

Buchstabe c VOL/A). Die Ausschreibung kann auch aufgehoben werden, wenn sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Auftraggeber zwar vorab eine ordnungsgemäße Kostenschätzung vorgenommen und auch nur insoweit Finanzmittel bereitgestellt hat, die aufgrund der Ausschreibung abgegebenen Angebote aber alle deutlich über den geschätzten Kosten liegen und daher das Vorhaben im Ergebnis wegen einer erheblichen Finanzierungslücke aufgegeben werden muss (BGH vom 5. November 2002 – X ZR 232/00).

- Andere schwerwiegende Gründe (Paragraph 26 Nr. 1 Buchstabe c VOB/A und d VOL/A). Nach diesem Auffangtatbestand können andere schwerwiegende Gründe die Aufhebung rechtfertigen. Die anderen „schwerwiegenden Gründe“ müssen von ihren Auswirkungen her den weiteren Tatbeständen des Paragraph 26 Nr. 1 VOB/A und VOL/A entsprechen. Der Begriff „schwerwiegender Grund“ ist objektiv zu bestimmen. Für Verschuldungsgesichtspunkte gibt es keinen Raum. Fallbeispiele für „schwerwiegende Gründe“ sind die Nichteinhaltung der EU-Schwellenwertregelung, die Wahl der unrichtigen Vergabeart, die Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie insgesamt der Verstoß gegen den Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz des Paragraph 97 Abs. 1 und 2 GWB.

Unterrichtung von der Aufhebung

Anders als vor der Zuschlagserteilung besteht bei der Aufhebung der Ausschreibung keine Informationspflicht der Vergabestelle gem. Paragraph 13 Vergabeverordnung gegenüber den Bietern. Jedoch sind die am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen von der erfolgten Aufhebung unverzüglich durch den Auftraggeber zu unterrichten (Paragraphen 26 Nr. 2 VOB/A, 26 Nr. 4 VOL/A). Auf Antrag muss diese Unterrichtung nach Paragraph 26 Nr. 2 S. 2 VOB/A schriftlich erfolgen, was sich aus Beweisgründen aber immer empfiehlt.

Wirksam wird die Aufhebungsentscheidung der Vergabestelle erst mit dem Zugang an die Unternehmen. Allerdings muss bei EU-Vergaben außerdem beim Verzicht auf die Vergabe eine Mitteilung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG erfolgen (siehe Paragraph 26a S. 1 VOL/A und Paragraph 17 Abs. 5 S. 1 VOF).

Information über neue Vergabe

Nach der Aufhebung muss der Auftraggeber den an der Vergabe teilgenommenen Unternehmen stichwortartig, aber mit genügender Konkretisierung, die Gründe für die Aufhebung sowie ggf. seine Absicht, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten, unverzüglich mitteilen. Ist ein neues Vergabeverfahren geplant, hängt die Vergabeart für das erneute Verfahren maßgeblich vom jeweiligen Aufhebungsgrund ab. Dabei kann sich das Auswahlermessen des Auftraggebers in bestimmten Fällen auf Null reduzieren.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Auftraggeber die berechtigten Belange der Unternehmen im vorangegangenen Verfahren nur dadurch berücksichtigen kann, dass er zumindest die Unterneh-

men, die im vorangegangenen Verfahren eine echte Chance gehabt hatten, den Auftrag zu erhalten, zur erneuten Vergabe auffordert. Ausnahmsweise kann aber auch eine Freihändige Vergabe an den Erstbieter der aufgehobenen Ausschreibung gerechtfertigt sein, wenn dessen Angebot als mit Abstand wirtschaftlichstes vor den anderen Bietern lag, der Aufhebungsgrund aber darin bestand, dass selbst sein niedrigstes Angebot höher lag als die zur Verfügung gestandenen Mittel. Kann in diesem Fall, zum Beispiel durch eine Reduzierung des ausgeschriebenen Vorhabens, eine Anpassung an die vorhandenen Mittel erreicht werden, wäre eine freihändige Auftragsvergabe an den wirtschaftlichsten Erstbieter aus dem vorangegangenen Verfahren sachgerecht.

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

Vorsicht Nachtragspotential!

Die unerwünschten Folgen von Ausschreibungsfehlern in der Ausführungsphase

Defizite an der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung sind häufig Ursache von Nachtragsforderungen der ausführenden Unternehmen. In Anknüpfung an den Artikel „Die eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung“ im VergabeNavigator Heft 03/2007 beschäftigt sich der vorliegende Beitrag mit den Folgen einer nicht eindeutigen oder nicht erschöpfenden Leistungsbeschreibung und deren Folgen.

Die Grundformeln für eine ordnungsgemäße Ausschreibung enthält Paragraph 9 VOB/A:

1. Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.
2. Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

3. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben.

