

enreg.Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin

Workshop zum deutschen und europäischen
Vergaberecht in den regulierten Sektoren
am 13. November 2014

Jochem Gröning
Richter am Bundesgerichtshof

Die aktuelle Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofs zum Vergaberecht

Abgrenzung

Dienstleistungsauftrag ↔ -konzession

BGH, Beschluss vom 8.2.2011 – X ZB 4/10

– S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr

Auftrag: Auftraggeber zahlt Entgelt an Auftragnehmer

D'konzession: Konzessionär erhält

Recht zur zeitlich befristeten Nutzung einer ihm (zur Verwertung) übertragenen Dienstleistung

eventuell: zusätzliche Vergütung (Preis).

"Zuzahlung eines Preises": weit zu verstehen;

ausreichend: jegliche weitere geldwerte Zuwendung

Charakteristika der Dienstleistungskonzession

EuGH, VergabeR 2010, 48 - WAZV Gotha

Konzessionär muss bei Verwertung der ihm übertragenen Leistung den Marktrisiken ausgesetzt sein

muss das mit Verwertung verbundene Betriebsrisiko ganz oder zumindest zu wesentlichen Teilen tragen.

Gesichtspunkte für Bewertung des Betriebsrisikos

Gesamtbetrachtung erforderlich

Insbesondere:

- **Wie sind die Gegebenheiten auf dem betroffenen Markt?**
- **Welche vertraglichen Vereinbarungen wurden mit Blick auf die Marktverhältnisse getroffen?**

Gesichtspunkte für/gegen Betriebsrisiko:

**Besteht für Leistungserbringung Monopolstellung
(z. B. Beförderung im ÖPNV)**

**oder Konkurrenzsituation (z. B. Betrieb eines
"städtischen" Parkhauses neben privaten)**

Wird Zuzahlung geleistet oder nicht?

Besteht Anschluss- und Benutzungszwang?

**➔ EuGH (WAZV Gotha, VergabeR 2010, 48): Marktregulierende
rechtliche Rahmenbedingungen bleiben für Risikofra-
ge außer Betracht.**

Betriebsrisiko, Variante a): keinerlei Zuzahlung

BGH: Wenn keinerlei Zuzahlung, regelmäßig Dienstleistungskonzession

Grund: Jeder Bewerber übernimmt das Risiko der Auskömmlichkeit der möglichen Einnahmen.

Betriebsrisiko, Variante b): Zuzahlung erfolgt

Dann spricht gegen Dienstleistungskonzession:

- wenn zusätzliche Vergütung bei wertender Betrachtung keinen bloßen Zuschusscharakter mehr hat,**
- wenn die möglichen Einkünfte aus der Erbringung der Dienstleistung allein nur gänzlich inadäquate Gegenleistung wären**

Überwiegt Zahlung gegenüber Einkünften aus der Nutzung deutlich,

indiziert das regelmäßig:

Interessen des Vertragspartners der Vergabestelle sind durch die Zuzahlung so gesichert, dass kein wesentliches Vertragsrisiko aus Übernahme der Dienstleistung droht

Wann steht eine Zuzahlung in d. Sinne überwiegend im Vordergrund?

keine einheitliche Festlegung rechnerischer Quote oder sonstige schematische Lösung möglich.

Erforderlich: Gesamtschau aller Umstände im Einzelfall

DB Regio erhält Zuwendungen pro gefahrenem Zug-km machen insgesamt ca. 64 % der bei Vertragsdurchführung anfallenden Gesamtkosten aus.

- Zuzahlung überwiegt gegenüber Einnahmen aus Erbringung der Dienstleistung ganz erheblich.**
- Außerdem: kein Wettbewerb, begrenzte Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher**

Zulassung von Nebenangeboten und Preis als alleiniges Wertungskriterium

Vorschriften speziell für Wertung von Nebenangeboten?

Bei Basisparagrafen (-)

Allgemeiner Grundsatz:

Nebenangebote sollen mit Hauptangebot gleichwertig sein

Gleichwertigkeitskriterium

gebräuchlich bei technischen Spezifikationen (§ 7 III, 13 II VOB/A)

Rechtsgrundlagen im Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts

EU: Art. 24 VKR alt:

Varianten zulässig bei Vergabe nach Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots

Wenn Varianten zugelassen:

Mindestanforderungen dafür in Vergabeunterlagen festzulegen.

National: § 8 EG II Nr. 3 b) VOB/A

Wenn Nebenangebote zugelassen, müssen Vergabeunterlagen Mindestanforderungen dafür festlegen.

BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 – X ZB 15/13 - Stadtbahnprogramm Gera

**Ist Preis in EU-weitem Vergabeverfahren alleiniges
Zuschlagskriterium,**

sind Nebenangebote grundsätzlich nicht zulässig.

