

Ausschreibung und Vergabe

Preiserhöhungen

Risiko steigt

Bei Vergaben trägt der öffentliche Auftraggeber das Risiko, dass sich der Zuschlag wegen eines Nachprüfungsverfahrens verzögert und sich deshalb die Preise erhöhen (BGH vom 11. Mai 2009 – AZ VII ZR 11/08).

Ein Bauunternehmen verlangte von der Bundesrepublik Deutschland eine Mehrvergütung wegen erhöhter Stahl- und Zementkosten, die durch Verzögerungen aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens entstanden waren. Der BGH entschied: Der Vertrag wird wie ausgeschrieben geschlossen. Fristen und Termine bleiben zunächst unverändert, auch wenn sie nicht mehr einzuhalten sind. Die Parteien müssen sich aber über Termine und Kosten neu einigen, um die Vertragslücke zu schließen.

Einigen sie sich nicht, nimmt der BGH eine Lücke an, die er durch ergänzende Vertragsauslegung füllt. Er stellt darauf ab, „was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner für den von ihnen nicht geregelten Fall vereinbart hätten“.

Die Bauzeit ist unter Berücksichtigung der Umstände an den Einzelfall anzupassen. Sie wird regelmäßig um die Zeit der Verzögerung auf später verschoben. Die Vergütung wird entsprechend der Mehr- oder Minderkosten geändert. Diese Rechtsfolge ist in der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B) vorgesehen, wenn sich durch Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung ändern.

Der Gesetzgeber hatte im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit dem Nachprüfungsverfahren einen Rechtsschutz für unterlegene Bieter vorgesehen, dabei aber versäumt, dessen Auswirkungen auf das Vergabeverfahren vollständig zu regeln.

Für die öffentliche Hand bedeutet diese Entscheidung eine nicht unerhebliche Kostensteigerung, da der Zuschlag im Verfahren aufgrund von Nachprüfungsverfahren häufig erst verspätet erteilt werden kann.

Nur schriftlich

Ein Bauunternehmen hat keinen Anspruch gegen eine Körperschaft auf Mehrvergütung für einen öffentlichen Auftrag, wenn es sich auf eine mündliche Zusage eines Mitarbeiters der Körperschaft beruft. (OLG Düsseldorf vom 19. Dezember 2008 – AZ I-23 U 48/08)

Rechtsvorschriften oder Verträge enthalten nicht selten Regeln, nach denen bestimmte Erklärungen nur schriftlich abgegeben werden dürfen. Solche Schriftformerfordernisse dienen zum einen der Beweissicherung. Zum anderen sollen sie die Beteiligten auch vor überstürzten Zusagen schützen.

Im diesem Fall enthielten die Vergabebedingungen einer Körperschaft für einen Bauauftrag ein solches Schriftformerfordernis. Als sich nach dem Zuschlag die Stahlpreise verteuerten, machte das Unternehmen eine Preisanpassung geltend. Dies begründete es damit, dass ein Mitarbeiter der Körperschaft sich mit dieser Preisanpassung mündlich einverstanden erklärt habe.

Entscheidend sind aber allein die Schriftformerfordernisse. Auch die Anpassung wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt nicht in Betracht. Denn mit der Festpreiszusage im Angebot hat der Auftragnehmer auch das Kalkulationsrisiko übernommen.

Interessenkonflikt

Rat befragen

Ratsmitglieder sind auch dann von Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie einer Gesellschafterin des Bieters angehören. (OLG Celle vom 9. April 2009 – AZ 13 Verg 7/08)

Befangene Personen dürfen an Vergabeentscheidungen nicht beteiligt werden. Nach dem Gesetz stellen etwa Tätigkeiten in den Gremien eines Bieters einen Ausschlussgrund dar. Ob dieses Verbot auch für Muttergesellschaften eines Bieters gilt, sagt das Gesetz nicht. Das OLG Celle bejaht dies.

Im konkreten Fall hielt die Muttergesellschaft einen großen Anteil am Bieter.

Zudem hatte sich der Bieter im Rahmen des Eignungsnachweises auch auf die Eignung der Muttergesellschaft gestützt und wollte die ausgeschriebene Dienstleistung in erheblichem Umfang über sie abwickeln. In einer solchen Konstellation gilt der Ausschluss auch für Ratsmitglieder, die in Gremien der Muttergesellschaft tätig sind.

Abgelehnt hat das Gericht jedoch den Ausschluss eines Gemeindemitarbeiters, der sich in einem Zeitungsinterview positiv über die Gründung eines Bieters geäußert hatte. Dies reicht für einen Ausschluss wegen möglicher Interessenkollisionen nicht aus.

