

Vergabeverfahrensrisiko trägt der öffentliche Auftraggeber - Mehrvergütungsanspruch bei verzögertem Zuschlag

Der öffentliche Auftraggeber von Bauprojekten muss künftig bei unerwartet verzögerter Auftragserteilung anfallende Mehrkosten selbst tragen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 11. Mai 2009, VII ZR 11/08) hat erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, da jährlich im Bausektor öffentliche Aufträge im Volumen von ca. 50 Milliarden Euro vergeben werden. Der Anteil der verzögerten Vergaben (z.B. durch Vergabenachprüfungsverfahren) wird mit 10 bis 15 % geschätzt. Dadurch ergibt sich rechnerisch ein theoretisches Kostenrisiko in Höhe bis zu einer Milliarde Euro resultierend aus Verzögerungen.

Bei öffentlichen Vergabeverfahren eröffnen z.B. die §§ 102 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einem unterlegenen Bieter die Möglichkeit, den (beabsichtigten) Zuschlag in einem Nachprüfungsverfahren überprüfen zu lassen. Dieses nimmt in der Regel erhebliche Zeit in Anspruch, in der der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Dies kann dazu führen, dass die in der Ausschreibung vorgesehenen Bautermine nicht eingehalten werden können. Die Bieter werden in diesen Fällen zu einer Bindefristverlängerung aufgefordert. Haben die Bieter die Bindefrist verlängert, kann der Zuschlag mit den ursprünglichen Bauterminen auch zu einem Zeitpunkt erteilt werden, an dem diese nicht mehr eingehalten werden können. Durch die Bauzeitverschiebung entstehen häufig Mehrkosten (Erhöhung Einkaufspreise für Material, z.B. Stahl, Zement). Die hierdurch entstehenden Mehrkosten versuchen die Auftragnehmer oftmals geltend zu machen. Während die Auftraggeber solche Ansprüche mit der Begründung ablehnen, der Bieter, der die Bindefrist verlängere, habe das Risiko der Mehrkosten übernommen, sind die Bieter der Auffassung, dass das Risiko der Verschiebung des Zuschlags und der Bauzeit in den Verantwortungsbereich der Auftraggeber als Herren des Vergabeverfahrens fielen. Über die Frage, wer das Vergabeverfahrensrisiko bei Aufträgen der öffentlichen Hand zu tragen hat, hatten auch Gerichte in der Vergangenheit unterschiedlich entschieden. So hatte es 2008 zwei unterschiedliche Entscheidungen von Oberlandesgerichten (OLG) gegeben. Während sich das OLG Hamm (Urteil vom 26. Juni 2008, 21 U 17/08) für eine Kostragung des Auftraggebers ausgesprochen hatte, hat sich das OLG Saarbrücken (Urteil vom 13. Mai 2008, 4 U 500/07) gegen eine Mehrvergütung des Auftragnehmers entschieden.

Der Bundesgerichtshof hat die Frage nunmehr zu Lasten der Auftraggeber entschieden und damit eine wichtige Grundsatzentscheidung getroffen.

Der BGH hat in einem Fall, in dem der Zuschlag unverändert auf das Angebot mit den zugrundeliegenden Terminen erteilt worden ist und der Vertrag zu diesen Terminen nicht mehr durchgeführt werden kann, entschieden, dass die dadurch entstandene Vertragslücke

