

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

Mit jedem Nachtrag startet neue Vergabe

Zur sorgfältigen und revisions sicheren Prüfung von Nachforderungen – Teil 1

Am Ende eines erfolgreichen Vergabeverfahrens steht der Zuschlag. Der Zuschlag begründet ein Vertragsverhältnis zwischen der Vergabestelle und dem ausgewählten Bieter, das die Leistungspflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer in Gang setzt. Notwendige Änderungen zu einem geschlossenen Vertrag schlagen sich in Nachträgen zu diesem Vertrag nieder. Auch für diese Nachträge muss ein Vergabeprozedere durchlaufen werden. Wie dieses aussehen sollte, wird im nachfolgenden Beitrag eingehend beleuchtet.

Grundlage der Partnerschaft zwischen öffentlichem Bauherrn (Auftraggeber) und bauausführendem Unternehmen (Auftragnehmer) zwecks Errichtung eines Bauwerkes ist der Bauvertrag nach VOB/B. Er setzt sich aus folgenden Unterlagen zusammen:

- den Verdingungsunterlagen, bestehend aus Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen
- dem Angebot des erfolgreichen Bieters
- der Niederschrift des Bietergesprächs
- ggf. dem sonstigen vertragsrelevanten Schriftverkehr aus dem Vergabeverfahren sowie
- dem Auftragsschreiben des Auftraggebers.

Weiterhin gelten die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C), die unter Vollkaufleuten dem Vertragswerk nicht beigelegt werden müssen.

Ein gesondertes juristisches Papier namens „Bauvertrag“ ist insofern bei öffentlichen Auftraggebern nicht erforderlich und auch nicht üblich.

Durch die vertraglich vereinbarten Preise werden alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören.

Die Gesamtheit der Vertragsleistungen wird beim Bauvertrag auch als Bau-Soll bezeichnet.

Der Einheitspreisvertrag

Üblicher Vertragstyp der öffentlichen Hand ist der Einheitspreisvertrag. Im Einheitspreisvertrag ist jeder Teilleistung eine Menge (auch Vordersatz genannt) nach Maß, Gewicht oder Stückzahl zugeordnet, die der Bauunternehmer bei der Angebotsbearbeitung mit einem kalkulierten Preis versieht. Aus dem Preis je Einheit errechnet sich über den Vordersatz der Gesamtpreis für die jeweilige Teilleistung. Abgerechnet wird die tatsächlich erbrachte Menge. Diese wird durch ein Aufmaß nachgewiesen.

Auch wenn die VOB/B neben dem Einheitspreisvertrag den Pauschalvertrag kennt, beziehen sich die weiteren Ausführungen auf den in der Anwendung der öffentlichen Auftraggeber vornehmlich eingesetzten Einheitspreisvertrag.

Der Nachtrag nach VOB/B

Die VOB/B kennt den Begriff Nachtrag nicht explizit. Vielmehr wird dort für bestimmte Tatbestände aus der Welt des Bauens ein Prozedere vorgegeben.

Ganz grundlegend regelt die VOB/B bereits im Paragraphen 1 die Handhabung von Nachträgen: Auch nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers auszuführen – es sei denn, dass sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere zusätzliche Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung nicht

erforderlich sind, wie zum Beispiel reine Zusatzleistungen, können dem Auftragnehmer dagegen nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

Nachträge neu ausschreiben?

Das Vergaberecht setzt den Zusatzwünschen des Bauherrn und der Nachbeauftragung an einen bereits gebundenen Unternehmer gewisse Grenzen. Damit soll vermieden werden, dass selbständige Leistungen über sogenannte Anschlussaufträge dem Wettbewerb entzogen werden.

So ist eine Nachtragsvereinbarung vergaberechtlich allein dann unbedenklich, wenn sie eine zusätzliche Leistung betrifft, die erforderlich ist, um die vertragliche Leistung vollständig und mangelfrei auszuführen und damit erst möglich zu machen. Die zusätzliche Leistung muss also Voraussetzung dafür sein, dass das vertragliche Leistungsziel einwandfrei erreicht wird. Ist das nicht der Fall, handelt es sich um eine vom Bau-Soll unabhängige zusätzliche Leistung. Diese muss gesondert vereinbart werden, stellt also keine zusätzliche Leistung dar, sondern einen so genannten Anschlussauftrag, der nicht den Preisermittlungsgrundlagen des Hauptauftrages unterliegt.

