

BGH Urteil vom 18.06.2019 X ZR 86/17

VOB/A 2012 § 13 EU Abs. 1 Nr. 5, § 16 EU Nr. 2

1. Bedingt sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen (hier: § 1 Abs. 1.3 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen [ZVBBau] Stand: 10.06.2015) aus, dass etwaige Vorverträge, in den Vergabeunterlagen nicht als Vertragsbestandteile aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder Klauselwerke oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden, und stellt ein Bieter mit seinem Angebot abweichende Zahlungsbedingungen, können diese infolge der Abwehrklausel des Auftraggebers im Falle der Auftragserteilung keine rechtliche Wirkung entfalten. Ein Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist deshalb nicht erforderlich und nicht zulässig.*)

2. Auch ohne Geltung von § 1 Abs. 1.3 ZVBBau kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie namentlich Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigelegt hat, ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2012 in der Wertung verbleiben, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt.*)

BGH, Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17

vorhergehend:

OLG Stuttgart, 09.08.2017 - 10 U 46/17

LG Heilbronn, 15.03.2017 - 5 O 186/16

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning, Dr. Grabinski und Hoffmann sowie die Richterin Dr. Kober-Dehm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. August 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte schrieb auf der Grundlage einer Bekanntmachung vom 10. November 2015 Tief- und Straßenbauarbeiten im offenen Verfahren nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen aus. Zur Abgabe eines formwirksamen Angebots hatten die Bieter unter anderem ein vorformuliertes Angebotsschreiben (V05) unterschrieben einzureichen. Angebotsinhalt waren des Weiteren die in diesem Angebotsschreiben aufgelisteten, als Vertragsgrundlagen der Angebote gekennzeichneten Unterlagen und Formblätter. Dazu gehörten neben dem Angebotsschreiben V05 selbst, dem Leistungsverzeichnis und den Besonderen Vertragsbedingungen für Bauleistungen unter anderem auch die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ZVBBau). Durch Unterzeichnung des Angebotsschreibens V05 gaben die Bieter außerdem verschiedene in § 3 dieses Schreibens vorformulierte Erklärungen ab.
- 2 In § 8 ZVBBau sind Regelungen betreffend die Abrechnung und die Zahlungen enthalten. Zur Schlusszahlung ist unter § 8.2.a), soweit für den Streitfall von Interesse, bestimmt:

Die Schlusszahlung erfolgt innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Abnahme und Stellung einer prüfbaren Schlussrechnung. ...

- 3 Die Klägerin machte von der Möglichkeit Gebrauch, ein Kurztext-Leistungsverzeichnis einzureichen. An dessen Ende waren die Preise aller Titel zum endgültigen Brutto-Angebotsendpreis aufaddiert. Unterhalb davon gab die Klägerin den Endpreis ausgerückt erneut an, und zwar mit dem Zusatz "... zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug".
- 4 Die Beklagte machte vorprozessual in Bezug auf dieses Angebot verschiedene Ausschlussgründe geltend, an denen sie zum Teil nicht festhielt, nachdem die Klägerin ihnen entgegengetreten war. Sie schloss das Angebot schließlich mit der Begründung aus, die Klägerin habe durch die Einfügung der Klausel "zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug" Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen und demgemäß den Ausschlussgrund des § 16 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A 2012 verwirklicht.
- 5 Das Landgericht hat die daraufhin erhobene Schadensersatzklage, mit der die Klägerin ihr auf 185.393,90 Euro beziffertes positives Interesse und die Erstattung außergerichtlich entstandener Kosten verlangt hat, abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.
- 6 Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageforderungen weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

- 7 Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch mit der Begründung verneint, die Beklagte habe Änderungen an den Vergabeunterlagen i.S.v. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A vorgenommen, die den Angebotsausschluss rechtfertigten. Zum Angebotsausschluss nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A führten nicht nur den technischen Inhalt betreffende Abweichungen von den Vorgaben des Auftraggebers, sondern auch Änderungen vertraglicher Regelungen und insoweit namentlich die Beigabe eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Ein solcher Fall sei gegeben; die Klägerin habe mit der eigenen Klausel "zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug" auf der letzten Seite des Leistungsverzeichnisses eine Änderung gegenüber den vorgegebenen Zahlungsbedingungen in § 8 ZVBBau vorgenommen. Wegen der zwingenden Ausschlussfolge habe sich ein Bietergespräch zum Zwecke der Klarstellung verboten.