im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach Treu und Glauben zu schließen sei. Die Parteien seien grundsätzlich verpflichtet, sich über eine neue Bauzeit und über die Bezahlung eventueller Mehrkosten zu verständigen (Kooperationspflicht). Die Vergütungsanpassung habe dabei analog § 2 Nr. 5 VOB/B (Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen) und die Anpassung der Bauzeit nach den Grundsätzen des § 6 Nr. 3 und 4 VOB/B zu erfolgen. Dies hat für die Vergütung zur Folge, dass etwaige Preissteigerungen etwa bei Baustoffen oder im Preisniveau einzelner Lieferanten ab Erstellung der Preiskalkulation des Auftragnehmers, die Grundlage der Berechnung des neuen Preises ist, ebenfalls zu Lasten des Auftraggebers gehen. Es ist anzunehmen, dass auch Preissteigerungen bei einem im Angebot aufgeführten Nachunternehmer nach § 2 Nr. 5 VOB/B analog ersatzfähig sind. Findet keine Verständigung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hinsichtlich der Vergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B statt, entscheidet das Gericht. Gleichmaßen sind nach Auffassung des BGH solche Fälle zu behandeln, bei denen der Bieter im Zusammenhang mit der Bindefristverlängerung einen Mehrkostenanspruch in Folge verschobener Ausführungsfristen vorbehält. Auf einen Vorbehalt kommt es somit nicht an.

Begründet wird dies damit, dass die Zustimmungserklärungen der Auftragnehmer zur Bindefristverlängerung regelmäßig nur das ursprüngliche Angebot konservieren und die rechtsgeschäftliche Bindefrist (§§ 145, 148 BGB) verlängert wird. Aussagen dazu, was vertraglich gelten soll, wenn die Ausführungsfristen nicht mehr eingehalten werden können, sind in der Zustimmung zur Bindefristverlängerung wegen der besonderen vergaberechtlichen Bestimmungen in §§ 21 Nr. 1 Abs. 3, 25 Nr. 1 Abs. 1b) VOB/A, wonach Änderungen an den Vergabungsunterlagen grundsätzlich unzulässig sind und Angebote die dagegen verstoßen, von der Wertung auszuschließen sind, nicht enthalten. Werden vor oder mit dem Zuschlag keine ausdrücklich abweichenden Vereinbarungen zu Ausführungsfristen oder Vergütung getroffen, kommt der Vertrag mit den ursprünglichen Bedingungen zustande. Mit der Zustimmung zur Bindefristverlängerung und dem Zuschlag geben die Parteien jedoch zu erkennen, dass sie, obwohl die Fristen obsolet geworden sind, die Durchführung des Vertrages wollen. Dabei gehen die Parteien nicht von einem Wegfall der Fristen aus oder davon dass Leistung und Gegenleistung nicht mehr in einem ausgewogenem Verhältnis stehen sollen. Deshalb sind Vertragsfristen und Vergütung anzupassen. Die Regelungen in § 2 Nr. 5 und § 6 Nr. 3 und 4 VOB/B werden über die bei Verträgen mit der öffentlichen Hand notwendige Einbeziehung der VOB/B von den Parteien als angemessene Regelungen für eine durch den Auftraggeber veranlasste Änderung der Grundlagen des Preises und zur Anpassung der Bauzeit angesehen. Die durch ein Vergabennachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss (Zuschlag) verursachte Verzögerung ist mit einer nach Vertragsschluss durch den Auftraggeber veranlassten Änderung vergleichbar. In beiden Fällen besteht keine Veranlassung das Risiko von Veränderungen der Preisgrundlagen und der Bauzeitverlängerung dem Auftragnehmer zuzuweisen. Der Auftraggeber wird durch die Übernahme dieses Risiko auch nicht unangemessen benachteiligt. Schließlich ist er Herr des Vergabeverfahrens und hat nicht zuletzt die

Möglichkeit das Vergabeverfahren aus wichtigem Grund nach § 26 Nr. 1 lit. c VOB/A aufzuheben.

Nicht entschieden hat der BGH hingegen, ob vorvertragliche „Behinderungskosten“ auf Grund von Bindefristverlängerungen, z.B. Vorhaltung von Spezialmaschinen, ebenfalls zu ersetzen sind und solche Kosten dann bei der Bemessung des neuen Preises nach § 2 Nr. 5 VOB/B analog zu berücksichtigen sind oder entsprechend zur Verlängerung der Bauzeit die Grundsätze des § 6 Nr. 6 VOB/B heranzuziehen sind. Der Rechtsprechungsfluss ist daher zur Problematik von verzögerten Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen.