



Abwehrklausel des Auftraggebers sticht nicht bei individuellen Bietervorgaben

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit Beschluss vom 12. Februar 2020 - Verg 24/19 - eine auch für die Städte und Gemeinden als öffentliche Auftraggeber wichtige Entscheidung gefällt. Der Beschluss des Oberlandesgerichts konkretisiert die Entscheidung des BGH vom 18. Juni 2019 (X ZR 86/17), wonach das Hinzufügen von eigenen Vertragsbedingungen des Bieters bei Vorhandensein einer sogenannten Abwehrklausel des Auftraggebers nicht zwingend zum Ausschluss des Bieters führt. Das OLG Düsseldorf hat festgestellt: Die Rechtsprechung des BGH, wonach bei sich widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) keine Änderung der Vergabeunterlagen vorliegt, wenn Vertragsbedingungen des Auftraggebers eine sogenannte Abwehrklausel enthalten, findet nach dem OLG keine Anwendung auf individuelle Vorgaben des Bieters.

1. Sachverhalt:

Mit Bekanntmachung vom 18. April 2018 (EU-Bekanntmachung) schrieb die Antragsgegnerin die Vergabe von Bauleistungen für Schachtförderanlagen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Zu den Vergabeunterlagen gehören neben der Leistungsbeschreibung und den Besonderen Vertragsbedingungen auch die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen nach der VOB/B (ZVB VOB/B), Stand Januar 2018, auf die in vollem Umfang Bezug genommen wird. Nach Ziff. 10.3 ZVB ist die Antragsgegnerin berechtigt, Zahlungen wegen Ansprüchen und Forderungen zurückzuhalten oder aufzurechnen, die ihr aus anderen Rechtsgeschäften mit dem Auftragnehmer oder aus sonstigen Gründen gegen den Auftragnehmer zustehen.

Die Antragstellerin gab unter dem 28. Januar 2019 ein indikatives Angebot ab. Am 04. März 2019 fand ein Verhandlungsgespräch zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin statt. Im Nachgang zu dem Bietergespräch übersandte die Antragstellerin mit E-Mail vom 08. März 2019 an die Antragsgegnerin eine von ihr vorgenommene Überarbeitung der ergänzenden kaufmännischen Bedingungen mit der Bitte um Berücksichtigung, auf die Bezug genommen wird. Zu dem Aufrechnungsvorbehalt in Ziff. 10.3 hat die Antragstellerin angemerkt:

„Mit einer derartigen Regelung können wir uns nicht einverstanden erklären. Eine solche Regelung würde eine positive projekt- bzw. vertragsbezogene Risikobeurteilung für uns erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen.“

Die Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote erfolgte unter Beifügung der finalen Vergabeunterlagen am 29. März 2019. Eine Änderung von Ziff. 10.3 ZVB war nicht erfolgt. Das finale Angebot der Antragstellerin datiert vom 17. April 2019. In dem Angebotsbegleitschreiben führt die Antragstellerin unter anderem wie folgt aus:

„Bitte gestatten Sie uns zwei Punkte der Ausschreibung bzw. unseres Angebotes verbindlich wie folgt klarzustellen: Das in den Vertragsunterlagen aufgeführte Recht zur Aufrechnung durch den AG ist dahingehend zu konkretisieren, dass diese Rechte ausschließlich für Aufrechnungen der C. mit Forderungen/Ansprüchen der C. aus dem durch Zuschlagserteilung neu zu begründenden Vertrag zur Schachtförderanlage T. (E+M-Teil) gilt. Andernfalls ist die Gleichbehandlung der Bieter nicht gewährleistet.“

Mit Schreiben vom 29. Mai 2019 und sodann mit weiterem Schreiben vom 03. Juni 2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, ihr finales Angebot vom 17. April 2019 werde wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 Abs. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 5 VOB/A EU ausgeschlossen, weil es die Aufrechnungsklausel in Ziff. 10.3 ZVB abändere. Darüber hinaus fehlten mehrere Preisangaben für Ersatzteil- und Montagepositionen der Schachteinbauten, so dass ein weiterer Ausschlussgrund (§ 16 Nr. 3 VOB/A EU) erfüllt sei. Das Angebot der Beigeladenen sei für den Zuschlag vorgesehen.

Die Antragstellerin beantragte Nachprüfung bei der zuständigen Vergabekammer. Sie hat geltend gemacht, dass ihr Angebot zu Unrecht ausgeschlossen worden sei und hierzu umfangreich vorgetragen. Sie hat behauptet, in dem Gespräch am 15. April 2019 hätte die Antragsgegnerin ihre Bereitschaft erklärt, dem Wunsch der Antragstellerin zur Beschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit Rechnung zu tragen und die Antragstellerin ermuntert, die einschränkende Formulierung in ihr Angebot aufzunehmen.

Mit Beschluss vom 10. Juli 2019 hat die 2. Vergabekammer des Bundes den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Der zulässige Nachprüfungsantrag sei nicht begründet, weil der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin zu Recht erfolgt sei. Die Antragstellerin sei bezüglich Ziff. 10.3 ZVB von den Vorgaben der Antragsgegnerin abgewichen, so dass die Voraussetzungen des § 16 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A EU erfüllt seien. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Beschwerde.

2. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Im Hinblick auf die hier relevante Frage des Vorliegens einer Änderung der Vergabeunterlagen hat das OLG Düsseldorf festgestellt:

Die Vergabekammer hat zutreffend ausgeführt, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zur Recht gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A EU wegen einer unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen hat. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind nach den genannten Vorschriften unzulässig und führen zwingend zum Ausschluss des Angebots.

Das finale Angebot der Antragstellerin vom 17. April 2019 ändert die Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin ab. Die zusätzlichen Vertragsbedingungen der Antragsgegnerin für die Ausführung von Bauleistungen nach der VOB/B (ZVB) gehören zum Vergabeverfahren der Errichtung der Schachtförderanlage und damit zu den Vertragsgrundlagen, die die Antragsgegnerin den Bietern zur Verfügung gestellt hat. Zwischen den Verfahrensbeteiligten steht nicht im Streit, dass die endgültige Fassung der ZVB, die Grundlage der Aufforderung zur Abgabe des finalen Angebots vom 29. März 2019 war, regelt, dass die Antragsgegnerin berechtigt ist, Zahlungen wegen Ansprüchen und Forderungen zurückzuhalten oder aufzurechnen, die ihr

aus anderen Rechtsgeschäften mit dem Auftragnehmer oder aus sonstigen Gründen gegen den Auftragnehmer zustehen.

Die Antragstellerin ändert diese Regelung in ihrem Angebot vom 17. April 2019 ab, indem sie das in Ziff. 10.3 ZVB normierte Recht der Antragsgegnerin zur Aufrechnung mit Gegenansprüchen inhaltlich auf Forderungen und Ansprüche der Antragsgegnerin aus dem durch Zuschlagserteilung neu zu begründenden Vertrag zur Schachtförderanlage beschränkt. Anders als die Antragstellerin meint, können ihre Formulierungen nicht dahingehend verstanden werden, dass sie damit im Nachgang zum Gespräch am 15. April 2019 ihren Wunsch nach Rücksprache mit der Geschäftsleitung der Antragsgegnerin zum Ausdruck bringen wollte.

Zwar hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 18. Juni 2019 (X ZR 86/17) eine Änderung der Vergabeunterlagen bei widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters und des Auftraggebers im Fall einer sogenannten Abwehrklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Auftraggebers, wonach etwaige (abweichende) Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters nicht Vertragsbestandteil werden, verneint und ferner ausgeführt, dass auch ohne eine solche Abwehrklausel ein Angebot in der Wertung verbleiben kann, wenn die Verwendung der abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters erkennbar auf einem Missverständnis über die in den Vergabeverfahren einseitige Maßgeblichkeit der vom Auftraggeber vorgegebenen Vergabe- und Vertragsbedingungen beruht (BGH, NZBau 2019, 661, 663 Rn. 23 ff.).

Eine solche Konstellation liegt hier jedoch nicht vor, obwohl in Ziff. 1.1 Satz 3 ZVB geregelt ist, dass alle abweichenden Bedingungen im Angebot des Auftragnehmers nur dann gelten, wenn sie von der Antragsgegnerin schriftlich anerkannt sind. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Ziff. 1.1 Satz 3 ZVB sind indes abweichende Bedingungen im Sinne von Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters. Nach § 305 Abs. 1 S.1 BGB sind AGB's alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Der für einen bestimmten Vertrag ausgearbeitete Text ist daher nicht von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst (BGH NJW-RR 2002, 13; Grüneberg in Palandt, BGB, 79. Aufl., § 305 Rn. 9). Der Formulierung im Angebotsbegleitschreiben vom 17. April 2019 ist zu entnehmen, dass es sich um eine individuelle Formulierung der Antragstellerin für den ausgeschriebenen Auftrag und nicht für eine Vielzahl von Verträgen handelt.

Insoweit ist der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin gestützt auf § 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A EU zu Recht erfolgt.

3. Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf stellt eine wichtige Konkretisierung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dar: Es ist sachgerecht, dass Abwehrklauseln des Auftraggebers nach der Entscheidung des OLG nicht grenzenlos dazu führen können, dass abweichende Bieterangebote unabhängig von ihrer Aussagekraft in der Wertung bleiben. Der BGH hat in seiner Rechtsprechung die Bieterangebote für nicht ausschlusswürdig gehalten, die bei Vorliegen einer Abwehrklausel des Auftraggebers im Sinne eines Bieter- „Missverständnisses“ Abweichungen enthalten.

Von einem Missverständnis muss insbesondere bei vielfach „beiläufig“ von Unternehmen ihrem Angebot angehängten sog. „Rückseiten-AGBs“ ausgegangen werden. Anders ist die Rechtslage dann, wenn Bieter mit Blick auf die konkrete Ausschreibung des Auftraggebers eigene, „individuelle“ und damit von den Vergabeunterlagen des Auftraggebers bewusst abweichende Vorgaben machen. Hier liegt kein Missverständnis des Bieters mehr vor. Folge ist, dass in einem solchen Fall der Ausschluss des Bieters wegen der von ihm vorgenommenen Änderungen an den Vergabeunterlagen gerechtfertigt ist.

(Quelle: DStGB Aktuell 1220-23)

th-ru