Betriebsübergang

Sorgfältige Prüfung

Erfolgt in einem Vergabeverfahren ein Betriebsübergang, muss der Betriebsübernehmer die damit einhergehenden Belastungen durch Versorgungsanwartschaften bei seinem Angebot berücksichtigen. (BGH vom 19. März 2009 – AZ III ZR 106/08)

Im Rahmen eines Betriebsübergangs tritt der neue Inhaber umfassend in die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Der ursprüngliche Inhaber haftet lediglich noch ein Jahr nach dem Übergang neben dem neuen Inhaber für die Versorgungsanwartschaften.

Diese gemeinsame Haftung nahm der neue Inhaber im konkreten Fall zum Anlass, Ausgleichsansprüche gegenüber dem bisherigen Inhaber geltend zu machen. Er sei den Folgekosten durch Versorgungsanwartschaften schutzlos ausgeliefert, da der Betrieb im Rahmen eines Vergabeverfahrens auf ihn übergegangen sei. Hierdurch habe er die zu erwartenden Versorgungslasten nicht bei der Gestaltung des Kaufpreises berücksichtigen können.

Diese Argumentation hat der BGH abgelehnt. Die gemeinsame einjährige Haftung diene nur dem Schutz der Arbeitnehmer, nicht aber des neuen Inhabers. Dieser hätte die Versorgungslasten bei der Kalkulierung seines Angebots berücksichtigen können.

Verkäufe

Zu unbestimmt

Eine Gemeinde muss die Vorbereitung der Änderung eines Bebauungsplans und eines Erschließungsvertrags mit einem kommunalen Unternehmen nicht ausschreiben, auch wenn dies das Grundstück anschließend verkaufen will. (OLG Düsseldorf vom 4. März 2009 – AZ VII Verg 67/08)

Eine Gemeinde wollte das Grundstück eines kommunalen Unternehmens einer neuen Nutzung zuführen. Sie bereite die erforderliche Änderung des Bebauungsplans und den Abschluss eines Erschließungsvertrags mit dem Unternehmen vor. Das Unternehmen wollte anschließend das Grundstück in Teilflächen an Private verkaufen, die es dann bebauen sollten.

Auf den Nachprüfungsantrag eines interessierten Nachbarn entschied das OLG Düsseldorf, dass die Vorbereitungen der Gemeinde nicht ausschreibungspflichtig seien. Ein Bebauungsplan stelle keinen öffentlichen Auftrag dar. Auch das kommunale Unternehmen sei (noch) nicht zur Ausschreibung verpflichtet. In dem Vorbereitungsstadium sei noch nicht absehbar, ob der spätere Verkauf des Grundstücks einen öffentlichen Bauauftrag darstelle.

Informationspflicht

Auftraggeber zahlt

Ein Auftraggeber kann sich gegenüber einem Bieter schadensersatzpflichtig machen, wenn er ihn nicht rechtzeitig auf Rügen hinweist, die zur Aufhebung des Vergabeverfahrens führen. (BGH vom 3. März 2009 – AZ X ZR 22/08)

Gerade in Planungswettbewerben entsteht den Teilnehmern oft ein erheblicher Aufwand für ihre Entwürfe. Erhalten sie anschließend den Zuschlag nicht, waren diese Aufwendungen vergeblich. Da nur ein Bieter gewinnen kann, ist dies nicht zu beanstanden.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn das ganze Verfahren aufgrund einer Nachprüfung platzt und dies bereits bei Einleitung des Wettbewerbs erkennbar war. Im konkreten Fall hatte der Auftraggeber eine europaweite Ausschreibung von Architektenleistungen nicht abgeschlossen, sondern führte einen Planungswettbewerb durch. Hiergegen führte ein Bieter eine Nachprüfung durch.

Der Auftraggeber muss den Teilnehmern des Planungswettbewerbs ihre Aufwendungen erstatten. Denn er hätte die Bieter schon bei Einleitung des Planungswettbewerbs auf die offensichtlich begründete Rüge hinweisen müssen, die später zur Aufhebung führte.

Postdienste

Kein Mindestlohn

Der Zuschlag für Briefdienste darf nicht von einer Erklärung des Bieters abhängig gemacht werden, Briefzusteller nach den Löhnen der Postmindestlohnverordnung zu vergüten (OLG Düsseldorf vom 29. April 2009 – AZ VII-Verg 76/08).

Der im Jahr 2007 eingeführte Mindestlohn für Postdienste ist nicht nur auf der politischen Ebene umstritten, sondern auch juristisch. Ein Gericht hat bereits seine Nichtigkeit festgestellt. Die Entscheidung ist jedoch noch nicht rechtskräftig.

Aufgrund dieser Rechtsunsicherheit darf ein Auftraggeber keine Briefzustellunternehmen als unzuverlässig ausschließen, die sich weigern, Postmindestlöhne zu bezahlen. Dies hat das OLG Düsseldorf nun entschieden.

Ute Jasper / Jan Seidel

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practise Group „Public Sector“. **Jan Seidel** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und spezialisiert auf Vergaberecht, Privatisierungen, ÖPP und Öffentliches Recht