II.

- 8 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der vom Berufungsgericht angenommene Ausschlussgrund ist nicht verwirklicht.
- 9 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, in deren § 8 die Modalitäten über die Schlusszahlung geregelt sind, im Falle der Zuschlagserteilung zum Vertragsinhalt

erhoben werden sollten und dementsprechend für die abzugebenden Angebote maßgeblich waren. Dieses Klauselwerk gehört nach § 1 Gliederungspunkt 1.1 des Angebotsschreibens (V05) zu den Unterlagen und Regelwerken, die Vertragsbestandteil werden sollen.

- 10 Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen enthalten, soweit für den Rechtsstreit von Interesse, in § 1 Abs. 1.3 eine Regelung über den Ausschluss sonstiger Bestimmungen und Regelungen zu den Vertragsbestandteilen. Die Bestimmung lautet:
- 1.3 Ausschluss sonstiger Bestimmungen und Regelungen zu den Vertragsbestandteilen.
- Etwaige Vorverträge, unter § 1.2 nicht aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Vertrages, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des AN sind nicht Vertragsbestandteil.
- 11 2. Diese von der Auftraggeberseite zur Verwendung vorformulierte Regelung ist im Lichte der Neuregelungen seit der Ausgabe der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen von 2009 zu sehen. Diese dienen dazu, den Ausschluss von Angeboten aus vielfach nur formalen Gründen zu verhindern. Erklärtes Ziel ist im Interesse der Erhaltung eines möglichst umfassenden Wettbewerbs, die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig wegen an sich vermeidbarer, nicht gravierender formaler Mängel zu reduzieren (vgl. die Eingangshinweise des Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen, BAnz 155a vom 15. Oktober 2009, und Einführungserlass des BMVBS unter anderem zur Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2009 vom 10. Juni 2010 - B 15 - 8163.6/1 S. 7).
- 12 Während diese liberalisierenden Regelungen den Angebotsausschluss im Zusammenhang mit im Angebot fehlenden Erklärungen bzw. einzelnen Preisangaben betreffen, hat die Klausel in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau Abwehrcharakter und zielt darauf, den Ausschluss solcher Angebote nach § 13 EU Abs. 1 Nr. 5, § 16 EU Nr. 2 VOB/A zu vermeiden, denen der Bieter unter anderem eigene Vertragsklauseln, insbesondere Allgemeine Geschäftsbedingungen, beigegeben hat.
- 13 In Anbetracht der Bindung des öffentlichen Auftraggebers namentlich an die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) liegt aus der maßgeblichen objektiven Sicht der potenziellen Bieter (BGH, Urteil vom 20. November 2012 - X ZR 108/10, VergabeR 2013, 208 Rn. 9 - Friedhofserweiterung; Urteil vom 10. Juni 2008 - X ZR 78/07, VergabeR 2008, 782 Rn. 10 – Nachunternehmererklärung) an sich die Annahme fern, die mit den Vergabeunterlagen vom Auftraggeber vorgegebenen Bestimmungen wie etwa die Allgemeinen, Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen (§ 8a EU VOB/A) oder ähnliche ergänzende Regelungen dürften bieterseitig durch eigene Klauseln oder Allgemeine Geschäftsbedingungen ersetzt oder sonst abgewandelt werden.

