

unterhalb der Schwellenwerte den „Beschaffungsstaat“ nahezu zur Handlungsunfähigkeit treiben wollen. Gerade aus kommunaler vergabepraktischer Sicht ist nicht zu verkennen, dass ökonomische, praktische und auch prozessuale Grenzen gezogen werden müssen, um insbesondere im Beschaffungsalldag auf lange Sicht noch den Auftrag zu erfüllen, wirtschaftlich einzukaufen und Projekte umzusetzen, ohne gleich ganze juristische Abteilungen im Vergabe- und Beschaffungsbereich neu institutionalisieren zu müssen und die Funktionalität unseres Beschaffungssystems nahezu lahm zu legen.

Dennoch ist die Frage zu stellen, ob man gut beraten ist, es dabei zu belassen, sich dem sich widersprechenden Rechtsprechungsalltag ausgeliefert zu sehen, vielleicht in der Hoffnung, dass man selbst nicht betroffen wird, oder ob dies nicht gesetzgeberisch „kanalisiert“ werden sollte.

Einführung eines „Rechtsschutzes light“ als neue Möglichkeit

Nach Auffassung des Verfassers sollten sich alle Beteiligten im Ergebnis letztlich dazu durchzuringen, unterhalb der Schwellenwerte diese Entwicklung zu steuern und über die Einführung eines „Rechtsschutzes light“ konkret nachdenken.

Folgende Eckpunkte sollten bei diesen Überlegungen berücksichtigt werden:

- Zu erwägen wäre – wie schon oberhalb der Schwellenwerte – ein zweigliedriges System einer Nachprüfung: Da es bislang zwar bereits eine Fülle „informeller“ Beschwerden gegen beabsichtigte Vergaben bei den Rechtsaufsichtsbehörden gibt, könnten diese formalisiert zur „1. Nachprüfungsinstanz“ aufgewertet werden; gegen deren Entscheidung könnte als abschließendes Rechtsmittel die Beschwerde vor das Zivilgericht zugelassen werden; aus Verfahrensstraffungsgründen wäre an eine Einzelrichterzuweisung zu denken.
- Um Bagatellverfahren auszuschließen, wäre eine Schwellenwertgrenze vorzusehen, die in einem Bereich zwischen 5 und 10 Prozent der EU-Schwellenwerte angesiedelt werden könnte.
- Ein Suspensiveffekt des zugestellten Nachprüfungsantrages sollte nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Anordnung der Nachprüfungsinstanz auf ausdrücklichen Antrag des Antragstellers hin erfolgen, verbunden mit einer entsprechenden Schadenersatzpflicht analog Paragraph 945 der ZPO; nach dieser Vorschrift ist die Partei, welche die Anordnung eines Arrestes erwirkt hat, verpflichtet, dem

Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der entsprechend angeordneten Maßregel entsteht, wenn sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist; die oberhalb der Schwellenwerte in Paragraph 125 GWB geregelte zusätzliche Missbrauchstatbestandshürde für einen Schadenersatzanspruch sollte – da ohnehin praktisch bedeutungslos – nicht übernommen werden.

- Im Vergleich zur überschweligen Kostenregelung gemäß Paragraph 128 Abs. 2 GWB sollten spürbar angehobene Gebührensätze für das „erstinstanzliche“ Verfahren vorgesehen werden; zugleich müsste eine Vorschusspflicht in Höhe der vollen Gebühr eingeführt werden, vor deren Zahlungseingang keine Tätigkeit der „ersten Instanz“ erfolgt.

- Ferner sollte zusätzlich zum Fall der Entscheidung der Nachprüfungsinstanz eine Kostenerstattung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten auch für die Fälle eingeführt werden, in denen sich das Nachprüfungsverfahren auf andere Weise (zum Beispiel Antragsrücknahme) erledigt.

