

Praxishinweis zu der vorstehend abgedruckten BGH-Entscheidung:

Bauunternehmen können von einem öffentlichen Auftraggeber mehr Geld und neue Bauzeiten verlangen, wenn ein Konkurrent in einem Vergabeverfahren die Vergabekammer anruft und dadurch der Zuschlag erst später als geplant erteilt werden kann. Mit diesem Ergebnis entschied der BGH eine der bedeutendsten und umstrittensten Fragen des Vergaberechts.

Der unterlegene Bieter hat in einem Nachprüfungsverfahren die Möglichkeit, die Vergabeentscheidung durch die Vergabekammer überprüfen zu lassen. Insbesondere bei großen Aufträgen oder bei Projekten mit innovativen Vertragsgestaltungen, wie beispielsweise PPP-Projekten im Straßenbau, beschreiten unterlegene Bieter häufig diesen Weg in der Hoffnung, ihre Chancen auf den Zuschlag zu erhöhen. Für die Projektplanung hat ein solches Nachprüfungsverfahren erhebliche Konsequenzen, da der Zuschlag nicht erteilt werden darf, bevor das Nachprüfungsverfahren abgeschlossen ist. Dieses zieht sich vielfach über mehrere Monate hin, insbesondere bei Rechtsmitteln. Häufig haben sich in der Zwischenzeit die Baustoffpreise erhöht. Zudem sind regelmäßig die in den Vergabeunterlagen ursprünglich vorgesehenen Bauzeiten nicht mehr einzuhalten. Der Bieter steht dann vor der Frage, ob er die gestiegenen Kosten vom Auftraggeber ersetzt verlangen kann und in wieweit sich die Termine verschieben. Nach dem Urteil des BGH trägt der Auftraggeber sowohl das Kosten- als auch das Terminrisiko bei Nachprüfungsverfahren.

Konkret hatte der BGH über die Folgen des verzögerten Zuschlags zum Bau eines Abschnitts der Autobahn A113 zu entscheiden. Eine Arbeitsgemeinschaft aus mehreren Bauunternehmen hatte im Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, das bezuschlagt werden sollte. Hiergegen rief ein unterlegener Bieter die Vergabekammer an. Während des Nachprüfungsverfahrens erhöhten sich die Preise für Stahl erheblich. Zwischenzeitlich wurde die Bindefrist mehrfach einvernehmlich verlängert. Der öffentliche Auftraggeber konnte den Zuschlag schließlich erst rund ein Jahr später als geplant erteilen. Das Bauunternehmen machte neben dem Vertragspreis Mehrkosten für die Baustoffe in Höhe von rund 466.000 € geltend. Der BGH sprach ihm diese Summe zu und verpflichtete die Bundesrepublik Deutschland als Bauherrin, auch eine verlängerte Bauzeit zu akzeptieren.

Der BGH betonte, dass sich im Fall von Verzögerungen Bauunternehmen und öffentliche Auftraggeber über neue Bauzeiten und Preise einigen müssen. Können sich die Parteien nicht einigen, verschieben sich die Bauzeiten nach Auffassung des BGH um die Zeit der Verzögerungen nach hinten. Außerdem ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, etwaige Preissteigerungen gegenüber der ursprünglichen Angebotskalkulation zu erstatten.

Auf den ersten Blick erscheint diese Entscheidung als klare Antwort auf eine schwierige Rechtsfrage. Erst bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass diese Rechtsprechung in der Praxis zu nicht unerheblichen Problemen führen dürfte. Zum einen

ist die Voraussetzung, dass die Preissteigerungen ursächlich auf das Nachprüfungsverfahren zurückzuführen sind, nicht selten schwer zu beweisen. Denn die Höhe des Preises und die Einhaltung von Terminen sind von der Bindung des Bieters an Subunternehmer, der Jahreszeit und von anderen Umständen abhängig. Unklar ist zum anderen, ob der BGH diese einseitige Risikoverteilung zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers völlig losgelöst von der konkreten Verhandlungssituation und der Höhe der eingetretenen Preissteigerungen treffen möchte.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist, dass der BGH an mehreren Stellen seiner Entscheidung hervorhebt, die Parteien hätten bislang für die Kostensteigerungen und Terminverschiebungen keine Regelungen getroffen, so dass der Vertrag ergänzend auszulegen sei. An dieser Stelle können öffentliche Auftraggeber ansetzen, um zu einer differenzierteren Risikoverteilung zu gelangen. Eine Lösung könnte in einer entsprechenden Anpassung der Vergabeunterlagen liegen. Dort könnten Regelungen aufgenommen werden, nach denen die Preise angepasst und Termine verschoben werden können. Durch entsprechende Ausgestaltung dieser Bestimmungen sind öffentliche Auftraggeber in der Lage, das Kosten- und Terminrisiko besser zu kalkulieren. In diesem Fall könnten die Bauunternehmen gestiegene Kosten nur noch nach den Regelungen der Vergabeunterlagen ersetzt verlangen.

Fazit: Der BGH bürdet den öffentlichen Auftraggebern einseitig das Kosten- und Terminrisiko bei Nachprüfungsverfahren auf. Bieter können daher in Zukunft durch Nachprüfungsverfahren verursachten Mehrkosten vom öffentlichen Auftraggeber ersetzt verlangen. In der praktischen Umsetzung des Urteils dürften sich jedoch vielfach Ursachen- und Nachweisprobleme stellen. Um das Risiko der öffentlichen Hand bei Preisen und Bauzeiten zu minimieren, ist öffentlichen Auftraggebern zu empfehlen, in ihren Vergabeunterlagen die Preis- und Terminfolgen eines Nachprüfungsverfahrens gezielt zu regeln. So können Ansprüche der Bauunternehmen, die nach der Rechtsprechung des BGH ohne eine solche Regelung scheinbar in unbegrenztem Umfang bestehen, auf ein für den öffentlichen Auftraggeber akzeptables Maß begrenzt werden. Entsprechende Regelungen erhöhen die Rechtssicherheit sowohl für die Bieter als auch für die öffentlichen Auftraggeber und erleichtern die Kalkulation der Risiken.

*Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper, Rechtsanwalt Dr. Gerd Viegener,
Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf*