



Auswirkungen von Vergabe- nachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Bau- maßnahmen

Rainer Wanninger, Simon-Finn Stolze und
Rüdiger Kratzenberg

IBB

INSTITUT FÜR
BAUWIRTSCHAFT UND
BAUBETRIEB



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
BRAUNSCHWEIG

UNIV.-PROF. DR.-ING.
R. WANNINGER

SCHLEINITZSTR. 23 A
38106 BRAUNSCHWEIG

FON 0531 391-3174
FAX 0531 391-5953

ibb@tu-bs.de
www.ibb.tu-bs.de

Veröffentlichung

Braunschweig August 2006

Beim nachfolgenden Dokument handelt es sich um die Einreichungsfassung des Beitrags:

Wanninger, Rainer ; Stolze, Simon-Finn ; Kratzenberg, Rüdiger: Auswirkungen von Vergabenaachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Baumaßnahmen. In: NZBau - Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht. Frankfurt a. M. : C. H. Beck (2006), Nr. 8, S. 481-486

Auf ggf. bestehende Unterschiede infolge redaktioneller Überarbeitung der Einreichungsfassung wird hingewiesen.

1 Einleitung

Etwa jedes zehnte Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge oberhalb der Schwellenwerte wird einem Nachprüfungsverfahren unterzogen. In vielen Fällen sind Kostensteigerungen die Folge. Dass Bieter Nachprüfungsverfahren in stark zunehmendem Maße nutzen, um die Zuschlagserteilung in einem fehlerhaften Vergabeverfahren zu stoppen, war Anlass für eine vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in Auftrag gegebene Untersuchung des Institutes für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig. Dabei wurden insbesondere die Auswirkungen von Nachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Baumaßnahmen untersucht. Der nachfolgende Beitrag informiert über die gewonnenen Erkenntnisse.

Der zum 1. Januar 1999 in Kraft getretene Vierte Teil des GWB umfasst unter anderem die Möglichkeit zur Durchführung so genannter Nachprüfungsverfahren. Den am Vergabeverfahren beteiligten Bietern eröffnet das Nachprüfungsverfahren einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften, wobei die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wird.

Den statistischen Erhebungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (im Folgenden: BMWi) nach ergeben sich für den Zeitraum 2001 (4326), 2002 (7037) und 2003 (6396) insgesamt 17759 Vergabeverfahren des Bundes und der Länder für Bauaufträge oberhalb des EU-Schwellenwertes¹. Demgegenüber stehen 1732 Nachprüfungsverfahren aus den Jahren 2001 (507), 2002 (567) und 2003 (658), die Verfahren nach VOB/A betreffen und vor den Vergabekammern (VK) des Bundes beim BKartA oder den VK der Länder verhandelt wurden. Unter der Annahme, dass die Vergabe- und Nachprüfungsverfahren in den Statistiken des BMWi vollständig erfasst sind², war im genannten Zeitraum somit etwa jedes zehnte Vergabeverfahren für Bauaufträge oberhalb der Schwellenwerte von einem Nachprüfungsverfahren betroffen.

Der durch das Nachprüfungsverfahren ermöglichte Primärrechtsschutz des Bieters kann erheblichen Einfluss auf den zeitlichen Ablauf des Vergabeverfahrens haben. In Abhängigkeit von der Dauer des Nachprüfungsverfahrens führt eine verzögerte Auftragsvergabe meist zu einer Verzögerung des ursprünglich geplanten Beginns der beauftragten Leistung und somit auch zu einer möglichen Änderung der ursprünglich geplanten Kosten. Insbesondere bei komplexen Baumaßnahmen sind im Falle eines verzögerten Ausführungsbeginns häufig aufwändige Maßnahmen zur Optimierung des Bauablaufs nötig. Eine Erhöhung der Baukosten kann die Folge sein.

Das Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (IBB) der Technischen Universität Braunschweig erhielt vom seinerzeitigen Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (BMVBW), vertreten durch das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR), den Auftrag, die Auswirkungen von Nachprüfungsverfahren auf die Baukosten bei der Durchführung öffentlicher

¹ Aus der EU-Statistik des BMWA unter <http://www.bmwa.bund.de>

² Das BMWA weist ausdrücklich darauf hin, dass die zur Verfügung gestellten Übersichten keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit erheben.