Keine Überregulierung, aber klare gesetzliche Basis schaffen

Um es zu noch einmal deutlich zu machen: Unter funktionalen Aspekten des Vergabe- und Beschaffungswesens vor Ort ist jedes den Rechtsschutz erweiternde und verfahrensmäßig zusätzlich zu beachtende Regelungsmerkmal mehr als kritisch zu sehen. Man darf jedoch nicht verkennen, dass es letztlich auch nicht der Funktionalität öffentlicher Beschaffungen dient, wenn unterschiedliche Gerichte hier zu unterschiedlichen Entscheidungen gekommen sind (und wahrscheinlich noch kommen werden) und es für einen nicht absehbaren Zeitraum bei dieser Rechtsunsicherheit für die Praxis bleiben dürfte. Eine klare gesetzgeberische Regelung hätte zudem auch den Vorteil, dass – ähnlich wie im überschweligen Bereich ? Beschleunigungs- und Fristenregelungen vorgesehen werden könnten, die im Vergleich mit einstweiligen Verfügungs- oder Anordnungsverfahren vor den Zivil- oder Verwaltungsgerichten in zeitlicher Hinsicht kalkulierbarer erscheinen und zudem den Vorteil hätten, die Nachprüfungsinstanzen aufgrund der Spezialmaterie mit entsprechendem Fachpersonal zu besetzen. Im Zuge der anstehenden Vergaberechtsreform sollte deshalb die Gelegenheit zu einer gesetzlichen Regelung ergriffen werden.

■ *Dipl.-Ing. Maike Ehrensberger, BCM BauConsult Management GmbH, Berlin*

Kompendium der Sondervorschläge im Vergaberecht

Zum „Für und Wider“, Teil 2

Sondervorschläge der Bieter treffen bei den Vergabestellen nicht unbedingt auf Gegenliebe. Warum das so ist und wie man mit ihnen am besten umgeht, das sind Fragen, auf die der folgende Beitrag Antworten gibt. An die Gleichwertigkeitsprüfung stellen die Kammern mittlerweile hohe Anforderungen. Zweiter von zwei Teilen.

In Anknüpfung an die in der Ausgabe 2/2006 des VergabeNavigator gemachten Ausführungen zur Definition der Mindestanforderungen ergibt sich folgerichtig, dass die Gleichwertigkeit anhand der Mindestanforderungen zu prüfen ist, die

die Vergabestelle aufgestellt hat. Das Kriterium der Gleichwertigkeit selbst stellt keine Mindestanforderung dar! Die Gleichwertigkeit ist vielmehr das Ergebnis, das ein Sondervorschlag erreichen muss, um gewertet zu werden.

Anders ausgedrückt ist davon auszugehen, dass ein Bietervorschlag nur dann als gleichwertig bewertet werden kann, wenn er unter Abwägung aller technischen und wirtschaftlichen, gegebenenfalls gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte annehmbarer ist, als der Amtsentwurf, wobei es hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit nicht nur auf die Baukosten, sondern auch auf die Folgekosten (Unterhaltungs-, Betriebskosten, Lebensdauer) ankommt. Annehmbarer heißt in diesem Zusammenhang, dass der Sondervorschlag entweder eine bessere Lösung darstellt und nicht teurer ist oder eine gleichwertige Lösung darstellt und preislich günstiger ist.

Mit dem Ziel der Objektivierung der Prüfung auf Gleichwertigkeit von Sondervorschlägen wurde von der deutschen Rechtsprechung ein fünfstufiger Prüfungskanon mit folgenden fünf Wertungsvorgängen entwickelt:

1. Formale Prüfung: Sind Sondervorschläge überhaupt zugelassen?
2. Erfüllt der Sondervorschlag die mit der Ausschreibung genannten Mindestanforderungen?
3. Wurde für den Sondervorschlag in der Fassung bei Angebotsabgabe der Nachweis der Gleichwertigkeit erbracht?
4. Ist die behauptete Gleichwertigkeit auch objektiv gegeben?
5. Vergleich der Wirtschaftlichkeit des Sondervorschlags gegenüber dem wirtschaftlichsten Hauptangebot.

Während es sich bei den Punkten 1. bis 3. um formale Prüfschritte handelt, geht es mit Schritt 4. und 5. in die inhaltliche und preisliche Prüfung der Gleichwertigkeit.