- 14 Fügt ein Bieter seinem Angebot in einem Vergabewettbewerb, insbesondere in einem solchen nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, gleichwohl eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen bei, deutet das auf ein Missverständnis der Bindungen des öffentlichen Auftraggebers bei der öffentlichen Auftragsvergabe hin, denen der Bieter aber voraussichtlich von vornherein Rechnung getragen hätte, wenn ihm diese bewusst gewesen wären. Die Regelung in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau ermöglicht in solchen Fällen, das Angebot in der Wertung zu belassen.
- 15 Zur "Korrespondenz" im Sinne dieser Regelung gehören entsprechend der stark ausgeprägten Formalisierung des Vergabeverfahrens auch die Angebotsunterlagen selbst. Um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 1 Abs. 1.3 ZVBBau handelt es sich nicht nur bei dem Angebot gesondert beigegebenen Unterlagen, sondern auch bei einer Integrierung entsprechender Klauseln in das Angebot selbst.
- 16 Die Regelung in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau ist im Übrigen für beide Seiten bindend. Das ergibt sich aus der geschilderten, für die Vertragsgegenseite erkennbaren Gebundenheit des öffentlichen Auftraggebers an seine eigenen, einheitlich für alle Bieter geltenden Vertragsbedingungen. Die für Konflikte aus der wechselseitigen Einbeziehung kollidierender Allgemeiner Geschäftsbedingungen im privaten Geschäftsverkehr außerhalb der öffentlichen Auftragsvergabe entwickelten Lösungsmöglichkeiten (vgl. Palandt-Grüneberg, 78. Aufl., § 205 BGB Rn. 54) sind hier nicht einschlägig. Die Auftraggeber haben deshalb nicht zu befürchten, dass der betreffende Bieter sich im Falle der Auftragsvergabe an ihn während der Vertragsdurchführung mit Erfolg auf die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen könnte, oder dass sie im Umfang der Kollision auf die gesetzlichen Regelungen verwiesen wären.
- 17 3. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass es sich bei dem der Angebotssumme hinzugefügten Hinweis "zahlbar bei Rechnungserhalt ohne Abzug" um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin handelte. Diese Bewertung ist rechtlich möglich und wird von den Parteien nicht angegriffen.
- 18 Damit fällt diese von der Klägerin in ihr Angebot eingebrachte Zahlungsmodalität direkt in den Anwendungsbereich der Abwehrklausel in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau. Sie konnte als Abweichung von den nach § 1 Abs. 1.2 ZVBBau maßgeblichen Unterlagen und Protokollen nicht Vertragsbestandteil werden. Dementsprechend hatte die Beklagte keinen Anlass und bestand kein Raum dafür, das Angebot der Klägerin wegen vermeintlicher Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen. Allenfalls hätte sie vorsorglich zur Klarstellung gegenüber der Klägerin auf den Vorrang der für die Schlusszahlung geltenden Klauseln in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen hinweisen können.
- 19 Zur Vermeidung von Missverständnissen ist insoweit lediglich darauf hinzuweisen, dass die rechtliche Einordnung als allgemeine Geschäftsbedingung keine Voraussetzung für die direkte oder entsprechende Anwendung von § 1 Abs. 1.3 ZVBBau ist. Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers sind darin nur beispielhaft ("insbesondere") als Inhalte genannt, die nicht Vertragsbestandteil werden sollen. Im Streitfall wäre das Ergebnis demgemäß dasselbe, wenn die von der Klägerin beigefügte Zahlungsmodalität nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung einzuordnen wäre.