Baumaßnahmen zu untersuchen³. Das Ziel dieser Untersuchung war, die zeitlichen Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren nach dem GWB bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Kosten bei der Durchführung öffentlicher Baumaßnahmen zu analysieren. Die Ergebnisse basieren auf einer detaillierten Untersuchung von 137 Vergabeverfahren für Bauleistungen des Bundes im Zeitraum zwischen Januar 1999 und Dezember 2004, bei denen ein Antrag auf ein Nachprüfungsverfahren gestellt wurde.

2 Ablauf von Nachprüfungsverfahren

Ein Vergabeverfahren beginnt in der Regel mit der Bekanntgabe der Ausschreibung und endet mit der Zuschlagserteilung. Wird in diesem Zeitraum ein Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens gestellt, setzt der sogenannte Suspensiveffekt ein, das heißt die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren wird solange aufgeschoben bis über den Antrag entschieden wurde. Der antragstellende Bieter hat darzulegen, dass er ein Interesse am Auftrag hat und auf Grund der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften eine Rechtsverletzung vorliegt, wodurch dem Antragsteller der Eintritt eines Schadens droht. Des Weiteren ist vor der Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens die vorliegende Rechtsverletzung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zu rügen, so dass dieser die Möglichkeit hat, das Vergabeverfahren zu ändern und damit rechtskonform zu gestalten.

In den Anträgen für Nachprüfungsverfahren ist gem. § 108 II GWB vom Antragsteller ein Grund zu nennen. Die Untersuchung des IBB hat ergeben, dass Fehler in der Angebotswertung mit einem Anteil von 81 % die überwiegend vorgebrachte Begründung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sind. Eine detailliertere Betrachtung dieser Antwortkategorie hat ergeben, dass in vielen Fällen vom Antragsteller eine fehlerhafte Bewertung von Nebenangeboten angeführt wurde.

Der Ablauf eines Nachprüfungsverfahrens ist in den §§ 102 ff. GWB geregelt, wonach die Vergabe öffentlicher Aufträge in erster Instanz der Nachprüfung durch die VK unterliegt. Die VK haben ihre Entscheidungen schriftlich innerhalb einer Frist von fünf Wochen ab Antragseingang vorzulegen (§ 113 I GWB). Bei besonderen Schwierigkeiten kann der Vorsitzende der VK die Entscheidungsfrist um den erforderlichen Zeitraum verlängern. In zweiter Instanz ist gegen die Entscheidung der VK innerhalb einer Frist von zwei Wochen eine sofortige Beschwerde beim zuständigen OLG zulässig. Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber der Entscheidung der VK entfällt automatisch mit dem Ablauf weiterer 14 Tage (§ 118 I GWB). Bis dahin muss der Beschwerdeführer eine Entscheidung des OLG entweder in der Sache oder über die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung erreicht haben.

³ Vgl. Wanninger, R. ; Stolze, S.-F.: Auswirkungen der Nachprüfungsverfahren gemäß GWB bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge auf die Baukosten bei der Durchführung von öffentlichen Baumaßnahmen des Bundes. Bonn : BBR-Online-Publikation, 2005; Download unter http://www.bbr.bund.de/ressortforschung/pdf-files/Endb_Nachpruefungsverfahren.pdf

Der in der Abbildung 1 dargestellte Ablaufplan für Nachprüfungsverfahren gibt einen Überblick über die möglichen Verfahrenswege und deren Fristen, soweit im GWB eine Befristung vorgesehen ist.

