daß im Streitfall die Vergabeunterlagen vorsahen, verfristete Angebote bei einer späteren Zuschlagsentscheidung nicht mehr zu berücksichtigen. Ein von der Beklagten ausgehendes Angebot an die Klägerin, auf der Grundlage deren Angebots dessen sachlichen Inhalt zu vereinbaren, stellt sicher, daß der Auftrag nur aufgrund eines in der Sache unveränderten, nicht von den Vergabeunterlagen abweichenden Angebots zustande kommen konnte. In der in § 150 Abs. 1 BGB vorgesehenen Nutzung des Angebots der Klägerin war die Beklagte mithin nicht beschränkt, zumal die von ihr gewählte Verfahrensart ohnehin nicht den engen Grenzen eines offenen Verfahrens unterliegt. Auf seiten der Mitbewerber der Klägerin bedeutete dies, daß sie mit Ablauf des 31. Oktober 1995 nicht berechtigterweise darauf vertrauen durften, nunmehr könne die Klägerin mit ihrem Angebot nicht mehr berücksichtigt werden.

Da die öffentliche Hand zur sparsamen und effizienten Verwendung der von den Bürgern aufgebrachten Mittel verpflichtet ist (vgl. § 7 BHO; BGH, Urt. v. 25.11.1992 - VIII ZR 170/91, NJW 1993, 520, 521), hatte die in § 150 Abs. 1 BGB vorgesehene Möglichkeit zugleich eine Verpflichtung der Beklagten zur Folge, entsprechend zu verfahren, wenn das Angebot mit dem sachlichen In-

halt des Angebots der Klägerin das annehmbarste darstellte. Mit den haushaltsrechtlichen Bindungen, denen Ausschreibende wie die Beklagte unterliegen, ist es in der Regel unvereinbar, ein preislich günstiges Angebot von der Wertung zur Auftragsvergabe nur deshalb auszunehmen, weil auf es der Zuschlag nicht mehr durch einfache Annahmeerklärung erteilt werden kann, sondern ein eigener entsprechender Antrag und die Annahme durch den Bieter nötig sind. Auch diese Erkenntnis konnte von den Mitbewerbern der Klägerin erwartet werde. Deren Rechte oder das, worauf sie berechtigterweise vertrauen durften, wären unter diesen Umständen erst dann berührt gewesen, wenn das ursprüngliche Angebot der Klägerin eine sachliche Änderung im Inhalt hätte erfahren sollen. Dann hätte der vom Berufungsgericht herangezogene Gesichtspunkt gegriffen, daß um der Gleichbehandlung aller Bieter willen Ausschreibungsbedingungen nicht nach Ablauf der Frist zu Einreichung der Angebote geändert werden dürfen.

2. Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung trägt die Klageabweisung mithin nicht. Da mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts hierzu - worauf die Revision zu Recht hinweist - davon auszugehen ist, daß die Klägerin im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer selbst gesetzten Befristung Abstand nahm, also durchaus zu einem Vertragsschluß nach Maßgabe ihres ursprünglichen Angebots auch noch nach dem 31. Oktober 1995 bereit war, kann ihr vielmehr ein Schadensersatzanspruch aufgrund vorvertraglichen Fehlverhaltens der Beklagten (c.i.c.) zustehen. Da der ausgeschriebene Auftrag tatsächlich erteilt wurde, kommt auch ein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses (entgangener Gewinn) in Betracht (BGHZ 139, 259).

a) Dieser Schadensersatzanspruch hat zur Voraussetzung, daß die Klägerin anstelle des tatsächlich zum Zuge gekommenen Bieters den Auftrag hätte erhalten müssen. Ob dies der Fall ist, bedarf weiterer tatrichterlicher Klärung. Es kommt einmal darauf an, ob nach den der Ausschreibung der Beklagten insoweit zugrunde gelegten Bedingungen nur der Preis über den Zuschlag entscheiden sollte und das Angebot der Klägerin nicht gleichwohl deshalb unberücksichtigt bleiben durfte, weil dessen Summe unangemessen niedrig war. Läßt sich das nicht feststellen, ist der Schadensersatzanspruch davon abhängig, daß die Vergabe des Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer Zuschlagskriterien, etwa der in dem von einem Mitarbeiter der Klägerin unterzeichneten Verhandlungsprotokoll vom September 1995 neben dem Preis genannten Gesichtspunkte der Qualität und der Zweckmäßigkeit der Leistung, zugunsten der Klägerin hätte ausfallen müssen. Da das Berufungsgericht auch hierzu - von seiner Rechtsauffassung her insoweit allerdings folgerichtig - Feststellungen nicht getroffen hat, muß die Sache nach allem an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

b) Bei der erneuten Befassung mit der Sache wird das Berufungsgericht von eigenen Feststellungen zur Beantwortung der Frage, ob im Streitfall die Beklagte nur den Preis als Kriterium für das annehmbarste Angebot heranziehen durfte, nicht deshalb absehen dürfen, weil die von der Klägerin angerufene Vergabeprüfstelle beim Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau ihrer Entscheidung vom 15. Dezember 1997 zugrunde gelegt hat, daß die Beklagte nur das Kriterium des niedrigsten Preises hätte anwenden dürfen, und daß die Vergabestelle deshalb das Vergabeverfahren für rechts-

widrig erklärt hat. Entgegen der Meinung der Revision entfaltet diese Entscheidung keine Bindungswirkung für den vorliegenden Schadensersatzprozeß, wie das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil bereits zu Recht angenommen hat.

Nach dem hier geltenden, durch das Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (HGrG) bestimmten Recht, in dem eine § 124 Abs. 1 GWB entsprechende Vorschrift fehlt, üben die Vergabeprüfstellen der Sache nach Rechtsaufsicht über die Vergabeverfahren durchführenden Stellen aus. Ihre Entscheidungen wenden sich daher ausschließlich an den betroffenen öffentlichen Auftraggeber. Dies kommt durch die Regelung in § 57 b Abs. 4 Satz 2 HGrG zum Ausdruck, daß die Vergabeprüfstelle die das Vergabeverfahren durchführende Stelle verpflichten kann, rechtswidrige Maßnahmen oder Entscheidungen aufzuheben oder rechtmäßige Maßnahmen oder Entscheidungen zu treffen. Auch eine bloß feststellende Entscheidung einer Vergabeprüfstelle nach § 57 b Abs. 4 Satz 8 HGrG, wie sie hier getroffen worden ist, entfaltet daher in anderem Zusammenhang auch dann keine Bindung, wenn das Nachprüfungsverfahren wegen einer Beanstandung des Bieters eingeleitet worden ist, der den Schadensersatzanspruch geltend macht. Anders als es der seit dem 1. Januar 1999 geltende § 124 Abs. 1 GWB für bestandskräftige Entscheidungen der Vergabekammern und der im Instanzenzug nachfolgenden Gerichte vorschreibt, ordnet dementsprechend § 57 b Abs. 6 HGrG auch an, daß die Regelungen über die vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machenden Schadensersatzansprüche bei Verstößen gegen Vergabevorschriften unberührt bleiben.

Melullis Jestaedt Scharen

Mühlens Meier-Beck