Die Vergabe eines Anschlussauftrages kann im Wege der freihändigen Vergabe erfolgen. Bei diesem Vergabeverfahren ist der Auftraggeber weitgehend von formalen Fesseln befreit. Öffentliche Bauaufträge dürfen daher nur unter den in § 3 Nr. 4 VOB/A genannten Voraussetzungen freihändig vergeben werden. In den hier angesprochenen Fällen kommt ins-

Begriffsdefinition „Nachtrag“

Nach dem Duden ist ein Nachtrag eine schriftliche Ergänzung, ein nachträglicher schriftlicher Zusatz.

Im Versicherungsgeschäft wird ein Nachtrag bei Einschluss eines Zusatzrisikos oder bei Änderung des versicherten Objekts als Ergänzung zum Versicherungsschein, oder als Ersatz des bisherigen Versicherungsscheins ausgefertigt.

Im Vertragswesen wird der ursprüngliche Vertrag mit jedem Nachtrag ergänzt. Die Baufirma reicht ihre Ansprüche in Form eines Nachtragsangebotes ein; nach Beauftragung durch den Auftraggeber spricht man vom Nachtrag. In der Praxis kommt es hier jedoch zu Verwischungen, da begrifflich häufig nicht korrekt zwischen Nachtrag und Nachtragsangebot unterschieden wird.

GRUNDSÄTZE DER BESCHAFFUNG UND VERGABE

besondere § 3 Nr. 4 c) VOB/A in Betracht. Hiernach darf ein kleinerer Bauauftrag dann freihändig vergeben werden, wenn er sich von der vergebenen größeren Leistung nicht ohne Nachteil trennen lässt. Die drohenden Nachteile können bautechnischer oder auch finanzieller Art sein. Um Missbräuche durch die Auftraggeber zu vermeiden, darf der Gesamtumfang der Anschlussaufträge nach Richtwerten aus der Literatur höchstens die Hälfte der Kosten des Hauptauftrages ausmachen.

Alle Leistungen, für die sich eine freihändige Vergabe nicht begründen lässt oder mit der der oben erwähnte Grenzwert überschritten wird, müssen unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben neu ausgeschrieben werden.

Wie kommt es zu einem Nachtrag?

Ein Nachtragsangebot kann auf zwei verschiedenen Wegen zustande kommen:

- a) Der Auftraggeber wird aktiv: Er stellt eine notwendige Leistungsänderung oder Leistungsergänzung gegenüber dem vertraglichen Bau-Soll fest und ordnet diese dem Auftragnehmer zur Ausführung an, verbunden mit der Aufforderung, ein entsprechendes Nachtragsangebot vorzulegen. Im günstigsten Fall übergibt der Auftraggeber dem Auftragnehmer ein Leistungsverzeichnis über die erforderlichen Änderungen oder Ergänzungen als Basis für das vorzulegende Nachtragsangebot.
- b) Der Auftragnehmer wird aktiv: Er stellt eine Abweichung der Ausführungspläne vom vertraglichen Bau-Soll fest, macht Mehrkosten aufgrund eines Ausschreibungsfehlers geltend oder hegt Bedenken gegenüber der vorgesehenen Art der Ausführung und bietet daher eine geänderte Ausführung an. Der Auftragnehmer wird diese aus seiner Sicht notwendigen Vertragsänderungen zunächst anzeigen und im Anschluss seine Forderungen im Rahmen eines Nachtragsangebotes geltend machen.

Vorteilhaft für den Bauherrn ist stets die Variante a), also das proaktive Erkennen von notwendigen Vertragsanpassungen, verbunden mit einer frühzeitigen Steuerung termin- und kostensichernder Maßnahmen, die planerische Umsetzung der Änderungen und Ergänzungen sowie das Aufstellen von technischen Vorgaben und Leistungsverzeichnissen in Form von eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibungen als Basis für die Nachtragsangebote des Unternehmers.

Der Weg bis zum Nachtragsauftrag

Ein Nachtrag durchläuft nach Eingang beim Auftraggeber folgende Bearbeitungs- und Prüfschritte:

- Prüfung der Vollständigkeit/Prüfbarkeit des Nachtrags (Formale Prüfung)
- Prüfung des Nachtrags dem Grunde nach (Prüfung der Anspruchsgrundlagen)
- Prüfung des Nachtrags der Höhe nach (Preisprüfung)
- Ggf. Verhandlungen
- Vergabeempfehlung
- Beauftragung (Bestellvorgang)

Es hat sich bei größeren Bauvorhaben bewährt, Bearbeitungsfristen für die einzelnen Stufen festzulegen und den Bearbeitern ein Ablaufschema für die Prüfung von Nachträgen an die Hand zu geben. Dies gehört zu den Aufgaben der Projektsteuerung. Sie sollte in dem Ablaufschema bereits Zeiträume für eine umgehende Bearbeitung von angemeldeten Bedenken, Behinderungsanzeigen und Mehrkostenmeldungen des Auftragnehmers vorsehen, um Nachträge bereits im Vorhinein vermeiden zu helfen. Gerade bei Bedenken und Behinderungen müssen zeitnah technische Lösungen entwickelt werden, um zusätzliche Kosten zu verhindern.