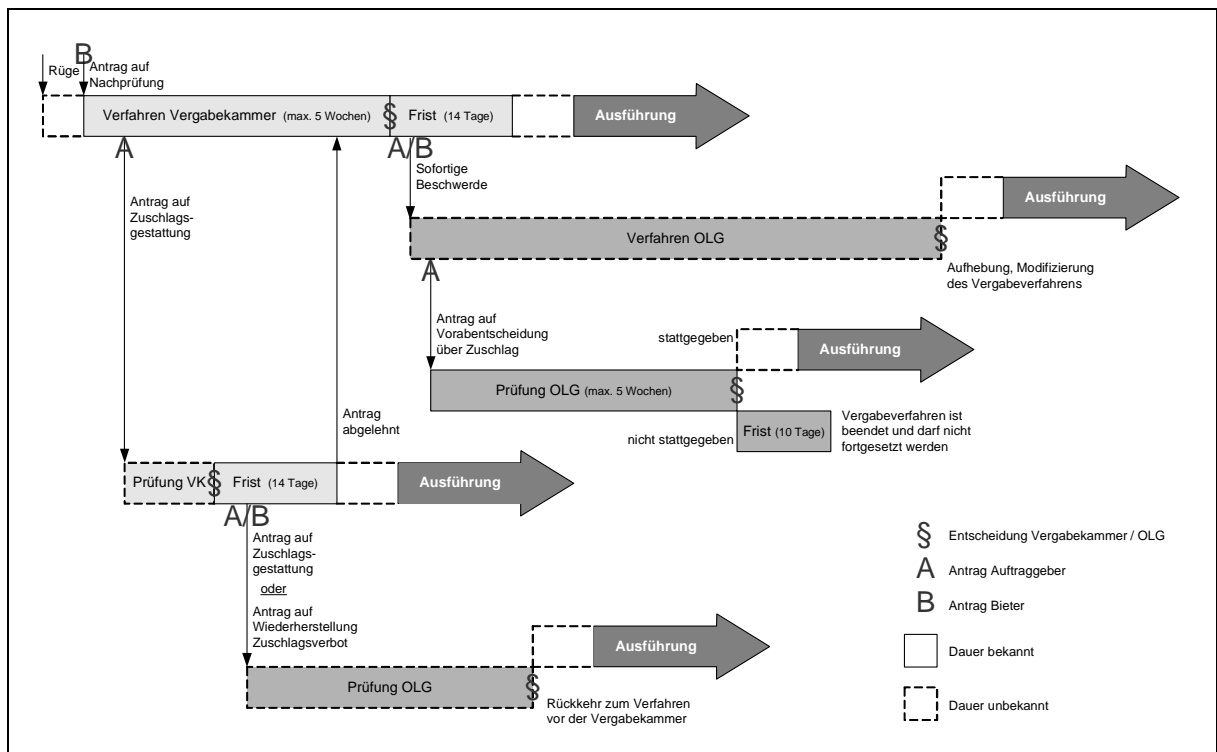


Abbildung 1: Ablaufplan für Nachprüfungsverfahren

3 Terminliche Auswirkungen von Nachprüfungsverfahren

Eine Erhöhung der Baukosten durch Nachprüfungsverfahren wird insbesondere durch zeitliche Verzögerungen, die mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zusammenhängen, hervorgerufen. Der zeitliche Ablauf eines Nachprüfungsverfahrens lässt sich jedoch auf Grund der vielfältigen Verfahrenswege kaum abschätzen. Dabei ist die sofortige Beschwerde ein bedeutender Einflussfaktor, da in dem darauf folgenden Verfahren vor dem OLG keine begrenzende Frist vorgesehen ist. In erster Instanz vor der VK ist die Dauer des Nachprüfungsverfahrens hingegen vom Antrag bis zur rechtskräftigen Entscheidung auf sieben Wochen begrenzt (fünf Wochen Entscheidungsfrist zuzüglich 14-tägiger Frist für sofortige Beschwerde vor OLG).

Da die durchschnittliche Dauer eines regulären Verfahrens vor dem OLG neun Monate beträgt⁴, hat der Gesetzgeber in § 121 GWB ein besonderes gerichtliches Eilverfahren vorgesehen. Durch die Möglichkeit der Vorabentscheidung über den Zuschlag wird das Verfahren auf maximal fünf

⁴ Vgl. Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG). Drucksache 13/9340, 03.12.1997, S. 21

Wochen begrenzt. In § 115 II GWB ist durch einen Antrag auf Zuschlagsgestattung ebenfalls eine Vorabentscheidung für das Verfahren vor der VK vorgesehen. Jedoch ist die „... praktische Bedeutung des § 115 Abs. 2 GWB ... bisher wegen der restriktiven Rechtsprechung gering.“⁵ Gleiches gilt für die Anwendung des § 121 GWB. So wurde in den Jahren 1999 bis 2004 nur für 1,6 % der Verfahren vor dem OLG eine Vorabentscheidung über den Zuschlag beantragt. Den Anträgen wurde zu 50 % stattgegeben.⁶

Die Gesamtdauer der vom IBB untersuchten Nachprüfungsverfahren einschließlich sofortiger Beschwerden vor dem OLG liegt zwischen einer und 54 Wochen. Auf Grund der großen Spanne lässt sich kein aussagekräftiger Mittelwert bilden. Damit wird die Vermutung bestätigt, dass die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens sehr unterschiedlich sein kann. Verfahren mit einer Dauer von mehr als 20 Wochen sind mit einem Anteil von etwa 5 % jedoch relativ selten. Ebenfalls bestätigt wird die untergeordnete Bedeutung der Vorabentscheidungen über den Zuschlag vor den OLG mit einer Antragsquote von weniger als 5 % und der Anträge auf Zuschlagsgestattung vor den Vergabekammern mit 6 %.