- 20 Über die von ihr selbst gesetzten rechtlichen Vorgaben für Vertragsschluss und -abwicklung konnte die Beklagte sich nicht hinwegsetzen. Der Bundesgerichtshof hat schon vor der Kodifizierung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe durch das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. August 1998 (VgRÄG, BGBl. I S. 2512) in ständiger Rechtsprechung vertreten, dass öffentliche Auftraggeber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert sind, die allgemein und öffentlich für die Auftragsvergabe formulierten Grundsätze zu missachten (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1991 - VII ZR 203/90, BGHZ 116, 149). Das gilt nach wie vor.
- 21 4. Unabhängig davon, dass das Angebot nach dem vorstehend Ausgeführten wegen der Regelung in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau nicht als Änderung an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden durfte, hätte es auch ohne Geltung dieser Klausel entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht wegen der vermeintlich zwingenden Ausschlussfolge des § 16 EU Nr. 2 VOB/A ohne vorheriges Bietergespräch zum Zwecke der Klarstellung des Angebotsinhalts (§ 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) ausgeschlossen werden dürfen. Denn zu den in § 3 des Angebotsschreibens V05 vorformulierten Bekundungen gehörte die Erklärung der Klägerin, dass "wir neben den oben genannten Angebotsinhalten keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil unseres Angebots machen". Dazu stand der Zusatz bei der Angebotsendsumme am Ende des Kurzttext-Leistungsverzeichnisses in Widerspruch. Das Angebot hatte dementsprechend keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern war in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig, und die Beklagte hätte nach § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A insoweit Aufklärung über das Angebot selbst verlangen dürfen und müssen.
- 22 5. Im Übrigen gibt der Streitfall zu folgenden Ausführungen Anlass:
- 23 Mit dem bereits erwähnten (oben Rn. 11) Inkrafttreten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2009 am 11. Juni 2010 (vgl. Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 10. Juni 2010 - B 15 - 8163.6/1) ist die gesetzliche Grundlage für die zu älteren Ausgaben der Vergabe- und Vertragsordnungen ergangene, vom Gedanken formaler Ordnung geprägte strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs namentlich zur Handhabung der Angebotsausschlussgründe entfallen. Darauf hat der Bundesgerichtshof selbst mehrfach hingewiesen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juni 2018 - X ZR 100/16, VergabeR 2019, 57 Rn. 11 - Uferstützmauer, zur Veröff. in BGHZ 219, 108 vorgesehen; Urteil vom 29. November 2016 - X ZR 122/14, NZBau 2017, 176 Rn. 20 - Tischlerarbeiten).
- 24 Der Ausschlussgrund der Änderungen an den Vergabeunterlagen ist zwar vom Wortlaut her unverändert geblieben. Die Regelung ist jedoch dem aufgezeigten Wertungswandel in den rechtlichen Grundlagen der Vergabebestimmungen angepasst auszulegen und anzuwenden. Der Ausschluss des Angebots der Klägerin hätte darauf nicht gestützt werden können.
- 25 Einem unvoreingenommenen Auftraggeber musste sich schon nach Art, Gegenstand und Ort der Anbringung der Zahlungsklausel am Ende des Kurzttext-Leistungsverzeichnisses die Möglichkeit aufdrängen, dass ihre Verwendung auf einem Missverständnis über die in Vergabeverfahren einseitige Maßgeblichkeit der vom Auftraggeber vorgegebenen Vergabe- und Vertragsbedingungen (oben Rn. 13 f.) beruhte.

26 Solche und ähnliche Abweichungen von den Vergabeunterlagen hätte der Auftraggeber auch ohne die Klausel in § 1 Abs. 1.3 ZVBBau oder die Erklärung in § 3 des Angebotsschreibens V05 ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufklären und das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückführen können. Insoweit ist zu bedenken, dass ohne weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot vorliegt, wenn der Bieter von beigegebenen eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Abstand nimmt. Insoweit liegen solche Fallgestaltungen grundsätzlich anders als bei manipulativen Eingriffen in die Vergabeunterlagen im eigentlichen Sinne, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben wird und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliegt.

III.

- 27 Der angefochtene Beschluss erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig (§ 563 Abs. 3 ZPO).
- 28 1. Die Revisionserwiderung gibt insoweit zu bedenken, ob die Klägerin mit dem Schadensersatzanspruch nicht deshalb ausgeschlossen sein könnte, weil sie keinen Primärrechtsschutz nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Anspruch genommen hat.
- 29 In der vergaberechtlichen Literatur wird vertreten, ein Bieter, der einen erkannten oder aus der Bekanntmachung bzw. aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstoß nicht innerhalb der in § 160 Abs. 3 GWB genannten Fristen gerügt habe, sei damit im Schadensersatzprozess genauso präkludiert wie mit der Einreichung eines Nachprüfungsantrags (sogenannte materielle Präklusion, vgl. Antweiler in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 181 Rn. 16 mwN).
- 30 Gegen dieses Verständnis spricht schon, dass eine § 839 Abs. 3 BGB entsprechende Regelung im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht vorgesehen ist. Eine analoge Anwendung dieser spezifisch deliktsrechtlichen Regelung ist nicht angezeigt; die Tätigkeit der Vergabestellen im Zusammenhang mit öffentlicher Beschaffung ist einer Amtsführung nicht vergleichbar (vgl. Palandt/Sprau, 78. Aufl., § 839 BGB Rn. 146).
- 31 2. Nichts anderes ergibt sich grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens (§ 254 BGB) im Zusammenhang mit den Rügeobliegenheiten der Bieter im Vergabeverfahren nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Der Mitverschuldenseinwand ist dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht von vornherein abgeschnitten (vgl. MüKo VergabeR I/Gröning GWB § 181 Rn. 48). Eigenes Verhalten ist dem Geschädigten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Mitverschulden (§ 254 BGB) aber nur dann zuzurechnen, wenn es für den Eintritt des Schadens adäquat kausal geworden ist. Das setzt wiederum regelmäßig voraus, dass durch das Verhalten des Geschädigten die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen Schadens in nicht unerheblicher Weise

erhöht worden ist (BGH, Urteil vom 3. Juli 2008 - I ZR 218/05, NJW-RR 2009, 103 Rn. 28).

