

PLANERISCHE UND RECHTLICHE GESICHTSPUNKTE ZUR ERREICHUNG EINES QUALITATIV HOCHWERTIGEN BAUWERKS

- Rechtliche Gesichtspunkte -

Ihr Referent



Carsten Schmidt, LL.M.
Rechtsanwalt

CLP Rechtsanwälte

Die Düsseldorfer Wirtschaftskanzlei „CLP Rechtsanwälte“ ist eine im Jahr 2008 gegründete Anwaltssozietät. Die Partner haben ihr juristisches Handwerk zuvor über lange Jahre in großen nationalen und internationalen Kanzleien gelernt und ihre Erfahrungen und ihr Wissen bewusst und erfolgreich in eine mittelständische Sozietät eingebracht.



CLP Rechtsanwälte

Das Team von „CLP Rechtsanwälte“ besteht aus erfahrenen Spezialisten, die über langjährige Praxiserfahrung insbesondere in den nachfolgenden Rechtsgebieten verfügen:

- Vergaberecht,
- Baurecht,
- Architekten- und Ingenieurrecht,
- Öffentliches/Kommunales Wirtschaftsrecht,
- Steuerrecht,
- Handelsrecht,
- Gesellschaftsrecht,
- Unternehmensfinanzierung.

Weitere Informationen können Sie zudem der CLP-Homepage (www.clp-rechtsanwaelte.de) entnehmen.

Übersicht

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Landesvergabegesetzliche Stolpersteine

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Problemstellung

Das Bauvergaberecht und das Bauvertragsrecht stehen nicht isoliert nebeneinander. Vielmehr wirkt sich eine fehlerbehaftete Ausgestaltung des Beschaffungsvorgangs unmittelbar auf die Vertragsdurchführung aus.

- unklare Leistungsbeschreibungen
- nicht durchdachte Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien
- fehlerbehaftete Angebotswertung
- landesvergabegesetzliche Bestimmungen

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Leistungsbeschreibung

Die in § 7 VOB/A geregelten Anforderungen an die Gestaltung der Leistungsbeschreibung sind sowohl für das Vergabeverfahren als auch für die spätere Vertragsdurchführung von fundamentaler Bedeutung.

Die Leistungsbeschreibung bildet dabei das Kernstück der Vergabeunterlagen (VK Münster, B. v. 23.09.2011 - Az.: VK 11/11; 1. VK Sachsen, B. v. 01.06.2011 - Az.: 1/SVK/016-11).

Eine unzutreffende Leistungsbeschreibung kann Bieterrechte verletzen. Der § 7 Abs. 1 VOB/A hat drittschützende Wirkung, d.h. Bieter können sich auf eine nicht ordnungsgemäße Beachtung des § 7 Abs. 1 VOB/A berufen.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Leistungsbeschreibung

Ausweislich des § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A haben öffentliche Auftraggeber bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung die "Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung" in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., zu beachten. Vor diesem Hintergrund ist z.B. für Sanierungsleistungen mittels Liningverfahrens die ATV DIN 18326 „Renovierungsarbeiten an Entwässerungskanälen“ von Bedeutung.

Schon über die Anforderungen der ATV(en) finden somit qualitative Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung Eingang in das Vergabeverfahren. In der Praxis ist jedoch häufig festzustellen, dass die Leistungsbeschreibung nicht oder nur unzureichend auf der Basis der 0-Abschnitte der einschlägigen ATV(en) erfolgt.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Eignungskriterien

Bauleistungen werden gem. § 2 Abs. 1 VOB/A an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen in transparenten Vergabeverfahren vergeben.

→ Ohne eine Eignung des Bieters ist die qualitative Baudurchführung gefährdet.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Eignungskriterien

Insbesondere neue landesvergaberechtliche Regelungen sorgen für Verwirrung. Mithin werden in den Landesvergabegesetzen (z.B. § 18 TVgG-NRW) von den Bietern ausdrücklich Erklärungen zur Beachtung sozialer Kriterien (Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen) gefordert.

Betreffen derartige Erklärungen die Eignung?

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Eignungskriterien

Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 29.01.2014 - Verg 28/13) entschied zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW, dass das Fordern von Verpflichtungserklärungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen gemäß § 18 TVgG NRW als Nachweis der beruflichen (technischen) Leistungsfähigkeit von Bietern ebenso gegen Vergaberecht verstoße, wie das Fordern als Nachweis zur persönlichen Lage eines Bieters. Die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen stelle keine allgemeine Anforderung an die Unternehmen dar. Verpflichtungserklärungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen gemäß § 18 TVgG-NRW seien keine Eignungsanforderungen.