Es ist zu erwarten, dass die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens unmittelbare Auswirkungen auf den Beginn des streitgegenständlichen Gewerks hat. Zudem besteht die Gefahr, dass sich eingetretene Verzögerungen über Folgegewerke auch auf den geplanten Abschluss der gesamten Baumaßnahme auswirken. Die terminlichen Auswirkungen von Nachprüfungsverfahren können folgenden drei Fällen zugeordnet werden:

1. Verzögerung des streitgegenständlichen Gewerks

Unmittelbare Verzögerung des streitgegenständlichen Gewerks auf Grund der Dauer des Nachprüfungsverfahrens

2. Verzögerung eines Folgegewerks

Übertragung der Verzögerung des streitgegenständlichen Gewerks auf ein Folgegewerk

3. Behinderung eines abhängigen Gewerks

Unterbrechung der Ausführung eines Gewerks, das vom Beginn der Ausführung des streitgegenständlichen Gewerks abhängig ist

Grundsätzlich kann zwischen einer Bauverzögerung (Fall 1 und 2) und einer Baubehinderung (Fall 3) als terminliche Auswirkung eines Nachprüfungsverfahrens unterschieden werden. Als Bauverzögerung werden die Fälle bezeichnet, in denen die Ausführung des betroffenen Gewerks zum Zeitpunkt der Störung noch nicht begonnen hat. In diesem Fall verschiebt sich die Ausführung des kompletten Gewerks in Abhängigkeit von der Dauer der Störung. Eine Baubehinderung liegt vor,

⁵ BMWA: Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz. Quelle: <http://www.bmwa.bund.de>, 2003, S. 6

⁶ Vgl. BMWA: Statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren. Quelle: <http://www.bmwa.bund.de>, 2005

wenn die Ausführung eines vom streitgegenständlichen gewerkabhängigen Gewerks unterbrochen werden muss. Die Dauer der Störung beeinflusst den Abschluss des abhängigen Gewerks.

Zur Abminderung eingetretener Verzögerungen und deren Auswirkungen können verschiedene Maßnahmen ergriffen werden, die sich unter folgenden drei Kategorien zusammenfassen lassen⁷:

- Aufzehrung von Pufferzeiten,
- Umstellung des Bauablaufs und
- Beschleunigung des Bauablaufs.

Mit der Aufzehrung von Pufferzeiten können Verzögerungen unmittelbar aufgefangen werden. Jedoch ist eine vorsorgliche Einplanung von Pufferzeiten speziell für die Durchführung eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens auf Grund der nicht absehbaren Dauer äußerst problematisch. Dennoch verlangt beispielsweise das OLG Dresden im Urteil vom 14.06.2001⁸, dass der Auftraggeber grundsätzlich Verzögerungen aus einer möglichen Vergabenachprüfung in seine Planungsgestaltung mit einzubeziehen hat.

Die Umstellung und die Beschleunigung werden auch unter Maßnahmen zur Optimierung des gestörten Bauablaufs zusammengefasst. Während eine Umstellung des Bauablaufs je nach Komplexität der Baumaßnahme sehr aufwendig ist, können zur Beschleunigung des Bauablaufs zahlreiche Maßnahmen ergriffen werden, zum Beispiel:

- Einsatz zusätzlicher Kapazitäten
- Intensivere Ausnutzung vorhandener Kapazitäten
- Änderung von Bauverfahren

Mit den ersten beiden Maßnahmen wird die Dauer von Vorgängen verkürzt, die Änderung des Bauverfahrens führt zur Substitution bestimmter Vorgänge.

In den vom IBB untersuchten Baumaßnahmen konnte eine nachprüfungsbedingte Verzögerung des streitgegenständlichen Gewerks von durchschnittlich elf Wochen ermittelt werden, die sich teilweise auch auf Folgegewerke ausgedehnt hat. Bemerkenswerterweise konnte in den meisten Fällen die zu Beginn des streitgegenständlichen Gewerks eingetretene Verzögerung während der Ausführung deutlich verringert werden, so dass das geplante Ende der gesamten Baumaßnahme nur noch um durchschnittlich sechs Wochen verzögert war. Dies ist insbesondere auf die Einleitung von - regelmäßig Mehrkosten verursachenden - Maßnahmen zur Optimierung des Bauablaufs zurückzuführen.

