

Konsequenzen verspäteter Vergabe

Bauunternehmen können mehr Geld und neue Bauzeiten durchsetzen, wenn ein Konkurrent in einem Bauvergabeverfahren die Vergabekammer anruft und sich dadurch der Zuschlag verzögert.

Mit diesem Ergebnis entschied der BGH am 11. Mai 2009 (VII ZR 11/08) eine der umstrittensten Fragen des Vergaberechts zugunsten der Bauunternehmen.

Dr. Ute Jasper und Dr. Gerd Viegner, Düsseldorf

In Vergabeverfahren haben unterlegene Bieter das Recht, die Vergabeentscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit kontrollieren zu lassen. Dies ist insbesondere bei großen Aufträgen oder bei Projekten mit neuartigen Vertragskonstruktionen der Fall. Während eines solchen Nachprüfungsverfahrens darf der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag nicht erteilen. Daher vergehen oft Monate, bis der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag auf ein Angebot erteilen darf. Nicht selten haben sich in der Zwischenzeit die Baustoffpreise erhöht. Regelmäßig sind in solchen Fällen auch die in den Vergabeunterlagen vorgesehenen Bauzeiten nicht mehr einzuhalten. In diesen Fällen stellt sich für das anbietende Bauunternehmen die Frage, ob es Ersatz für die gestiegenen Kosten vom öffentlichen Auftraggeber verlangen kann und inwieweit sich die Termine verschieben. In seiner Entscheidung hat der BGH sie dahingehend beantwortet, dass der öffentliche Auftraggeber das Kosten- und Terminrisiko bei Nachprüfungsverfahren trägt.

Nach der Rechtsprechung des BGH trägt der öffentliche Auftraggeber das Kosten- und Terminrisiko bei Nachprüfungsverfahren.

Im konkreten Fall ging es um einen Bauabschnitt der Autobahn A113. Im Vergabeverfahren hatte eine Arbeitsgemeinschaft aus mehreren Bauunternehmen das wirtschaftlichste Angebot abgegeben und sollte daher den Bauauftrag erhalten. Hiergegen beantragte ein unterlegener Bieter ein Nachprüfungsverfahren, in dessen Verlauf die Preise für Stahl erheblich stiegen. Während des Verfahrens wurde die Bindefrist mehrfach einvernehmlich verlängert. Der öffentliche Auftraggeber erteilte den Zuschlag schließlich rund ein

Jahr später als geplant. Das Bauunternehmen verlangte neben dem vereinbarten Vertragspreis die Mehrkosten für die Baustoffe in Höhe € 466 000 €. Der BGH verpflichtete die Bundesrepublik als Bauherrin, diese Kosten zu übernehmen und eine verlängerte Bauzeit zu akzeptieren.

In der Praxis bedeutet die Entscheidung des BGH, dass sich Bauunternehmen und öffentliche Auftraggeber über die neuen Bauzeiten und Preise einigen müssen. Kommt eine Einigung nicht zustande, verschieben sich die Bauzeiten nach der Rechtsprechung des BGH um die Zeit der Verzögerungen nach hinten. Ferner muss der öffentli-



che Auftraggeber für sämtliche Preissteigerungen aufkommen, die sich gegenüber der ursprünglichen Angebotskalkulation ergeben.

So klar diese Entscheidung auf den ersten Blick auch sein mag, in der Praxis wird diese Rechtsprechung nicht unerhebliche Probleme aufwerfen. Insbesondere wird sich die Ursächlichkeit der Verzögerungen für die Preissteigerungen schwer nachweisen lassen. Denn die Höhe des Preises und die Einhaltung von Terminen sind von der Bindung der Subunternehmer, der Jahreszeit und von anderen Umständen abhängig.

Zu beachten ist auch, dass der BGH an mehreren Stellen seiner Entscheidung betont, dass die Parteien bislang für Kostensteigerungen und Terminverschiebungen keine Regelungen getroffen hätten. Hier können öffentliche Auftraggeber ansetzen, um zu einer differenzierteren Risikoverteilung zu gelangen. Sie können in die Vergabeunterlagen Regelungen aufnehmen, nach denen die Preise angepasst und Termine verschoben werden können. Auf diese Weise können sie das Kosten- und Terminrisiko für sich kalkulierbarer gestalten. In diesem Fall könnten die Bauunternehmen gestiegene Kosten nur noch nach diesen Regeln ersetzt verlangen.

Fazit

Nach der Rechtsprechung des BGH trägt der öffentliche Auftraggeber das Kosten- und Terminrisiko bei Nachprüfungsverfahren. Bauunternehmen können daher in Zukunft Ersatz für die Mehrkosten, die während eines Nachprüfungsverfahrens eingetreten sind, vom öffentlichen Auftraggeber verlangen. In der Praxis werden sich jedoch vielfach Ursachen und Nachweisprobleme stellen.

Um Unklarheiten bei Preisen und Bauzeiten zu vermeiden, ist den öffentlichen Auftraggebern zu empfehlen, in ihre Vergabeunterlagen Regelungen zu

■ In den Vergabeunterlagen können Regelungen aufgenommen werden, um Preise anzupassen und Termine zu verschieben.

den Preis- und Terminfolgen eines Nachprüfungsverfahrens aufzunehmen. In diesem Fall dürften Ansprüche der Bauunternehmen nicht mehr in dem scheinbar unbegrenzten Umfang bestehen, wie ihn der BGH den Bauunternehmen in diesem Fall zugesprochen hat. Eine solche Regelung könnte die Rechtssicherheit sowohl für Bauunternehmen als auch für die öffentlichen Auftraggeber erhöhen und die Kalkulierbarkeit der Risiken erleichtern.