Der Bauherr hat also dafür zu sorgen, dass weder Unklarheiten, noch Lücken in der Leistungsbeschreibung vorhanden sind.

Was ist ein Ausschreibungsfehler?

Unter dem Begriff Ausschreibungsfehler werden alle Unzulänglichkeiten der Ausschreibung erfasst, die dem Grundsatz einer eindeutigen und erschöpfenden

Leistungsbeschreibung entgegen stehen. Ausschreibungsfehler entstehen - in Abgrenzung zu Planungsfehlern - im Zuge der Bearbeitung der Leistungsphase 6 HOAI, Vorbereitung der Vergabe mit den wesentlichen Teilleistungen Mengenermittlung und Aufstellen von Ausschreibungsunterlagen.

Verwendet man den Begriff Leistungsbeschreibung für die Komplettheit aller Ausschreibungsunterlagen, so ist eine Leistungsbeschreibung dann fehlerhaft, wenn sie nicht eindeutig, also widersprüchlich, oder nicht vollständig ist.

Von Planungsfehlern spricht man demgegenüber, wenn es um Mängel an der technischen Machbarkeit oder um nicht DIN-gerechte Baustoffe oder Bauverfahren geht.

Zeitpunkt des Hervortretens des Ausschreibungsfehlers

Die meisten Ausschreibungsfehler treten nach Zuschlagserteilung und Abschluss des Bauvertrages, also während der Ausführung zu Tage. Meist führen diese Ausschreibungsfehler nach deren Richtigstellung zu Nachträgen aus geänderter oder zusätzlicher Leistung. Nicht selten führen Ausschreibungsfehler auch zu Mängeln am Bauwerk.

Weitaus seltener werden Ausschreibungsfehler bereits im Laufe des Vergabeverfahrens festgestellt, entweder durch Fragen und Hinweise der Bieter oder den mit der Vergabe seitens des Bauherrn Betrauten oder den Planer selbst.

Der Ausschreibungsfehler vor Vertragsabschluss

Bei Ausschreibungsfehlern, die im Laufe des Vergabeverfahrens hervortreten, ist zu unterscheiden zwischen dem Ausschreibungsfehler, der noch vor Submission festgestellt und dem, der nach Eröffnung der Angebote festgestellt wird. Vor Submission wird der Fehler, sofern er nicht wesentlich ist, durch Mitteilung an alle Bieter von der Vergabestelle korrigiert und von den Bietern bei der Angebotsbearbeitung berücksichtigt. Hierbei ist von der Vergabestelle auf eine angemessene Bearbeitungszeit bis zum Ablauf der Angebotsfrist zu achten, notfalls muss die Angebotsfrist verlängert werden.

Weitaus problematischer ist der Ausschreibungsfehler, der nach Eröffnung der Angebote festgestellt wird. Die Möglichkeiten bei öffentlichen Vergaben sind eng gesteckt. Im Verhandlungsverfahren hingegen ist es zulässig, die Bieter aufzufordern, ihr Angebot in Bezug auf die eine oder andere „Optimierung“, Kon-

cretisierung oder gar Änderung zu überarbeiten.

Grundsätzlich muss eine Änderung der Leistungsbeschreibung im Sinne des Gleichbehandlungsgebotes allen Bietern gegenüber erfolgen, auf jeden Fall gegenüber all jenen, die in der jeweiligen Wertungsstufe der Angebotswertung „noch im Rennen“ sind. Bei kalkulationserheblichen Änderungen müssen alle diese Bieter die Möglichkeit erhalten, ihre Kalkulation auf die geänderte Leistungsbeschreibung hin zu überprüfen, bei Erfordernis anzupassen und ein überarbeitetes Angebot einzureichen.

Handelt es sich jedoch um eine wesentliche Änderung der Leistungsbeschreibung, ist eine Aufhebung der Ausschreibung angezeigt. Weiteres regelt die VOB/A im Paragraphen 26.

Der Ausschreibungsfehler nach Vertragsabschluss

Ausschreibungsfehler, die nach Vertragsabschluss mit dem ausführenden Unternehmen festgestellt werden führen in aller Regel zu Nachträgen. Bezugsgröße dabei ist der Bauvertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

Der Bauvertrag nach VOB/B resultiert aus dem Vergabeverfahren und setzt sich aus den Verdingungsunterlagen, dem Angebot des Bieters und dem darauf erteilten Zuschlag (Auftragsschreiben) zusammen.

Die konkrete und vollständige Bestimmung des Bau-Solls und damit eine Festlegung der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung ist für die Zusammenstellung des Bauvertrages wesentlich.

Definition Bau-Soll

Das Bau-Soll ist die beschriebene Leistung, für die der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung erhält.