In lediglich 13 % der untersuchten Verfahren hat eine eingeplante Pufferzeit zur Verringerung der Verzögerung beigetragen. Dies zeigt deutlich, dass der obigen Forderung der Rechtsprechung auf

⁷ Vgl. Hornuff, M. R.: Flexibilität in der Bauablaufplanung und ihre Nutzung bei Bauverzögerungen. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2003, S. 34

⁸ OLG Dresden, Urteil vom 14.06.2001, WVerg 04/01; <http://www.ibr-online.de>

Einbeziehung möglicher Verzögerungen in die Planungsgestaltung in der Praxis kaum nachgekommen wird.

4 Kostenmäßige Auswirkungen von Nachprüfungsverfahren

Maßnahmen zur Optimierung des Bauablaufs sind geeignet, durch Nachprüfungsverfahren bedingte Verzögerungen zu begrenzen. Jedoch ist die Durchführung derartiger Maßnahmen in der Regel mit Mehrkosten des Auftragnehmers und auch des Auftraggebers verbunden. Darüber hinaus sind weitere mit der Verzögerung aus einem Nachprüfungsverfahren zusammenhängende Kosten-erhöhungen denkbar. So ergeben sich die Mehrkosten aus einem gestörten Bauablauf regelmäßig aus:⁹

- zusätzlicher und verlängerter Vorhaltung der Baustelleneinrichtung und von Leistungsgeräten,
- zusätzlich und länger eingesetztem Bauleitungspersonal,
- Produktivitätsminderungen infolge der Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit,
- Lohn- und Materialkostensteigerungen und
- Beschleunigungsmaßnahmen.

Der Auftragnehmer wird bestrebt sein, nachprüfungsbedingte Mehrkosten in Form von Nachträgen an den Auftraggeber weiterzugeben. Im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit derartiger Nachträge bedarf es einer genaueren Betrachtung der so genannten vorbehaltlosen Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist: Mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist regelmäßig absehbar, dass der ursprünglich festgelegte Termin der Zuschlagserteilung von der Bauverwaltung nicht eingehalten werden kann. Daher werden die am Vergabeverfahren beteiligten Bieter aufgefordert, ihr abgegebenes Angebot über die vereinbarte Bindefrist hinaus aufrecht zu erhalten. Die Untersuchung des IBB ergab, dass sowohl die Bauverwaltungen als auch die Bauunternehmen häufig der Auffassung waren, mit einer vorbehaltlosen Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist jeden Anspruch auf Mehrkosten verwirkt zu haben.

In der aktuellen Literatur und Rechtsprechung wird jedoch eine andere Auffassung vertreten, die mit Urteil vom 22.3.2005 des OLG Jena erstmals auch obergerichtlich bestätigt wurde.¹⁰ Die Verlängerung der Bindefrist wird nach der herrschenden Meinung als eine Erklärung zur Verlängerung der Wartezeit nach § 148 BGB verstanden. Mit der Zuschlagserteilung nach einer Zustimmung zur Bindefristverlängerung erfolgt der Vertragsschluss mit veraltetem Bauentwurf

⁹ Vgl. Kumlehn, F.: Problemfelder bei der Bewertung von Bauablaufstörungen. In: Sonderfragen des gestörten Bauablaufs : Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14.02.2003. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2003, S. 11

¹⁰ OLG Jena, Urteil vom 22.03.2005, 8 U 318/04; <http://www.ibr-online.de>

hinsichtlich der im Angebot genannten Ausführungstermine. Die vereinbarten Preise sind daher an die veränderte Leistungszeit anzupassen.¹¹ Damit sind Nachträge auf Grund verzögerter Zuschlagserteilung gegenüber dem Auftraggeber grundsätzlich durchsetzbar.

Der Abbildung 2 ist zu entnehmen, dass der größte Anteil der Nachträge, die bei den von Nachprüfungsverfahren betroffenen Baumaßnahmen gestellt wurden, mit Maßnahmen zur Optimierung des Bauablaufs begründet wurde. Mit drei Nachträgen über 3 Millionen Euro wurden in diesem Bereich auch die höchsten Mehrkosten verursacht. Weitere Nachträge entfallen auf Preissteigerungen durch die verspätete Bauausführung und zusätzliche Kosten für eine verlängerte Bauüberwachung und Bauoberleitung.