Grund: Gefahr der Wettbewerbsverzerrung

**Nebenangebote, die (nur) Mindestanforderungen
genügen,**

können unwirtschaftlich sein,

**müssten bei Wertung nur nach dem Preis aber trotz-
dem Zuschlag erhalten**

Kerngedanken:

Mindestanforderungen betreffen Leistungsseite, also den Inhalt des Nebenangebots

Mindestanforderungen geben keine Kriterien/Hilfestellung für Wertung von Nebenangeboten

Schaffen Rechtssicherheit für Bieter nur hinsichtlich des Gestaltungsspielraums für Nebenangebote

aber keine Rechtssicherheit hinsichtlich der Wertung

Wertung mittels Gleichwertigkeitskriterium von Haupt- und Nebenangebot bleibt diffus

Was müssen Vergabeunterlagen in punkto Mindestanforderungen und Wertungskriterien leisten?

Vom Sinn und Zweck her beantworten:

einerseits

Nebenangebote sollen Auftraggebern Know-how und Potenzial der Unternehmen für Alternativlösungen erschließen,

andererseits

Auftragnehmer müssen wissen, wie weit sie sich vom Leistungsverzeichnis entfernen können

Mindestanforderungen für Nebenangebote müssen i.A. nicht alle Details der Ausführung abdecken

Einerseits: Hinreichend großer Spielraum für Abwandlungen des Amtsvorschlags

Andererseits: Bieter müssen einschätzen können:

- welcher Standard ist Minimum**
- welche Ausführungsmerkmale müssen vorliegen, um mit wertungsfähigen Alternativausführungen gewinnen zu können**

**Vorgabe nur von Mindestanforderungen gefährdet
reguläre Wertung**

Ziel: Qualität u. technisch-funktioneller Wert von Nebenangeboten soll

mit Standard des Amtsvorschlags vergleichbar sein

(unabhängig von Mindestanforderungen)

Gleichwertigkeitsprüfung: wettbewerblich kritisch

Erforderlich: Konzept aussagekräftiger Zuschlagskrit.

orientiert an Beschaffungsgegenstand und -bedarf

mit einheitlicher Geltung für Haupt- und Nebenangeb.

Ausblick auf neue Rechtslage

Art. 24 VKR alt

**Varianten zulässig bei
Vergabe von Aufträgen
nach Kriterium des wirtschaftlich
günstigsten
Angebots**

Wenn Varianten gestattet:

**Mindestanforderungen
für Varianten in Vergabe-
unterlagen festlegen.**

Art. 45 VKR neu

Zuschlagskriterien müssen

- auf Varianten**
- und Hauptangebote**

gleich anwendbar sein.

**Wenn Varianten zugelassen
oder vorgeschrieben:**



Wenn lediglich Zuschlagskriterien auf Varianten und Hauptangebote gleich anwendbar sein müssen,

kann Preis alleiniges Kriterium sein und

sind Nebenangebote dann doch zulässig?

Überlegungen des BGH in "Stadtbahnprogramm Gera" unberührt: Nebenangebote wohl weiterhin unzulässig, wenn Wertung nur nach Preis

Mindestanforderungen in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte?

Rechtsgrundlage für Mindestanforderungen

Basisparagrafen (-)

Grundfreiheiten des EU-Vertrages

grenzüberschreitendes Auftragsinteresse erforderlich.

**Wo kein solches vorhanden, Mindestanforderungen
generell nicht erforderlich**

Wann liegt grenzüberschreitendes Interesse vor?

**Auftrag muss nach den konkreten Marktverhältnissen für
ausländische Anbieter interessant sein.**

Dafür maßgeblich:

- **wer sind angesprochene Branchenkreise**
- **sind diese zur grenzüberschreitenden Auftragsausführung bereit?**

(weil: hohes Auftragsvolumen, Grenznähe)

Selbst bei grenzüberschreitendem Interesse nur stark "abgespeckte" Definition von Mindestanforderungen verlangt:

Klauseln:

In Nebenangeboten enthaltene Leistungen sind eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.

Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

BGH: Mit EU-Primärrecht und Geboten der Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz vereinbar.

Aufhebung des Vergabeverfahrens (§ 17 VOB/A)

Wann kann Ausschreibung aufgehoben werden?

Kein Angebot eingegangen, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,

Vergabeunterlagen müssen grundlegend geändert werden,

es bestehen andere schwerwiegende Gründe

Wann liegt anderer schwerwiegender Grund vor, so dass Vergabeverfahrens aufgehoben werden darf?

Umfassende Interessenabwägung vorzunehmen

alle für die Aufhebungsentscheidung maßgeblichen Umstände berücksichtigen.