→ Im Rahmen der Bekanntmachung darf die Beibringung der Verpflichtungserklärung nach § 18 TVgG-NRW nicht als Eignungsnachweis ausgewiesen werden.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Zuschlagskriterien

Ein Auftraggeber darf grundsätzlich nicht bei der Angebotsbewertung nochmals einfließen lassen, von welchem der Unternehmen ein Angebot stammt, ob es also von einem aus seiner Sicht besonders leistungsfähigen oder besonders erfahrenen Unternehmen abgegeben wurde (BGH, Urteil v. 15.04.2008 - Az.: X ZR 129/06).

Eignung und Wertung sind also zwei unterschiedliche Vorgänge, die unterschiedlichen Regeln unterliegen. Ein "Mehr an Eignung" ist daher grundsätzlich kein zulässiges Wertungskriterium (OLG Düsseldorf, B. v. 03.08.2011 - Az.: VII-Verg 16/11).

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Zuschlagskriterien/Landesvergabegesetzliche Stolpersteine

Auch für Beschaffungsmaßnahmen unterhalb der Schwellenwerte verlangt § 17 Abs. 1 TVgG-NRW i.V.m. § 6 Abs. 1 RVO TVgG-NRW energieeffiziente Beschaffungen. Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ist die zu ermittelnde Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen (Bauvergaben: § 6 Abs. 6 VgV).

Es entspricht aber nach wie vor der gelebten Praxis, dass bei einer Vielzahl von Ausschreibungen der Preis als einziges Zuschlagskriterium festgelegt wird.

→ Diese Praxis ist im Lichte der o.g. landesvergabegesetzlichen Vorgaben als Standard nicht mehr zulässig. Ausnahmen sind allerdings möglich. So kann etwa die Berücksichtigung der Energieeffizienz ausnahmsweise unterbleiben, wenn z.B. keine belastbaren Werte zur Energieeffizienz auf dem Markt bestehen.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Landesvergabegesetzliche Stolpersteine

Landesvergabegesetze verlangen von Bietern Verpflichtungserklärungen (z.B. Tariftreue/Mindestlohn, ILO-Kernarbeitsnormen, Frauenförderung, §§ 4, 18, 19 TVgG-NRW)

Die Anwendbarkeit der Verpflichtungserklärungen ist mithin abhängig vom Erreichen einer Wertgrenze (z.B. Frauenförderungserklärung bei Bauaufträgen ab geschätzt 150 T € netto)

Fehlen die Erklärungen bei Angebotsabgabe und werden sie nicht spätestens innerhalb einer angemessenen, vom öffentlichen Auftraggeber kalendermäßig zu bestimmenden Frist vom Bieter und von diesem auch für die bereits bekannten Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften vorgelegt, so ist das Angebot von der Wertung auszuschließen (§ 8 Abs. 2, § 18 Abs. 3, § 19 Abs. 1 TVgG-NRW).

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Landesvergabegesetzliche Stolpersteine

Müssen bei Losaufteilungen auch bei den kleineren Losen Verpflichtungserklärungen verlangt werden, nur weil der Gesamtauftragswert über geschätzt 150 T € liegt?

→ rechtlich argumentiert: ja!

→ praktikabel argumentiert: nein!

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Fehlerhafte Wertung

Abänderungen an den Vergabeunterlagen sind gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A ein zwingender Ausschlussgrund. Oftmals werden Abänderungen jedoch nicht als solche wahrgenommen.

Nach der überwiegenden Auffassung gehört auch ein Begleitschreiben zu den Vergabeunterlagen (OLG Düsseldorf, B. v. 13.08.2008 - Az.: VII - Verg 42/07; OLG Köln, Urteil v. 31.01.2012 - Az.: 3 U 17/11; OLG München, B. v. 23.12.2010 - Az.: Verg 21/10). Öffentliche Auftraggeber müssen daher im Rahmen der Wertung der Angebote zwingend auch die Angebotsbegleitschreiben berücksichtigen. Bieter neigen dazu, in derartigen Begleitschreiben „Konkretisierungen“ des Angebots vorzunehmen.