Vollständigkeit und Prüfbarkeit

Der Auftraggeber sollte nur dann ein Nachtragsangebot annehmen, wenn folgende Voraussetzungen für seine Prüfbarkeit erfüllt sind:

- Auftraggeber als Adressat
- Angabe der Auftragsnummer
- Kennzeichnung als Nachtrag mit fortlaufender Nummerierung und Titel auf dem Deckblatt
- Inhaltliche Begründung
- Anspruchsbegründung in Abgrenzung zum Hauptauftrag
- weitestgehender Bezug auf die Leistungspositionen des Hauptauftrags
- Kalkulationsnachweise
- Nachweise über Fremdleistungen
- Benennung entfallender Leistungen.

Selbstverständlich sollte sich der jeweils geltend gemachte Nachtrag auch nur auf einen Nachtrags Sachverhalt beschränken – die bezüglich einer Ursache vorgebrachten Ansprüche gelten als vollständig und abschließend. Um Nachtragsangebote in einer vollständigen und prüfbar Form zu erhalten, ist meist ein Erziehungsprozess des ausführenden Unternehmens erforderlich. Es empfiehlt sich, grob unzureichende und damit nicht

prüfbare Nachtragsangebote zur Entlastung des Bauherrn zurückzuweisen.

Prüfung dem Grunde nach

Die Prüfung des Nachtrags dem Grunde nach befasst sich mit der zentralen Frage, ob es sich bei den mit dem Nachtragsangebot vorgebrachten Ansprüchen um berechnete Ansprüche handelt oder nicht. Dazu wird folgendes vierstufiges Prüfschema verwendet:

Prüfschritt 1

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Abweichung des Bau-Ist vom vertraglich vereinbarten Bau-Soll vorliegt. Um das vereinbarte Bau-Soll feststellen zu können, müssen die Inhalte der Leistungsbeschreibung einschließlich aller Vertragsbedingungen, dem Leistungsverzeichnis und den Ausschreibungsplänen, ergänzt um die Regelwerke, nicht zuletzt die Technischen Normen der VOB/C, vollständig erfasst werden.

Prüfschritt 2

In einem zweiten Prüfschritt ist die tatsächliche Nachtragssituation zu erfassen, und das mit dem Nachtragsangebot vorgelegte Bau-Ist zu überprüfen, ggf. ist dieses zu korrigieren.

Prüfschritt 3

In einem dritten Schritt sind die Differenzen zwischen festgestelltem Bau-Soll und dem vom Auftragnehmer dargestellten bzw. vom Prüfer korrigierten Bau-Ist zu erfassen und zu dokumentieren. Diese Differenzen stellen die Leistungsabweichung oder die Zusätzliche Leistung dar. Stichpunkte für eine solche fachtechnische Prüfung von Nachträgen enthält die Checkliste 1.

Prüfschritt 4

In einem vierten Schritt wird dann geprüft, ob die festgestellte Abweichung gesondert vergütet wird.

Im Ergebnis ist die Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll notwendige Grundlage für jeden Nachtragsanspruch. Denn mit der Abweichung zwischen Bau-Ist und Bau-Soll wird die vertragliche Ausgewogenheit zwischen Leistung und Vergütung gestört. Eine Vertragsanpassung wird erforderlich.

Mit der Prüfung dem Grunde nach ist die Nachtragskontrolle noch nicht abgeschlossen. Der zweite Teil des Beitrags in der nächsten Ausgabe des Vergabenavigators befasst sich mit den nächsten Prüfungsschritten und gibt Tipps für das weitere Vorgehen. Er befasst sich unter anderem mit folgenden Fragen: Welche Anspruchsgrundlagen hält die VOB/B für Nachtragsforderungen bereit? Was

können mögliche Ursachen für Nachträge sein und wer ist als Verursacher anzusehen? Wie hoch dürfen Nachträge sein? Wie formuliert man den Vergabevorschlag? Und: Wer sollte wann und wie mit der Nachtragsprüfung befasst sein?