- 32 Übertragen auf das Vergabeverfahren bedeutet dies, dass das Unterlassen der Rüge adäquat kausal für die Vergabe des Auftrags an einen Wettbewerber geworden sein muss; es muss also anzunehmen sein, dass der Auftraggeber seine den rügenden Bieter belastende vergaberechtliche Entscheidung - hier: den Ausschluss wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen - aufgrund der Rüge als vergaberechtswidrig zurückgenommen hätte. Darüber kann naturgemäß nur eine Prognoseentscheidung getroffen werden, die tragfähig begründet werden muss. Dabei wird generell nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden können, dass sich der Auftraggeber nur aufgrund der Rüge eines Besseren besonnen und dieser Beanstandung abgeholfen hätte.
- 33 Im Streitfall kommt es hierauf nicht an, weil die Klägerin nach den tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts den Ausschluss gerügt und die Beklagte der Rüge nicht abgeholfen hat.
- 34 3. Das angefochtene Urteil ist nach allem aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden; der Rechtsstreit ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

IV.

- 35 Die Revision erörtert weitere von der Beklagten geltend gemachte Ausschlussgründe, zu denen das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen getroffen hat. Dazu erscheinen vorbehaltlich der dazu zu treffenden Feststellungen folgende Hinweise angezeigt:
- 36 1. Baustelleneinrichtung
- 37 Die Pauschalen zur Baustelleneinrichtung sollen ausweislich des Leistungsverzeichnisses nur die Kosten für die Einrichtung der Baustelle erfassen; hinsichtlich der Kosten für das Vorhalten und Betreiben der Geräte, Anlagen und Einrichtungen einschließlich Mieten, Pacht, Gebühren und dergleichen seien die Bieter gehalten gewesen, diese Kosten bei den Einheitspreisen der betreffenden Teilleistungen zu berücksichtigen. Die entsprechenden Positionen im Angebot der Klägerin hätten jedoch keine entsprechenden Forderungen beinhaltet.
- 38 Dieser Einwand betrifft die Kalkulationsfreiheit der Bieter. Der Bundesgerichtshof hat sich damit nach Erlass des angefochtenen Beschlusses eingehend befasst und entschieden, dass die Kalkulationsfreiheit die Befugnis einschließt festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen; aus § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A lässt sich nicht ableiten, dass jede Position des Leistungsverzeichnisses nach den gleichen Maßstäben kalkuliert und dass insbesondere der für jede Position verlangte Preis mindestens den hierfür entstehenden Kosten des Bieters entsprechen müsste (BGH, VergabeR 2019, 57 = BGHZ 219, 108 Rn. 9 - Uferstützmauer; vgl. auch Rn. 13 desselben Urteils).