Chancen und Risiken bewerten und erfassen

Bei der inhaltlichen und preislichen Prüfung der Sondervorschläge kommt es darauf an, die Vorteile und Chancen sowie die Nachteile und Risiken aus Bauherrensicht sowohl kurzfristig als auch langfristig zu erfassen und zu bewerten. Sondervorschläge haben fast zwangsläufig Auswirkungen auf die Kosten, Qualitäten und Termine und verändern die entsprechenden Risiken. Bei den Baukosten können sich unmittelbare Auswirkungen ergeben, gegebenenfalls mit Kosteneinflüssen auf die angrenzenden Leistungsbereiche. Außerdem können sich Änderungen bei den Nutzungskosten ergeben.

Checkliste zur Prüfung von Sondervorschlägen auf Gleichwertigkeit

Dem Praktiker sei zusätzlich folgende Checkliste zur Prüfung von Sondervorschlägen auf Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf an die Hand gegeben:

1. Hat der Bieter die Besonderheiten in technischer Hinsicht erschöpfend beschrieben und die Vorteile der Änderung nachvollziehbar dargestellt?
2. Werden durch den Sondervorschlag andere Gewerke beeinflusst? Wenn ja, Untersuchung der Änderung bei allen anderen Gewerken auf Realisierbarkeit, einschließlich Bewertung in kostenmäßiger und terminlicher Hinsicht.

3. Ist die Leistungs- bzw. Verfahrensänderung gleichwertig zu der ausgeschriebenen Leistung und neutral im Hinblick auf die Nutzung?
4. Ist die Änderung aus Sicht des Nutzers akzeptabel?
5. Ist die Änderung – auch hinsichtlich der Folgekosten – wirtschaftlich vorzuziehenswert?
6. Ist die Änderung gestalterisch vorzuziehenswert?

Nach Abarbeitung all dieser Fragen steht die Entscheidung darüber an, ob ein Sondervorschlag als gleichwertig zum Amtsentwurf zu betrachten ist und ob diese Entscheidung notfalls im Rahmen eines Vergabenaachprüfungsverfahrens gegenüber der Vergabekammer durchgehalten werden kann. Der Vergabestelle

Kommentar

Der Sondervorschlag als geistiges Eigentum?

Ein Sondervorschlag ist geistiges Eigentum des Bieters, der den Sondervorschlag entwickelt, kalkuliert und angeboten hat. Es kann sich sogar um Urheberrechte handeln. Die VOB verpflichtet deshalb die Vergabestelle, die in Angeboten enthaltenen Vorschläge eines Bieters nur im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote zu verwenden. Weiterhin dürfen unberücksichtigt gebliebene Angebote und Ausarbeitungen eines Bieters nicht für eine neue Vergabe oder für andere Zwecke benutzt werden.

Gar nicht so selten aber kommt es zu der folgenden Konstellation: Die Vergabestelle nimmt im Rahmen eines Vergabeverfahrens eine Reihe von interessanten Sondervorschlägen einzelner Bieter mit teilweise verlockenden Einsparpotentialen entgegen. Die Vergabestelle ist verunsichert, wenn nicht entrüstet und fragt ihren Planer, warum er nicht selber auf diese wirtschaftlicheren Lösungen der Bauaufgabe gekommen ist. Unbedingt möchte die Vergabestelle, immer die sparsame Haushaltsführung im Auge, wenigstens eine dieser angebotenen guten Ideen umsetzen, wenn auch nicht unbedingt mit dem Bieter, der Schöpfer der jeweiligen Lösung ist.

Denn im Zuge der Angebotsauswertung und der Gleichwertigkeitsprüfung fallen viele der interessanten Sondervorschläge aus der Wertung heraus, weil zum Beispiel der Gleichwertigkeitsnachweis nicht vollständig war oder weil der jeweilige Bieter ein nicht in allen Teilen und deshalb nicht insge-

samt wirtschaftliches Angebot abgegeben hat.