→ Achtung Bieter!: Es droht ein vermeidbarer zwingender Angebotsausschluss.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Fehlerhafte Wertung

Achtung Auftraggeber!:

Durch den Inhalt des Begleitschreibens können das Angebot und damit der spätere Vertragsinhalt von den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, abweichen. Die Werte im Leistungsverzeichnis sind für die Bestimmung des Inhalts der Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers nach dem geschlossenen Werkvertrag unbeachtlich, weil die Ausschreibung einschließlich der beigefügten Leistungsbeschreibung lediglich eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (*invitatio ad offerendum*) und damit keine auf Abschluss eines Vertrags gerichtete Erklärung ist (OLG Stuttgart, Urteil vom 09.02.2010 - 10 U 76/09).

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Fehlerhafte Wertung

Eine weitere Fehlerquelle bei der Wertung der Angebote ist bei dem Umgang mit Nebenangeboten angesiedelt.

Hier war es in der Vergangenheit streitig, ob und inwieweit ausdrücklich zugelassene Nebenangebote wertbar sind, wenn als einziges Zuschlagskriterium der Preis benannt wurde.

Klarheit schafft hier aktuelle BGH-Rechtsprechung.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Fehlerhafte Wertung

Nebenangebote dürfen grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden, wenn in einem europaweiten Vergabeverfahren der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Es wäre vergaberechtswidrig, im Streitfall auf ein zugelassenes Nebenangebot den Zuschlag zu erteilen. Ist in einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Vergabeverfahren, wie hier, der Preis das alleinige Zuschlagskriterium dürfen Nebenangebote bereits nach dem Inhalt des anzuwendenden nationalen Vergaberechts, unabhängig von sich aus den vergaberechtlichen Richtlinien des Unionsrechts ergebenden Schranken, nicht zugelassen werden. Ist dies, wie hier, doch geschehen, dürfen diese Nebenangebote jedenfalls nicht gewertet werden.

BGH, Beschluss vom 07.01.2014 - X ZB 15/13

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Fehlerhafte Wertung

→ Für europaweite Vergabeverfahren ist daher schon im Vorfeld abzustimmen, ob Nebenangebote erwünscht sind. Ist dies der Fall, muss neben dem Preis ein weiteres Zuschlagskriterium angegeben werden.

→ Für eine Übertragbarkeit der BGH-Rspr. auch auf den Bereich nationaler Ausschreibungen sprechen gute Gründe. Diese Frage ist bisher jedoch noch nicht geklärt.

Rechtliche Konsequenzen fehlerhafter Ausschreibungen

Konsequenzen

- Rechtsschutz (mithin auch bei Verletzung landesvergaberechtlicher Vorschriften)
- Aufhebungspflicht
- Schadensersatzgefahr
- Fördermittelschädlichkeit
- Vertragliche Konsequenzen (insbesondere Nachtragsrisiko)

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Unklare Leistungsbeschreibung

Bei faktisch unklaren Leistungsbeschreibungen ist mithin zwischen den Vertragsparteien streitig, zu welchen Lasten die Unklarheiten gehen.

Während sich die Auftragnehmerseite darauf beruft, dass der Auftraggeber eine eindeutige und umfassende Leistungsbeschreibung schuldet, wendet die Auftraggeberseite ein, dass einem Fachunternehmen die Unstimmigkeiten der Leistungsbeschreibung aufgefallen sein müssen und dass daher eine entsprechende Mitteilung an den Auftraggeber notwendig war.

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Unklare Leistungsbeschreibung

Der BGH (Urteil vom 12.09.2013 - VII ZR 227/11) stellt klar, dass es keine Auslegungsregel gibt, wonach ein Vertrag mit einer unklaren Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftragnehmers auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten vor Angebotsabgabe nicht aufgeklärt hat.

Maßgeblich ist vielmehr stets eine interessengerechte und an den Vorgaben der VOB/A orientierte Auslegung der Ausschreibung.

Unerheblich ist es daher, dass der Auftragnehmer sich nicht bemüht hat, die Unklarheiten der Ausschreibung durch Nachfrage zu beseitigen. Dieser Umstand kann das Ergebnis einer objektiven Auslegung der Ausschreibung nicht beeinflussen.

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Unklare Leistungsbeschreibung

- Die Rechtsprechung des BGH darf nicht so verstanden werden, dass Unstimmigkeiten in der Leistungsbeschreibung nunmehr stets zu Lasten des Auftraggebers gehen.
- Das Ergebnis einer individuellen Vertragsauslegung kann sehr wohl ergeben, dass trotz suboptimaler Leistungsbeschreibung bestimmte Leistungsverpflichtungen vertraglich zu Lasten des Auftragnehmers vereinbart wurden, weshalb Nachtragsforderungen ausscheiden.
- Ausgeschlossen ist nunmehr aber der pauschale Hinweis auf die vermeintliche Verletzung einer Aufklärungs- und Hinweispflicht.