Fachtechnische Prüfung von Nachträgen

Prüfung der angebotenen Leistungen auf

Prüfung Angebotskalkulation, z.B.

- Prüfung Aufwand (Stunden / Material)
- Prüfung der eingesetzten Geräte

Prüfung Vertragskonformität, z.B.

- Prüfung Mehr- / Minderleistungen gegenüber Hauptvertrag
- Prüfung hinsichtlich vergleichbarer Ansätze vertraglich vereinbarter Leistungen

- Abgleich mit dem Bautagebuch, Bautagesberichten

Prüfung Behinderungstatbestände, z.B.

- Möglichkeit von Umsetzungsmaßnahmen zur Schadensminimierung bei Behinderung

Mengenprüfung

- Prüfung der angegebenen Mengensätze
- Prüfung der Aufmaße

■ *Leitender Städtischen Rechtsdirektor Martin Krämer,
Leiter des Liegenschaftsamtes der Bundesstadt Bonn*

Faire Beschaffung – der Vergabe fremd?

Soziale Kriterien im Vergabeverfahren

Stellen Sie sich vor, der Berichterstatter einer Fachdienststelle wird im Vergabeausschuss oder Stadtrat gefragt, woher die Pflastersteine kommen, die für das zu vergebende Straßenbauprojekt benötigt werden: Ob diese etwa aus indischen Steinbrüchen mit ausbeuterischer Kinderarbeit stammten? Und er antwortet: diese Frage dürfe ihn vergaberechtlich nicht interessieren, weil es sich dabei um ein vergabefremdes Kriterium handle – er würde nichts als Kopfschütteln ernten. Das Spannungsverhältnis zwischen der Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und dem Interesse an einfachen und schlanken Verfahrensregeln – das Thema unseres Fachbeitrages.

Rechtlicher Rahmen

Betrachtet man die derzeit geltende nationale Rechtslage, scheint oberhalb der Schwellen zunächst alles klar zu sein: Öffentliche Aufträge dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, welche die entsprechende Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen; erlaubt sind in der Leistungsbeschreibung definierte qualitative Anforderungen an die Produkte selbst; die Zuschlagserteilung erfolgt auf das wirtschaftlichste Angebot; vergabefremde – gesellschaftspolitisch motivierte – Kriterien sind grundsätzlich unzulässig. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Unternehmen nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder

Landesgesetz vorgesehen ist (§ 97 Abs. 4 GWB).

Das bedeutet, dass oberhalb der Schwellenwerte Sozialstandards nur produktbezogen, nicht aber unternehmens- oder herstellungsbezogen vorgegeben werden dürfen. Das sozialpolitische Ziel, Bieterfirmen zu fördern, die bei der Produktion ihrer Waren bestimmte Sozialstandards einhalten, stellt aus diesem Blickwinkel für sich genommen einen vergabefremden Aspekt dar, weil die „soziale“ Verhaltensweise eines Betriebes keine produktbezogene Anforderung ist.

Schaut man auf die europäischen Vorgaben, erscheinen die Grenzen, soziale Kriterien bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, weniger eng. Generell wird

dort jedem Auftraggeber bei der Definition von Waren, die er erwerben möchte, erlaubt, diejenigen zu wählen, die seinem sozialpolitischen Anliegen entsprechen – immer vorausgesetzt, dass diese Wahl nicht dazu führt, dass der Zugang zu dem betreffenden Markt zu Ungunsten der Bieter anderer Mitgliedstaaten begrenzt wird. Bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots können durchaus Kriterien berücksichtigt werden, die soziale Gegebenheiten beinhalten, wenn sie dem Auftraggeber einen wirtschaftlichen Vorteil bieten, der mit dem eigentlichen Auftragsgegenstand zusammenhängt.

Konkret heißt es hierzu in Art. 26 (Bedingungen für die Auftragsausführung) der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie aus April 2004:

„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen“.

Innerhalb der vorgesehenen Frist zum 31. Januar 2006 sind nur die zwingenden Regelungen der Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt worden, nicht jedoch deren fakultative. Hierüber soll in der noch ausstehenden „Vergaberechtsnovelle Teil 2“ entschieden werden. Ob der Bund also Artikel 26 der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie in nationales Recht umsetzt oder nicht, ist derzeit noch offen. Immerhin haben mittlerweile acht europäische Staaten von dieser Möglichkeit bereits Gebrauch gemacht, darunter auch unser Nachbarstaat Österreich im österreichischen Bundesvergabegesetz bereits im Januar 2006.