Das Bau-Soll wird definiert durch den Bauvertrag und dessen Bestandteile. Vertragsinhalt ist nur das, was zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als Vertragsbestandteil vereinbart wird. Das Bau-Soll setzt sich in der Regel aus einer Baubeschreibung, einer Leistungsbeschreibung und den zugehörigen Plänen zusammen. Hilfreich für die Eindeutigkeit sind Ergänzungen in Form von z.B. Schnittstellenlisten (zum Beispiel bezüglich kreuzender Leitungen, sonstigen Bestands, Gewerke-Schnittstellen, parallel laufender Arbeiten, zu beteiligender Träger öffentlicher Belange etc.), Funktions- und Betriebsbeschreibungen.

Weicht das Ausgeführte vom vertraglichen Bau-Soll ab, und ist diese Abweichung dem Auftraggeber zuzuordnen, so führt diese Soll-Ist-Abweichung regelmäßig zu einer Leistung, die nicht Vertragsleistung ist und für die eine gesonderte Vergütung gerechtfertigt ist. Die Ansprüche auf gesonderte Vergütung macht der Auftragnehmer im Rahmen eines Nachtrags geltend.

Häufige Ausschreibungsfehler

Ausschreibungsfehler lassen sich auf folgende Versäumnisse zurückführen:

- Mangelhafte bzw. unvollständige Planung (zum Beispiel fehlerhafte Berechnung oder Dimensionierung von Bauteilen).
- Mangelhafte bzw. unvollständige Leistungsbeschreibung (zum Beispiel unzureichende Qualitätsvorgaben, falsche Technikstandards, fehlerhafte Mengenermittlung, vergessene Leistungen, AGB-widrige Vertragsbedingungen)
- unzureichende Koordination der einzelnen Planungs- und Ausschreibungselemente (zum Beispiel Widersprüche zwischen Gewerkeplänen und zu den gewerkeweisen Leistungstexten)
- unzureichende Beschreibung der Schnittstellen (zum Beispiel gleichzeitig laufenden Arbeiten, Anschlüsse an den Bestand)
- Fortschreiben der Planung ohne entsprechende Anpassung der Leistungsbeschreibung (zum Beispiel von Ausschreibungsplänen abweichende Ausführungspläne).

Ergebnis aller dieser aufgelisteten möglichen Defizite an den Ausschreibungsunterlagen ist eine unzureichende Beschreibung des Bau-Solls.

Das daraus folgende Problem für die abgeschlossenen Bauverträge ist, dass eine Leistung, die nicht beschrieben ist, auch nicht kalkuliert worden sein kann und daher nachträglich vereinbart werden muss.

Prüf- und Hinweispflicht des Bieters bzw. Auftragnehmers

Die Prüfungspflicht des Bieters im vorvertraglichen Stadium beinhaltet die Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen auf „ins Auge springende Lücken“ oder Unklarheiten. Stellt der Bieter solche Defizite fest, ist er verpflichtet, die Vergabestelle darauf hinzuweisen.

Der Auftraggeber darf vom Bieter eine sorgfältige Prüfung der Ausschreibungsunterlagen erwarten. Keinesfalls darf aber vom Bieter die Tätigkeit einer zwei-

ten Ausschreibungsinstanz verlangt werden. Das gilt beispielsweise für Untersuchungen des Baugrunds und für statische Berechnungen, welche von Bietern grundsätzlich nicht verlangt werden dürfen.

Der Auftraggeber muss zudem berücksichtigen, dass dem Bieter nur eine kurze Frist zur Angebotsbearbeitung zur Verfügung steht, in der nicht ein monatelanger Planungsprozess wiederholt werden kann.

Rechtsauffassung des BGH

Der Bundesgerichtshof hat zur Prüf- und Hinweispflicht des Bieters in den späten 80er Jahren folgende Rechtsauffassung geprägt: Ein Bieter darf eine erkennbar lückenhafte Leistungsbeschreibung nicht einfach hinnehmen, sondern muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebotes klären. Ein Bieter, der den Ausschreibungsfehler zwar genau erkennt, aber zu seinem Wettbewerbsvorteil ausnutzt, gilt nach Rechtsprechung des BGH als „frivoler“ Bieter, der seine Chance auf einen Nachtrag verwirkt hat.

Bezüglich der Prüf- und Hinweispflicht des Bieters bzw. Auftragnehmers ist zu unterscheiden zwischen den im Rahmen der Ausschreibung erkennbaren und den nicht erkennbaren Ausschreibungsfehlern.