- 39 2. Technische Eignung
- 40 Fehlende Eignung der Klägerin soll sich daraus ergeben, dass sie die Baustelle ohne Bauleiter kalkuliert habe.
- 41 Einem öffentlichen Auftraggeber ist es nicht prinzipiell verwehrt, die Eignung eines Bieters nachträglich infrage zu stellen. Der Bundesgerichtshof hat jedoch darauf hingewiesen, dass, wenn dies geschieht, nachdem der betreffende Bieter ein Nachprüfungsverfahren oder - wie hier - einen Schadensersatzprozess eingeleitet hat, besonders kritisch zu prüfen ist, ob dies nicht von sachfremden Erwägungen getragen ist (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 - X ZB 15/13, BGHZ 199, 327 Rn. 32 - Stadtbahnprogramm Gera).
- 42 Das Leistungsverzeichnis hat der Revision zufolge keine besondere Position für die Kosten eines Bauleiters vorgesehen. Ein sachlich begründeter, den Ausschluss der Klägerin rechtfertigender Zusammenhang zwischen dem Umstand, dass die Klägerin keinen Bauleiter kalkuliert hat, und der daraus hergeleiteten vermeintlich fehlenden technischen Eignung, ist nicht ersichtlich. In den Vergabeunterlagen soll ein besonderer Abstimmungsbedarf zwischen den beteiligten Gewerken hervorgehoben sein; dies mag den Bieter, der den Zuschlag erhält, bei verständiger Auslegung der Vergabeunterlagen dazu verpflichten, entsprechende Abstimmungen sicherzustellen. Dass er dem nicht nachkommen wird, und deshalb ungeeignet wäre, wird jedenfalls nicht ohne weiteres tragfähig daraus hergeleitet werden können, dass der betreffende Bieter die - im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehene - Position des Bauleiters nicht kalkuliert hat. Der Einwand betrifft in der Sache vielmehr wiederum die Kalkulationsfreiheit des Bieters. Dafür wird auf die obigen Ausführungen und Rechtsprechungshinweise verwiesen.
- 43 3. Fabrikatsbezeichnungen (C60BPT1-S, Dilaplast)
- 44 Der Beklagten zufolge betraf eine Reihe von gleichartigen Positionen einen Voranstrich mit einer polymermodifizierten Bitumenemulsion C60BPT1-S, bei dem die Bieter das vorgesehene Fabrikat eintragen sollten. Die Klägerin hat, was die Revision nicht in Abrede stellt, insoweit stets nur den Werkstoff C60BPT1-S eingetragen. Entsprechend sollen die Dinge in Bezug auf einen nach dem Leistungsverzeichnis als Nahtverbund vorgesehenen Baustoff "Dilaplast" liegen. Die Revision verweist darauf, in den Tatsacheninstanzen sei unter Beweisantritt geltend gemacht worden, dass die Produktbezeichnung eine eindeutige Zuordnung zu einem bestimmten Hersteller erlaube.
- 45 Soweit es den für den Nahtverbund vorgesehenen Baustoff "Dilaplast" betrifft, lautet eine der von der Beklagten angeführten Positionen des Leistungsverzeichnisses (Position 5.3.3.80):
- "Nahtverbund mit z. B. Dilaplast ... FT 06.0110
- Nahtverbund mit z. B. Dilaplast oder gleichwertiger Art herstellen.
- Angebotenes Fabrikat: ..."
- 46 Der Beklagten zufolge gibt es unterschiedliche Typen (Dilaplast-R und Dilaplast-OL).