Kurz nach Zuschlagserteilung tritt die Vergabestelle auf den beauftragten Bieter zu und fordert ihn auf, für den Sondervorschlag eines unterlegenen Bieters ein Minderkostenangebot vorzulegen. Das Vergabeverfahren mit den Prämissen Transparenz und Chancengleichheit der Bieter sollte tunlichst abgeschlossen sein, denn andernfalls wäre die Vergabestelle verpflichtet, im Rahmen der Gleichbehandlung der Bieter alle Bieter zur Überarbeitung ihrer Angebote aufzufordern, was bei wesentlicher Neubearbeitung einer Aufhebung der Ausschreibung gleichkäme.

Eines ist aber sicher: An dem Bieter, der Urheber des Sondervorschlags ist, kommt die Vergabestelle nicht vorbei. Eine Weiterverwendung eines Sondervorschlags ist nämlich nur dann zulässig, wenn der Urheber damit einverstanden ist. Das Einverständnis kann dieser von einer angemessenen Entschädigung abhängig machen.

Andersherum heißt das: Werden Ideen von Bietern unzulässigerweise weiterverwendet, so kann dies zu Schadenersatzansprüchen führen.

Und noch einmal Vorsicht: Im Falle dessen, dass die Vergabestelle den Auftragnehmer zur „Wiedergeburt“ des Sondervorschlags eines unterlegenen Bieters auffordert, handelt es sich nicht mehr um einen Sondervorschlag, sondern vielmehr um eine durch den Auftraggeber angeordnete Planänderung. Damit haftet der Auftraggeber für die technische Machbarkeit des ehemaligen Sondervorschlags.

wird dabei ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt.

An dieser Stelle sei auf die zentrale Bedeutung des Vergabeverkehrs im Rahmen eines Vergabenaachprüfungsverfahrens hingewiesen. Die Vergabestelle ist verpflichtet, alle das Vergabeverfahren betreffenden Schritte, wie auch die einzelnen Schritte der Gleichwertigkeitsprüfung von Sondervorschlägen ausführlich zu dokumentieren. Ein mit Sorgfalt erstellter Vergabeverkehrsmerk vermeidet den bei den Vergabekammern schnell aufkommenden Eindruck, die Vergabestelle habe die Wertung nicht ordnungsgemäß durchgeführt.

Wer haftet für die erforderliche Umplanung?

Unterbreitet ein Bieter im Angebotsstadium einen Sondervorschlag, so übernimmt er für diesen vom Amtsentwurf abweichenden Vorschlag im Auftragsfall die Planungspflicht wie auch die Planungsverantwortung. Die Planungsverantwortung des Bieters ergibt sich aus der Tatsache, dass im Falle einer Beauftragung eines Sondervorschlags dem Auftrag oder einem Teil des Auftrags nicht die auftraggeberseitige Leistungsbeschreibung, sondern eben diejenige des Bieters zugrunde liegt.

Die Planungsverantwortung des Bieters beziehungsweise des späteren Auftragnehmers bezieht sich auf die technische Machbarkeit seines Sondervorschlags, und zwar einschließlich der Verträglichkeit und Kompatibilität seines Sondervorschlags mit den per Amtsentwurf vorgesehenen Leistungen sowie auf den Erfolgseintritt des Teils der Leistung, der auf seinem Sondervorschlag beruht.

Abgrenzungsprobleme

Der Umfang der Planungsverantwortung des Bieters für seinen Sondervorschlag hängt vom Umfang der Änderungen ab, die der Bieter dem Auftraggeber vorschlägt. Dabei kommt es nicht selten zu Abgrenzungsproblemen darüber, inwieweit ein mit einem Sondervorschlag verbundener Mangel der Planungsverantwortung des Auftragnehmers oder der ursprünglichen Planungsverantwortung des Auftraggebers zuzuordnen ist beziehungsweise inwieweit eine Mitverantwortung beider Parteien anzunehmen ist.

Klar zu trennen ist dabei zwischen der Planungsverantwortung des Bieters für seinen Sondervorschlag einerseits und der Planungspflicht des Bieters andererseits. Bei der Planungspflicht geht es lediglich darum, ob und im welchem Umfang der Bieter im Auftragsfall verpflichtet ist, die Planung seines Sondervorschlags durchzuführen und die Pla-

nungskoordination mit den anderen an der Planung Beteiligten zu übernehmen.