Folgen nicht erkennbarer Ausschreibungsfehler

Im Falle nicht erkennbarer Ausschreibungsfehler treffen den Auftragnehmer keine Prüf- und Hinweispflichten, da die ordnungsgemäße Ausschreibung alleinige Aufgabe des Auftraggebers ist. Nicht erkennbare Ausschreibungsfehler sind zum Beispiel:

- Leistungen richtig, Mengen unrichtig ausgeschrieben
- Leistungen unvollständig oder falsch ausgeschrieben
- Leistungen fehlen, obwohl notwendig.

Die VOB/B sieht für den Fall der nicht erkennbaren Ausschreibungsfehler die folgenden Wege der vertraglichen Korrektur vor:

- a) Unrichtige Mengenvorgaben führen zur Preisanpassung nach VOB/B Paragraph 2 Nr. 3 bzw. Nr. 5.
- b) Unvollständige oder falsche Leistungsbeschreibungen werden in aller Regel über eine Leistungsänderung nach VOB/B Paragraph 2 Nr. 5 korri-

giert. Es können aber auch Schadensersatzansprüche ausgelöst werden.

- c) Fehlende Leistungen führen zu Ansprüchen nach VOB/B Paragraph 2 Nr. 6, wenn deren Erbringung vom Auftraggeber gefordert wird. Zu beachten ist hierbei die Ankündigungspflicht als Voraussetzung für den Vergütungsanspruch.

In Bezug auf das Mängelrecht ist zum Thema nicht erkennbare Ausschreibungsfehler ergänzend anzumerken: Der Auftragnehmer ist nach VOB/B Paragraph 13 Nr. 3 von der Gewährleistung befreit, wenn ein Mangel der Leistung auf die Leistungsbeschreibung (oder auf Anordnungen des Auftraggebers oder von ihm gelieferte Stoffe oder Vorleistungen) zurückzuführen ist und er vor Ausführung schriftlich Bedenken gegen die Ausführung angemeldet hat.

Folgen erkennbarer Ausschreibungsfehler

Im Falle erkannter oder erkennbarer Ausschreibungsfehler muss sich der Auftragnehmer zumindest ein Mitverschulden zurechnen lassen.

Die Untersuchung der Folgen erkennbarer und nicht erkennbarer Ausschreibungsfehler wird im Rahmen der Auslegung des Vertrages geklärt, deren Grundsätze im Folgenden erläutert werden.

Klärung von Widersprüchen durch Auslegung des Bauvertrags

Widersprüche und Unklarheiten innerhalb der Leistungsbeschreibung bzw. des Bau-Solls müssen aufgeklärt werden. Dies erfolgt nach Vertragsschluss durch die Methodik der Auslegung. Bei der Auslegung geht es darum, das von den Vertragsparteien tatsächlich Gewollte zu ermitteln, wobei das gesamte Vertragswerk zu Grunde zu legen ist. Die Auslegung erfolgt in drei Schritten:

4. Prüfung tatsächlicher Parteiwillen
5. Prüfung der Prüf- und Hinweispflicht des Bieters
6. Wenn Mangel erkennbar: Klärung der Folgen des nicht erfolgten Prüfhinweises des Bieters.

Mit Schritt 1 erfolgt die Klärung der Frage, wie die nicht eindeutigen Beschreibungen „richtig“ zu verstehen sind. Dabei werden die Formulierungen dahingehend untersucht, was nach Bieterverständnis Vertragsinhalt geworden ist. Wichtiger Maßstab ist die Rangfolge der Vertragsbestandteile (spezielle sticht allgemeine Kategorie). Maßgebend bleibt aber der Empfängerhorizont des Bieters, das heißt, was der Auftraggeber

nach außen hin erklärt hat und was für einen gewissenhaften Bieter erkennbar war.

Wird die Auffassung des Auftragnehmers als richtig bestätigt, so ist im Schritt 2 zu prüfen, ob der Bieter den Mangel an der Ausschreibung hätte erkennen können oder sogar erkannt hat. Prüfmaßstab dabei ist das Maß an Sorgfalt, das ein durchschnittlich sorgfältiger Bieter aufwendet. Konnte der Bieter den Mangel an der Ausschreibung nicht erkennen, so steht ihm ein Vergütungsanspruch zu. Konnte der Bieter die Mängel der Ausschreibung erkennen, folgt Schritt 3.

Konnte der Bieter den Mangel erkennen oder hat er ihn erkannt, so ist im 3. Schritt zu klären, welche Folgen der zwar mögliche, aber unterlassene Prüfhinweis des Bieters hat. So schließt der vorsätzlich unterlassene Hinweis Ansprüche des Bieters aus, der fahrlässig unterlassene Hinweis nicht.

Fortsetzung folgt

Der Beitrag inklusive einer Checkliste zur Prüfung des Vergabeverfahrens auf Verfahrensfehler sowie der Ausschreibungsunterlagen auf Ausschreibungsfehler wird in der kommenden Ausgabe des Vergabe-Navigators fortgesetzt.