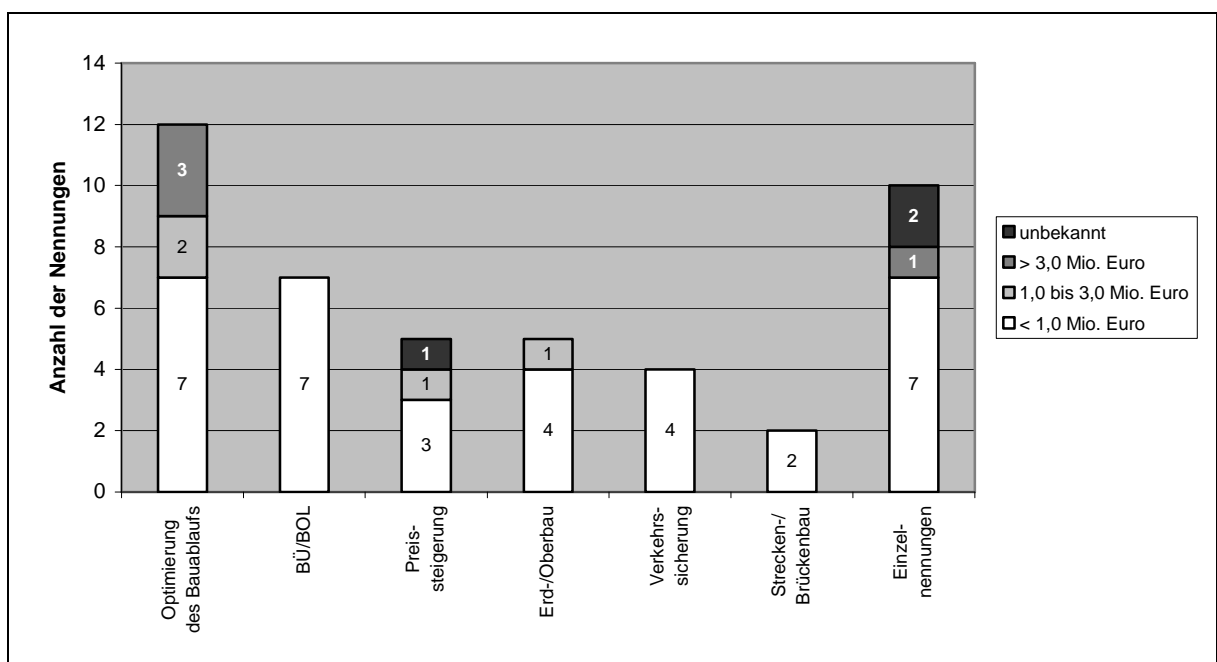


Abbildung 2: Mehrkosten der Unternehmen

In 71 % der ausgewerteten Nachprüfungsverfahren wird von den befragten Bauverwaltungen angegeben, dass den beteiligten Unternehmen und den freiberuflich Tätigen mit der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens keine Mehrkosten entstanden sind bzw. diese keine Mehrkosten gegenüber den Bauverwaltungen geltend gemacht haben.

Die in den verbleibenden 29 % der Fälle gestellten Nachträge verursachten Mehrkosten von 2.000 Euro bis fast 5 Millionen Euro. Der mittlere Nachtragswert betrug mehr als 1 Million Euro.

Als Gründe, warum in lediglich 29 % der nachprüfungsbedingt verzögerten Baumaßnahmen einschlägige Nachträge gestellt wurden, werden von den Verfassern angenommen:

¹¹ Vgl. Diehr, U.: Die Ansprüche des Werkunternehmers gegen den öffentlichen Auftraggeber wegen verzögerten Zuschlags infolge eines von einem Konkurrenten eingeleiteten Vergabe-Nachprüfungsverfahrens. In: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Ver-gaberecht (ZfBR). Wiesbaden : Bauverlag, Ausgabe 04/2002, S. 316 ff.

– Stellenwert der öffentlichen Hand als Auftraggeber

Die öffentliche Hand hat für die privaten Bauunternehmen einen besonderen Stellenwert. Daher verzichten die Unternehmen bislang möglicherweise auf einen Teil der durch Nachprüfungsverfahren entstehenden Mehrkosten, um das Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber nicht zu belasten. Es ist jedoch zu beobachten, dass in den Unternehmen die Bereitschaft, vermehrt Nachträge im Zusammenhang mit Nachprüfungsverfahren gegenüber öffentlichen Auftraggebern zu stellen, wächst.

– Zeitliche Verzögerung bei der Nachtragsstellung

Ein weiterer Grund für die geringe Zahl der Nachträge ist die zeitliche Verzögerung, mit der die Nachträge der Unternehmen bei den Bauverwaltungen eingehen.¹² Es darf angenommen werden, dass insbesondere für die betrachteten Baumaßnahmen mit Nachprüfungsverfahren aus den Jahren 2003 und 2004, die einen Anteil von 60 % an den insgesamt untersuchten Nachprüfungsverfahren ausmachen und von denen ein großer Teil zum Zeitpunkt der Untersuchung noch nicht abgeschlossen war, noch weitere Nachträge gestellt werden.

