

Dies ist ein Werkstatt-Beitrag. Änderungen und Korrekturen bleiben vorbehalten. Der Beitrag ist deshalb zunächst nur eingeschränkt zitierfähig.

Werkstatt-Beitrag (Einstelldatum: 17.03.2022)

Folgen des Ukraine-Krieges für laufende (Bau-)Vergabeverfahren

- 1. Öffentliche Auftraggeber müssen ihre (Bau-)Vergabeunterlagen wegen der aktuellen Entwicklungen bis auf Weiteres um angemessene Preisgleitklauseln ergänzen.**
- 2. Öffentliche Auftraggeber treffen Aufklärungspflichten zumindest hinsichtlich Angebotspreise und der Auftragstermine.**
- 3. (Bau-)Vergabeverfahren im Stadium nach Angebotsabgabe und vor Zuschlag müssen zurückversetzt werden, wenn Bietern durch die Folgen der Ukrainekrise regelmäßig ein ungewöhnliches Wagnis aufgedrängt wird.**

BGB § 241 Abs. 2; VOB/A 2019 § 7 EU Abs. 1 Nr. 3, § 15 EU Abs. 1 Nr. 1, § 16d EU Abs. 1 Nr. 1, 2

I. Ausgangslage

Der Ukraine-Krieg hat gerade auch wegen der Sanktionen massive Folgen für die deutsche Wirtschaft. Es kommt zu einem deutlichen Anstieg der Roh- und Kraftstoffpreise. Berechnungen deuten bisher auf Preiszuwächse im unteren zweistelligen Prozentbereich hin. Wahrscheinlich wird sich die Preisspirale in den nächsten Wochen und Monaten noch weiterdrehen.

Die Situation drängt aus (bau-)vergaberechtlicher Perspektive die Frage auf, wie mit Vergabeverfahren umzugehen ist, die vor dem russischen Angriff begonnen haben, aber noch nicht durch Zuschlag beendet worden sind. Gerade Bieter konnten bei der Kalkulation ihrer Angebote nicht mit diesen Auswirkungen rechnen.

Öffentliche Auftraggeber könnten als "Herren des Vergabeverfahrens" vergaberechtliche Aufklärungs- und Korrekturmöglichkeiten in Erwägung ziehen. Die vergaberechtliche Situation soll im Folgenden skizziert werden.

II. Preisentwicklung als ungewöhnliches Wagnis

Durch die Bau- und Rohstoffpreisentwicklung aufgrund des Ukraine-Krieges wird Bietern ein ungewöhnliches Wagnis gem. § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2019 unzulässig aufgebürdet. Zu seinem Schutz darf ein Bieter keiner Situation ausgesetzt werden, in der ihm die Preiskalkulation aufgrund außerhalb seiner Sphäre liegender Faktoren unzumutbar erschwert ist und das daraus entstehende Risiko die übliche Risikoverteilung übersteigt.

Bieter haben weder Einfluss auf die Kriegssituation in der Ukraine noch auf die Sanktionsfolgen. Der deutsche Markt ist dabei in einem solchen Maße von Rohstofflieferungen aus Russland und der Ukraine abhängig, dass eine Umstellung der Lieferketten auf andere Importregionen innerhalb kurzer Zeit in der Regel ausgeschlossen sein dürfte.

Die Risikoverteilung der VOB behandelt ein derartiges Risiko nicht. Allerdings ist der Auftragnehmer für die Beschaffung der Baumaterialien verantwortlich. Das Preisrisiko für die Materialbeschaffung trägt er zwar üblicherweise auch, dies kann aber nur gelten, wenn die Preise tatsächlich kalkulierbar waren. Dies setzt zumindest voraus, dass verbindliche Preis- und Lieferangebote eingeholt werden

können. Schon an dieser Grundlage fehlt es aktuell.

