

UPDATE VERGABERECHT

ABWEHRKLAUSEL GREIFT NUR BEI WIDERSPRECHENDEN AGB

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2020 - Verg 24/19

A schrieb im Verhandlungsverfahren Bauleistungen aus. Die Vergabeunterlagen (VU) enthielten Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB). Nach Ziff. 10.3 ZVB ist A zur Aufrechnung mit ihm aus anderen Rechtsgeschäften mit dem Auftragnehmer (AN) zustehenden Ansprüchen berechtigt. Bieter B gab ein Erstangebot ab und brachte in Verhandlungen vor, Ziff. 10.3 ZVB sei zu weitreichend. Als AN eines von A gekündigten anderen Auftrags sah B sich Schadensersatzforderungen ausgesetzt und befürchtete, im Falle des Zuschlags und der Aufrechnung für lange Zeit keinen Werklohn zu erhalten. In einer E-Mail an A übermittelte B nach Verhandlungen geänderte Angebotsteile und bat A zu berücksichtigen, dass er mit Ziff. 10.3 ZVB nicht einverstanden sei. A forderte mit unveränderter Ziffer 10.3 ZVB zur Abgabe finaler Angebote auf. Dem finalen Angebot fügte B ein Schreiben bei und forderte, dass Ziff. 10.3 nur für den vergabegegenständlichen Vertrag gelten solle, da anderenfalls die Gleichbehandlung der Bieter nicht gewährleistet sei. A schloss das Angebot wegen Änderungen an den VU aus. Hiergegen wendet sich B mit der sofortigen Beschwerde, nachdem Rüge und Nachprüfungsantrag erfolglos blieben.

Ohne Erfolg! Soweit B mit dem Nachprüfungsantrag einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot geltend mache, sei er präkludiert. Seine vor Ablauf der Angebotsfrist abgegebenen Erklärungen zur Reichweite der Aufrechnungsklausel enthielten keine inhaltlich konkrete vergaberechtliche Beanstandung, aus denen A statt eines erneuten Verhandlungsvorschlags das Verlangen nach Beseitigung eines Vergaberechtsfehlers hätte erkennen können. Die erstmalige Erwähnung eines konkreten Verstoßes im Begleitschreiben zum Angebot sei damit verspätet. Im Übrigen sei die Beschwerde wegen rechtmäßigem Angebotsausschluss unbegründet. Die in den VU enthaltene Abwehrklausel, wonach etwaige abweichende AGB des Bieters nicht Vertragsbestandteil werden, stehe dem Ausschluss nicht entgegen, da es sich vorliegend gerade nicht um abweichende AGB des B handle.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass sich die in der Praxis häufig in VU anzutreffenden Abwehrklauseln ausschließlich auf AGB beziehen. Die Entscheidung des BGH vom 18.06.2019 ([X ZR 86/17](#)) betraf einen solchen Sachverhalt. Auf individuelle Bieterformulierungen, wie sie häufig in Begleitschreiben anzutreffen sind, finden sie jedoch keine Anwendung und stehen dem Ausschluss von Angeboten wegen Änderungen der VU somit nicht entgegen. Umso mehr ist Bietern weiterhin davon abzuraten, ihr Angebot unaufgefordert mit Begleitschreiben zu versehen. Aus Sicht eines Bewerbers vergaberechtswidrige Vertragsklauseln sind stattdessen rechtzeitig zu rügen.