– Vorbehaltlose Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist

Wenn die beschriebene Auslegung der vorbehaltlosen Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist aus aktueller Literatur und Rechtsprechung von den Unternehmen aufgenommen wird, ist mit einer weiteren Zunahme der Nachträge auf Grund verzögerten Zuschlags zu rechnen.

Eine geeignete Möglichkeit, die Auswirkungen von Nachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Baumaßnahmen zu verdeutlichen, ist ein Vergleich der nachprüfungsbedingten Nachträge mit dem zu Grunde liegenden Auftragswert des streitgegenständlichen Gewerks. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Nachträge der Unternehmen nicht nur auf das streitgegenständliche Gewerk selbst, sondern auch auf Bauleistungen, die dem streitgegenständlichen Gewerk folgen, beziehen können.

Der folgenden Bewertung liegen nur solche Baumaßnahmen zu Grunde, bei denen die beteiligten Unternehmen ihre nachprüfungsbedingten Mehrkosten gegenüber den Bauverwaltungen auch geltend gemacht haben.

Unter dieser Voraussetzung liegt der Anteil des mittleren nachprüfungsbedingten Nachtragswertes am mittleren Auftragswert des streitgegenständlichen Gewerks bei 8,4 %. Betrachtet man lediglich die Nachprüfungsverfahren, die zugunsten des öffentlichen Auftraggebers (einschließlich Rücknahmen der Antragsteller) entschieden wurden, erhöht sich der Anteil der nachprüfungsbedingten Mehrkosten an den geplanten Baukosten sogar auf 9,1 %.

¹² Vgl. Wanninger, R.: Behinderung und Nachträge - neue Probleme in der neuen Realität. In: Sonderfragen des gestörten Bauablaufs : Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14.02.2003. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2003, S. 80

Im Einzelfall haben Nachprüfungsverfahren noch weitaus größere Auswirkungen auf die Baukosten. So betrug der Anteil der nachprüfungsbedingten Kosten am Auftragswert des streitgegenständlichen Gewerks bis zu 265 %. Der Mittelwert aus den fünf Verfahren mit den höchsten relativen Kosten bezogen auf den Auftragswert liegt bei 120 %.

Bei 30 % der Nachträge sind die beanspruchten Mehrkosten auf Maßnahmen zur Optimierung des Bauablaufs zurückzuführen. Da gleichzeitig eine Verringerung der nachprüfungsbedingten Verzögerung während der Ausführung festgestellt wurde, ist anzunehmen, dass die von den Unternehmen eingeleiteten Maßnahmen tatsächlich dazu beigetragen haben, die geplanten Fristen einzuhalten.

Für Baumaßnahmen mit einer Verringerung der Verzögerung während der Ausführung wurden jedoch nur in 25 % der untersuchten Fälle Nachträge gestellt. In den verbleibenden 75 % machten die Unternehmen keine nachprüfungsbedingten Mehrkosten gegenüber den Bauverwaltungen geltend. Es muss angenommen werden, dass für diese Baumaßnahmen ein weitaus höherer Anteil durchsetzbarer Nachträge möglich und in Zukunft auch zu erwarten ist. Der Zusammenhang zwischen der Verzögerung des Bauablaufs und den geltend gemachten nachprüfungsbedingten Mehrkosten der Unternehmen wird in Abbildung 3 dargestellt.