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Nr. 5 VOB/B

Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 25.10.2013 - 22 U 21/13) stellt fest, dass Grundlage für die Festlegung des neuen Preises stets der zuvor vereinbarte Preis sei. Diesem würden die vorkalkulierten bzw. im Voraus zu kalkulierenden Mehrkosten im Zeitpunkt der Kalkulation des Nachtragsangebots nach erfolgter Bauentwurfsänderung hinzugerechnet. Dies erfordere die Vorlage der ursprünglichen Angebotskalkulation. Fehle eine Kalkulation, sei vom Auftragnehmer nachträglich eine plausible Kalkulation für die vereinbarten Vertragspreise zu erstellen und der neuen Kalkulation für den geforderten Nachtragspreis gegenüberzustellen.

Andernfalls sei ein geltend gemachter Mehrvergütungsanspruch bei Nachträgen ungeschlüssig. Für einen Rückgriff auf den ortsüblichen Preis in Anlehnung an § 632 Abs. 2 BGB sei insoweit kein Raum.

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Mengenvorgaben - Ausgleichsberechnung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B

Das OLG Karlsruhe (Urteil vom 24.03.2011 - 9 U 94/10; BGH, Beschluss vom 16.05.2013 - VII ZR 96/11 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)) stellt fest, dass wenn es bei einem Einheitspreisvertrag in einer Position des Leistungsverzeichnisses zu einer über 10% hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes komme, für die Ausgleichsberechnung nach § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B sowohl alle anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses als auch sämtliche Nachträge, die dasselbe Bauvorhaben betreffen, heranzuziehen seien.

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Mengenvorgaben - Nullmengen

Der BGH (Urteil vom 26.01.2012 - VII ZR 19/11) stellt fest, dass in ergänzender Auslegung eines VOB/B-Einheitspreisvertrags der Auftragnehmer eine Vergütung für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (Nullpositionen) nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B verlangen könne.

Der § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B sei anzuwenden, wenn der vollständige Wegfall einer Position auf einer Fehleinschätzung des Auftraggebers bei der Mengenermittlung beruhe. Die in der VOB/B enthaltene Regelungslücke sei durch ergänzende Auslegung des Vertrags zu schließen. Es gebe keinen Grund, dem Auftragnehmer die von ihm für entfallene Leistungen kalkulierten Deckungsanteile zu versagen.

Der richtige Umgang mit Nachträgen im Lichte aktueller Rspr.

Bausoll bei teilfunktionaler Beschreibung

Das OLG Dresden (Urteil vom 26.02.2013 - 9 U 123/12; BGH, Beschluss vom 19.12.2013 - VII ZR 67/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)) entschied im Falle eines teilfunktionalen Inhalts einer Leistungsbeschreibung wie folgt:

„Wird in einer Position eines detaillierten Leistungsverzeichnisses eine Leistung funktional beschrieben, ist es Sache des Auftragnehmers, auf Grundlage der dem Vertrag zu Grunde liegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Damit wird das Risiko, welche statischen und konstruktiven Erfordernisse zu erfüllen sind, in zulässiger Weise auf den Auftragnehmer verlagert.“

Fazit

Fazit

→ Vergaberechtliche Anforderungen haben konkrete Auswirkungen auf die Vertragsdurchführung. Eine Vielzahl von (Nachtrags-)Streitigkeiten lassen sich vermeiden, wenn im Vergabeverfahren (bzw. besser in der Vorbereitung des Vergabeverfahrens) wesentliche Vorgaben hinreichend berücksichtigt werden.

→ Man mag berechtigt die Überfrachtung und zunehmende Verrechtlichung des Beschaffungswesens bedauern. Einer vorausschauenden und rechtlich abgesicherten Ausgestaltung sowie Durchführung von Beschaffungsmaßnahmen bedarf es gleichwohl.

Kontakt:

CLP Rechtsanwälte
RA Carsten Schmidt, LL.M.
Emanuel-Leutze-Str. 11
40547 Düsseldorf

Tel.: +49 (211)/ 50 66 66 7-0

Fax: +49 (211)/ 50 66 66 7-99

E-Mail: carsten.schmidt@clp-rechtsanwaelte.de

www.clp-rechtsanwaelte.de



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!