Vereinbarung der Haftungsabgrenzung

Wichtig für die Vergabestelle und von dieser meist vernachlässigt ist die Vereinbarung der Haftungsabgrenzung (Sondervorschlag/Amtsentwurf) mit Abschluss des Vertrages, mit welchem ein Sondervorschlag an einen Bieter beauftragt wird. Die Vereinbarung der Haftungsabgrenzung sollte also zeitlich vor Beauftragung des Bieters erfolgen. Denn solange sich der Bieter im Stadium der Akquisition befindet, lässt er ungleich leichter mit sich verhandeln, als wenn dann der Auftrag erteilt ist.

Die mit der Beauftragung eines Sondervorschlags verbundene Übernahme der Planungsverantwortung und -pflicht durch den Auftragnehmer führt nicht dazu, dass diesem hierfür ein Planungshonorar nach HOAI zusteht. Es wird nämlich kein ausdrücklicher oder stillschweigender Planungsvertrag geschlossen, auf dessen Grundlage der Auftragnehmer Planungshonorar verlangen könnte. Das Planungshonorar ist vielmehr grundsätzlich mit dem beauftragten Preis für den Sondervorschlag abgegolten.

Eine Fragestellung aus der Praxis: Kann ein Bieter Ansprüche auf Zahlung eines Planungshonorars für einen Sondervorschlag geltend machen, wenn der Sondervorschlag nicht beauftragt wird? Die Antwort lautet: Wohl kaum. Begründung: Kommt es nicht zu einer Beauftragung des Sondervorschlags, so scheidet eine Honorierung schon allein am fehlenden Vertragsabschluss. Die Planungsleistungen für einen Sondervorschlag sind Teil der generellen und vom Auftraggeber nicht zu vergütenden Akquisitionstätigkeit des Bieters.

Wer trägt den Mehraufwand der Prüfung von Sondervorschlägen?

Die Auswertung der Angebote größerer technischer Bauvorhaben der öffentlichen Hand liegt in der Regel im Verantwortungsbereich der Ingenieurbüros, die bereits die Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplanung erstellt und die Ausschreibungsunterlagen angefertigt haben. In der Leistungsphase 7 HOAI sind die Mitwirkungsleistungen bei der Vergabe definiert; im Mittelpunkt der Grundleistungen steht das Prüfen und Werten der Angebote einschließlich Aufstellen eines Preisspiegels (siehe Leistungsbilder nach HOAI Paragraph 15 „Objektplanung Gebäude“ und Paragraph 55 „Objektplanung Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen“ jeweils Abs. 2). Soweit die Grundleistungen.

Im Falle der Objektplanung Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen nach Paragraph 55 HOAI sieht die Leistungsphase 7 als Besondere Leistung „Das Prüfen und Werten von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen mit grundlegend anderen Konstruktionen im Hinblick auf die technische und funktionelle Durchführbarkeit“ vor. Auch das Leistungsbild nach HOAI Paragraph 64 „Tragwerksplanung“ sieht in der Leistungsphase 7 als Besondere Leistungen das „Mitwirken bei der Prüfung und Wertung von Nebenangeboten“ vor.

Das Prüfen von Sondervorschlägen ist danach im Umfang der an den Objektplaner Ingenieurbauwerke/Verkehrsanlagen beauftragten Grundleistungen nur insoweit enthalten, als es sich nicht um grundlegend andere Konstruktionen im Hinblick auf die technische und funktionelle Durchführbarkeit handelt. Andernfalls handelt es sich um Besondere Leistungen, die vom Auftraggeber zu vergüten sind. In der Praxis üblich ist die Vergütung der Besonderen Leistungen „Prüfen und Werten von Sondervorschlägen“ nach nachgewiesenem Zeitaufwand.

Dieser Ausgabe liegen der Prospekt

„Deutscher Vergaberechtstag 2006“

von der EUROFORUM Deutschland GmbH

sowie die Prospekte

„Vergaberechtsreform 2006“, „Parlament transparent“

und der Flyer mit den Bundesanzeiger-Seminaren vom Bundesanzeiger Verlag bei.

Wir bitten unsere Leser um Beachtung.