III. Nachträglich unangemessen niedrige Angebotspreise

Die Angebotspreise werden in aller Regel unangemessen niedrig (geworden) sein, wenn die Angebotsfrist noch vor Kriegsbeginn lag und der Zuschlag erst nach Kriegsbeginn erteilt werden soll. Nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2019 darf ein Zuschlag auf ein Angebot mit unangemessen niedrigem Preis nicht erteilt werden. Öffentliche Auftraggeber sind gem. § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2019 verpflichtet, die Angemessenheit der Preise zu untersuchen und Bieter gegebenenfalls zur Aufklärung ihrer Preise aufzufordern. Während die Vorschrift üblicherweise den Wettbewerb und Mitbieter vor Verdrängungswettbewerb sowie den Auftraggeber vor Leistungsausfällen schützt, kommt in dieser Situation ein weiterer Schutzzweck hinzu: Bieter müssen vor einem Zuschlag geschützt werden. Das klingt zunächst seltsam, ist aber der Verbindlichkeit des Angebots bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. der Bindefrist geschuldet. Bietern dürfte in dieser Phase kein Anfechtungsgrund zur Verfügung stehen. Ihnen bleibt also nur, auf die Unauskömmlichkeit ihrer Preisgestaltung hinzuweisen, wenn sie sich öffentlichen Auftraggebern nicht ohnehin aufdrängt. Nach der BGH-Rechtsprechung zu § 60 Abs. 3 VgV ist die Ablehnung des Zuschlags grundsätzlich geboten, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären kann (BGH, Beschluss vom 31.01.2017 - X ZB 10/16, IBRRS 2017, 0805). Die EU-VOB/A (*"darf der Zuschlag nicht erteilt werden"*) ist wesentlich deutlicher als die VgV (*"darf er den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen"*). Die Ungewissheiten hinsichtlich der Preise werden sich bei bestehenden Angeboten nicht aufklären lassen, weshalb ein Ausschluss hier erst recht geboten sein dürfte.

IV. Auftragstermine nicht mehr zu garantieren

Ähnlich wie die Preise können wegen der Lieferengpässe und -ausfälle Auftragstermine nicht mehr garantiert werden. Terminliche Aspekte sind Aufklärungsgegenstand des § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2019. Die Aufklärung der Erfüllbarkeit etwaiger Auftragstermine unterliegt damit dem pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers (*"darf"*). Allerdings gilt hier, dass sich das pflichtgemäße Ermessen aufgrund der individuellen Umstände zu einer Handlungspflicht verdichten kann. Die aktuelle Situation könnte eine Fallgruppe sein, in der sich das Ermessen so verdichtet, weil Auftraggeber Zweifel an der Einhaltung der Termine haben bzw. haben müssten (VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.07.2005 - VK-SH 14/05, IBRRS 2005, 2466). Ein dennoch erteilter Zuschlag kann einen Vergabeverstoß darstellen. Diese aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Kategorie dürfte jedenfalls vorliegen, wenn der Auftraggeber sehenden Auges ein Angebot bezuschlagt, bei dem er Zweifel an der Umsetzbarkeit wesentlicher Teile hat.

V. Praxishinweis

Die skizzierten Aspekte betreffen Vergabeverfahren, deren Angebotsfristen vor Kriegsbeginn liegen und bei denen der Zuschlag noch aussteht.

Öffentliche Auftraggeber sollten aktuell die Preise und gegebenenfalls terminliche oder sonstige betroffene Aspekte aufklären. Da regelmäßig alle Angebote eines Verfahrens von den unvorhersehbaren Marktentwicklungen betroffen sein dürften, könnten Verfahren zurückversetzt werden, damit Bieter Gelegenheit zur Überarbeitung ihrer Angebote haben. Regelmäßig wird eine Erweiterung der Vertragsunterlagen um geeignete Stoffpreisgleitklauseln erforderlich sein. Werden Auftraggeber nicht entsprechend tätig, sondern bezuschlagen die betroffenen Angebote sehenden Auges, könnte hierin ein Verstoß gegen Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB liegen, durch den die Realisierung zivilrechtlicher Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis wegen der schweren Mängel im Vergabeverfahren ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 11.11.2014 - X ZR 32/14, IBRRS 2014, 3221).

Bieter sind in der aktuellen Situation aufgerufen, konstruktiv mitzuwirken und Auftraggeber auf die

Unauskömmlichkeit ihrer Preiskalkulation sowie die Unmöglichkeit der Einhaltung der Auftragstermine hinzuweisen. Gegebenenfalls sollten sie unmittelbar rügen, um die Voraussetzungen für ein Vergabenachprüfungsverfahren zu schaffen.

***RA und FA für Bau- und Architektenrecht, FA für Vergaberecht Jarl-Hendrik Kues, LL.M.,
Frankfurt a.M.  und***

RA Dr. Jonas Asgodom, Frankfurt a.M.

© id Verlag