



UPDATE VERGABERECHT

KEIN ZWINGENDER AUSSCHLUSS BEI ABWEICHENDEN BIETER-AGB

BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR-86/17

Ein öffentlicher Auftraggeber (A) schrieb Tief- und Straßenbauarbeiten nach der VOB/A aus. Dabei gab er unter anderem vor, dass die Schlusszahlung innerhalb von 30 Kalendertagen nach Abnahme und Stellung einer Schlussrechnung erfolgen sollte. Zudem enthielten die Vergabeunterlagen eine Klausel, nach welcher etwaige Vorverträge, Protokolle oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrags, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil würden. Das Angebot des Bieters B enthielt den Zusatz „zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug“. A schloss das Angebot des B mit der Begründung aus, dass B durch Einfügung dieser Klausel Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen und damit den Ausschlussgrund des § 16 Abs. 1 lit. b) i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A 2012 verwirklicht habe.

Der BGH stellte zunächst – anders als die Vorinstanzen – fest, dass das Angebot nicht aufgrund einer Änderung der Vergabeunterlagen hätte ausgeschlossen werden dürfen. Durch die Verwendung einer Klausel mit „Abwehrcharakter“ hätten die durch den Bieter eingebrachten Regelungen gar nicht erst Bestandteil des Angebots werden können. Vielmehr deute die Verwendung derartiger Regelungen auf ein Missverständnis hin, welchem der Bieter voraussichtlich Rechnung getragen hätte, wenn ihm dieses bewusst gewesen wäre. Aber selbst ohne Verwendung der Klausel hätte A hier vor einem Ausschluss zunächst eine Angebotsaufklärung vornehmen müssen, da ein von A bereitgestellter und von B genutzter Vordruck eine Erklärung enthielt, mit welchem er erklärte „keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil des Angebots zu machen“. Das Angebot sei insofern nicht eindeutig und daher aufklärungsbedürftig gewesen.

Bedeutung für die Praxis

Diese Entscheidung stellt eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des BGH und der OLGs dar. Bisher wurde der Ausschlussgrund der Abweichung von den Vergabeunterlagen gerade im Falle der Verwendung eigener Bieter-AGB eher strikt gehandhabt. Nunmehr bedarf es jedenfalls bei Verwendung einer „Abwehrklausel“ durch den Auftraggeber zunächst einer Aufklärung, ob abweichende Angaben eines Bieters auf ein Missverständnis zurückzuführen sind, bevor tatsächlich ein Ausschluss vorgenommen werden kann. Eine Grenze bilden jedoch „manipulative Eingriffe in die Vergabeunterlagen“ bei denen kein vollständiges Angebot mehr vorliegt, wenn die inhaltlichen Abweichungen hinweggedacht würden. Auch wenn die Entscheidung hinsichtlich eines Verfahrens nach der VOB/A erging, dürften die Wertungen auch auf andere Vergabeordnungen (VgV, SektVO etc.) übertragbar sein.