Insbesondere: Ursachen der Aufhebung

hier: Mehrdeutige Vergabeunterlagen

Rechtsfolgen bei Aufhebung

1. Alt.: anderer schwerwiegender Grund liegt vor

→ Aufhebung rechtmäßig, keine Schadensersatzansprüche

→ Ergebnis der Risikoverteilung der Vergabe- und Vertragsordnungen

**2. Alt.: anderer schwerwiegender Grund liegt nicht vor;
dennoch wird aufgehoben**

**Grundsätzlich: Kein Anspruch auf Zuschlagserteilung;
Erstattung nur des negativen Interesses**

**Ausnahmsweise Anspruch auf Weiterführung des Ver-
gabeverfahrens bzw. Ersatz des positiven Interesses:**

**Identischer oder wesensgleicher Auftrag wird zeitnah
erteilt**

**Aufhebung war missbräuchlich,
nur zu Gunsten anderweitiger Zuschlagserteilung
vorgeschoben**

(BGH, Urteil vom 8. September 1998 – X ZR 99/96 – BGHZ 139, 280-288)

Wann kann bei Kostenüberschreitung aufgehoben werden?

- 1. Vertretbare Schätzung des Kostenrahmens aufgrund der bei Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten**
- 2. Betraut Auftraggeber Dritten mit Kostenermittlung, haftet er für dessen Fehler bei Bedarfsfeststellung**
- 3. Schwerwiegender Grund zur Aufhebung besteht, wenn Angebote deutlich über den vertretbar geschätzten Kosten liegen.**

- **öffentliche Ausschreibung für Friedhofserweiterung**
- **geschätzter Auftragswert 230.000 €**
- **günstigstes, aber verspätetes Angebot: 244.000 €**
- **Klägerin: 261.500 (bestes wertungsfähiges Angebot)**
- **Vergabestelle hebt auf (Finanzierung nicht gesichert)**
- **schreibt sofort beschränkt aus**
- **beteiligt Klägerin nicht an dieser Ausschreibung**
- **Vergabe zu 242.000 €**
- **Aufhebung vergaberechtskonform?**

BGH, Urteil vom 20. November 2012 - X ZR 108/10 - Friedhofserweiterung

Bei deutlicher Überschreitung der vertretbar geschätzten Kosten → Aufhebung zulässig

Wann sind Kosten "deutlich" überschritten?

Keine allgemeinverbindliche Werte nach Höhe oder Prozentsätzen festschreibbar,

umfassende Interessenabwägung vorzunehmen

Abwägungskriterien:

- Einerseits: Vergabestellen sollen nicht das Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung tragen.**
- Andererseits: Aufhebung kein "Notausgang" bei "enttäuschenden" Submissionsergebnissen.**

BGH, Urteil vom 20. November 2012 - X ZR 108/10 - Friedhofserweiterung

§ 17 I VOB/A ist nach Sinn und Zweck der Regelung eng auszulegen.

Auch sorgfältige Schätzungen nur Prognosen, Ausschreibungsergebnisse weichen davon erfahrungsgemäß mitunter nicht unerheblich ab.

Aufhebung grundsätzlich nur rechtmäßig, wenn Ausschreibungsergebnis ganz beträchtlich über der vertretbaren Schätzung liegt .

**OLG München, Urt. v. 21.12.2013 - 1 U 498/13:
Überschreitung der Kostenschätzung um 17%:
kein schwerwiegender Grund**

Kalkulationsirrtum - wann muss Auftraggeber das betreffende Angebot unberücksichtigt lassen?

BGH, Urteil vom 7. Juli 1998 – X ZR 17/97 – BGHZ 139, 177

Auftraggeber ist grds. nicht verpflichtet, Angebote auf Kalkulationsfehler zu überprüfen oder insoweit von sich aus weitere Ermittlungen anzustellen

Prüfungspflicht kann aber bestehen,

wenn sich ein Kalkulationsirrtum mit unzumutbaren Folgen für den Bieter aus dem Angebot oder dem Auftraggeber bekannten sonstigen Umständen aufdrängt

Indizien für/gegen Kalkulationsirrtum

**breite Streuung der Preise –
spricht nicht ohne Weiteres
für Kalkulationsirrtum**

**BGHZ 139, 177 Tischlerarbei-
ten für einen Neubau:**

306.000 DM

313.000 DM

349.000 DM

403.000 DM

405.000 DM

476.000 DM

**großer Abstand nur zwischen 1.
und 2. Angebot - Indiz für Irrtum**

**BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR
32/14 Straßenbauarbeiten:**

455.000

621.000 = + 166.000

...

...

...

Auftraggeber verstößt gegen § 241 II BGB, wenn Bieter zu einem Preis leisten soll, der auf einem erheblichen Kalkulationsirrtum beruht.

§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) ...

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

Nicht jeder noch so geringe Irrtum beachtlich

Aber: Auftraggeber verstößt gegen Rücksichtnahmepflicht, wenn er Zuschlag erteilt,

obwohl ein verständiger Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr erwarten kann,

dass Bieter den irrig kalkulierten Preis als auch nur annähernd äquivalente Gegenleistung akzeptieren muss

Also: erheblicher Kalkulationsfehler +

erhebliche Auswirkungen auf Gesamtpreis

nicht erforderlich: existenzielle Bedrohung des Bieters