- 47 Dazu ist auf die schon zu Ausgaben der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen vor 2009 ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinzuweisen, wonach mit der Ausschlussanktion für Angebote, welche geforderte Erklärungen nicht enthalten, die Verpflichtung der Auftraggeber korrespondiert, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu formulieren, dass die Bieter diesen Unterlagen deutlich und sicher entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen verlangt werden. Genügen die Vergabeunterlagen dem nicht, darf der Auftraggeber ein Angebot schon deshalb nicht ohne weiteres wegen Fehlens einer entsprechenden Erklärung aus der Wertung nehmen (BGH, Urteil vom 3. April 2012 - X ZR 130/10, VergabeR 2012, 724 Rn. 9 - Straßenausbau I).
- 48 Die vorstehend angeführte Position des Leistungsverzeichnisses erscheint in diesem Sinne nicht hinreichend klar. Üblicherweise geben die Auftraggeber in den Vergabeunterlagen ein von ihnen bevorzugtes Referenzprodukt an und gestatten daneben gleichwertige Alternativprodukte. Durch Benennung des Referenzprodukts wird für die Bieter der vom Auftraggeber gewünschte Standard verdeutlicht, und mit der Gestattung gleichwertiger Alternativen wird der wettbewerblich möglicherweise kritischen Bevorzugung eines bestimmten Erzeugnisses vorgebeugt. Bezeichnet "Dilaplast" dagegen selbst nur einen Werkstoff, wird durch den Hinweis "oder gleichwertiger Art" nicht hinreichend klar, was der Auftraggeber noch als angebotsgemäß akzeptieren wird. Mit der Angabe "Dilaplast" gibt der Bieter vor diesem Hintergrund zu erkennen, dass er den Anforderungen des Angebots genügen und Dilaplast-Qualität anbieten möchte. Genügt das dem Auftraggeber als Information nicht, muss und darf er nachfragen.
- 49 Im Streitfall ist die Unklarheit der Angaben im Leistungsverzeichnis im Übrigen noch dadurch verstärkt, dass es nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten Dilaplast-R und Dilaplast-OL gibt, was den Bietern zusätzlich erschwert zu erkennen, welchen Standard sie liefern sollen.
- 50 Darüber hinaus wird das Berufungsgericht hinsichtlich beider Arten von Produktbezeichnungen (C60BPT1-S und Dilaplast) und ungeachtet der Einlassung der Klägerin, diese stünden gleichsam für bestimmte Hersteller, gegebenenfalls Folgendes zu bedenken haben.
- 51 Nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 4 VOB/A 2012 hat der Auftraggeber im Angebot geforderte, aber fehlende Erklärungen oder Nachweise nachzufordern. Die Begriffe "Erklärungen" und "Nachweise" sind bewusst umfassend gewählt (vgl. v. Wietersheim in Ingenstau/Korbion, 20. Aufl., § 16a EU VOB/A 2016 Rn. 2). Vergaberechtlich wird generell zwischen unternehmensbezogenen und angebotsbezogenen (leistungsbezogenen) Angaben unterschieden. Nicht eindeutig geklärt war, ob bestimmte leistungsbezogene Angaben, nämlich solche, die für die Wirtschaftlichkeitsbewertung anhand der Zuschlagskriterien von Bedeutung sein konnten, ebenfalls nachgefordert werden durften (vgl. hierzu MüKo-VergabeR II/Lehmann § 16a EU VOB/A Rn. 8 ff.). In § 56 Abs. 3 Satz 1 VgV ist für den - im Streitfall nicht betroffenen - Bereich der Vergabe von Dienst- oder Lieferleistungen eine entsprechende Unterscheidung vorgenommen. In der aktuellen Fassung von § 16a VOB/A 2019 ist demgegenüber bestimmt, dass der Auftraggeber Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern muss, fehlen-

de, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen und auch fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen - insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise - nachzureichen oder zu vervollständigen (Nachforderung), es sei denn, er hat in den Vergabeunterlagen Nachforderungen ausgeschlossen.

- 52 Im Streitfall dürfte es nicht darauf ankommen, ob schon die einschlägigen Bestimmungen der hier anzuwendenden Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2012 dahin auszulegen sind, dass leistungsbezogene Unterlagen, insbesondere Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben, nachzufordern waren. Denn der Klägerin liegt nicht zur Last, entsprechende Angaben überhaupt nicht gemacht zu haben. Die Eintragung von "Dilaplast" bzw. "C60BPT1S" versteht sich dahin, dass eine Leistung entsprechend den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses zugesagt wird. Daran konnte die Klägerin ohne weiteres festgehalten werden. Der Informationsgehalt einer Fabrikatsangabe ist demgegenüber so geringfügig höher, dass es der Ermittlung des besten Angebots im Wettbewerb abträglich und unverhältnismäßig wäre, einen Ausschluss darauf zu stützen.
- 53 Nach Art. 18 Abs. 1 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU handeln die öffentlichen Auftraggeber transparent und verhältnismäßig. Die Richtlinie war bei Beginn des hier interessierenden Vergabeverfahrens bereits verabschiedet; lediglich die Umsetzungsfrist war noch nicht abgelaufen. Der deutsche Gesetzgeber hat den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den Wortlaut des seit dem 18. April 2016 geltenden § 97 Abs. 1 GWB aufgenommen.
- 54 4. Soweit die Beklagte in anderem Zusammenhang fehlende Erklärungen anspricht (Klageerwiderung S. 21 f.), hat sie diese Erklärungen nach ihrem eigenen Vorbringen im Vergabeverfahren selbst nicht nachgefordert. Für den Schadensersatzprozess ist das nicht mehr erheblich.
- 55 5. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt der auf das positive Interesse gerichtete Schadensersatzanspruch in Fällen der vorliegenden Art voraus, dass das Vergabeverfahren bis zur Zuschlagserteilung durchgeführt, also nicht vorzeitig aufgehoben worden ist. Davon scheinen die Beteiligten nach den bisherigen Erörterungen zwar ausgegangen zu sein, dazu sind aber ebenfalls Feststellungen zu treffen.