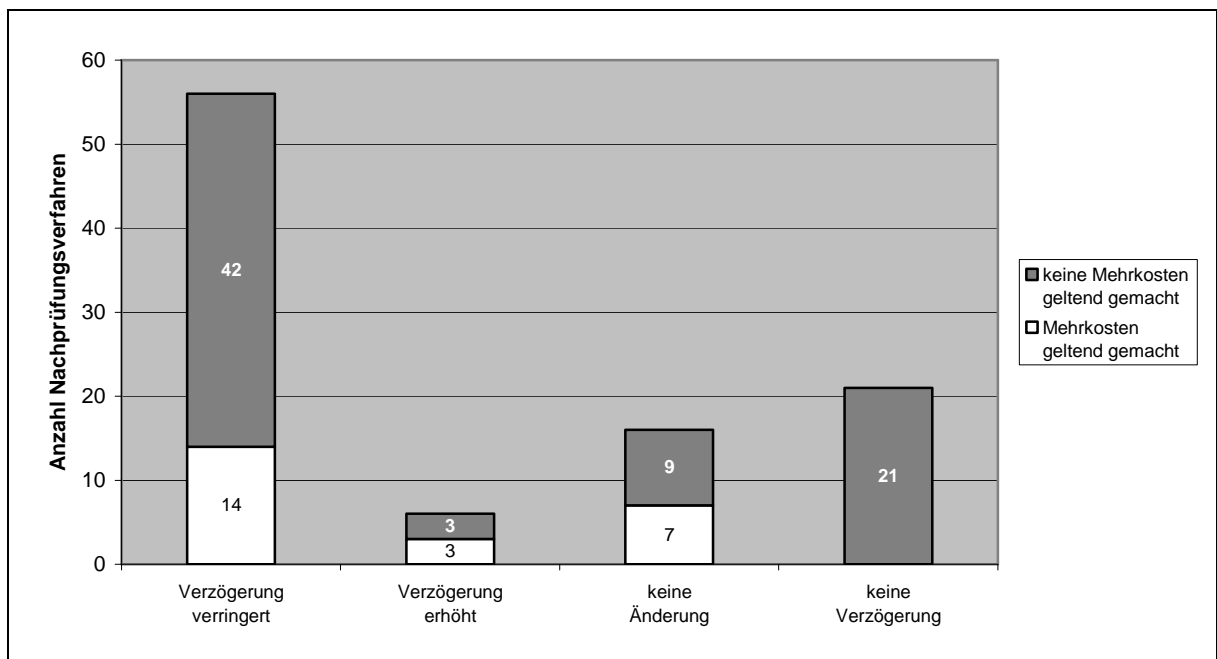


Abbildung 3: Verzögerung des Bauablaufs und Mehrkosten der Unternehmen

5 Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Die Möglichkeit der Nachprüfung des Vergabeverfahrens ist gemäß § 100 I GWB auf Aufträge beschränkt, deren Auftragswerte die Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. Bislang stand den Bietern in Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte neben den Möglich-

keiten der Rechts- und Fachaufsicht kein formalisierter Rechtsschutz mit aufschiebender Wirkung der Zuschlagserteilung zur Verfügung. Vielmehr beschränkte sich der Rechtsschutz der Bieter in der Regel auf Schadenersatzforderungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ohne Einfluss auf den Ablauf des Vergabeverfahrens.

Nicht zuletzt durch eine Entscheidung des OVG Koblenz vom 25.05.2005, in der in dem speziellen Fall der Beschaffung von Rüstungsgütern die Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, auf die die §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar sind, der Verwaltungsrechtsweg im Sinne des § 40 I VwGO eröffnet¹³ wurde, ist die Diskussion erneut in Gang gekommen. Unabhängig von der nach wie vor als offen zu wertenden juristischen Diskussion ist aus baubetrieblicher Sicht die Öffnung des Verwaltungsrechtswegs für eine Überprüfung von Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte problematisch, da im Vergleich zum Rechtsschutzweg oberhalb der Schwellenwerte noch weitaus größere Auswirkungen auf den zeitlichen Ablauf des Vergabeverfahrens mit entsprechend größeren Auswirkungen auf die Baukosten möglich sind.

Im Gegensatz zum Nachprüfungsverfahren nach GWB hat der Beschleunigungsgrundsatz im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten nämlich keine Bedeutung, so dass im Verwaltungsprozess auch keine die Verfahrensdauer begrenzenden Fristen vorgesehen sind. Für Bieter in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte würde mit der Öffnung des Verwaltungsrechtswegs eine neue Qualität des Rechtsschutzes erreicht. Gleiches gilt aber ebenso für eine von Bieterseite bisweilen geforderte Ausdehnung des Anwendungsbereiches des Nachprüfungsverfahrens nach dem GWB, sei es auch in vereinfachter Form. Die oben dargestellten Kostenfolgen betreffen zurzeit den weitaus kleineren Teil der öffentlichen Bauaufträge. Etwa 1,5 % der Öffentlichen Bauaufträge erreichen oder überschreiten die so genannten EU-Schwellenwerte (von zurzeit fünf Mio. Euro.). Alleine dieses Verhältnis zeigt die absehbaren enormen Kostenfolgen auf, wenn ein Primärrechtsschutz auf die übrigen 98,5 % der öffentlichen Bauaufträge übertragen würden.

¹³ OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25.05.2005, 7 B 10356/05; <http://www.ibr-online.de>