

## **Fallstricke bei der Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen aus der Sicht einer Bauunternehmung**

### **Einleitung**

In der letzten Zeit ist ein Wandel im Ausschreibungs- und Vergabeverfahren zu beobachten. Wurden früher die Haupt- und Nebenangebote unter technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprüft, stellt heute oftmals die formale Prüfung die größte Hürde dar.

Nachdem es in den letzten Jahren intensive Bemühungen zur Reform des Vergaberechts gegeben hat, sind zum aktuellen Zeitpunkt einige Neuerungen in Kraft getreten und stehen einige angekündigte Neuerungen für die erste Jahreshälfte 2010 in Aussicht.

Am 23.04.2009 ist der überarbeitete 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) in Kraft getreten.

Durch die Neufassung des GWB sind umfangreiche Änderungen im Vergaberecht eingetreten, von denen hier einige herausgegriffen werden sollen. Oberhalb der Schwellenwerte (netto 4,845 Mio. €) gilt folgendes:

Die Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers vor Erteilung des Zuschlages ist in §101a GWB neu geregelt. Hiernach darf ein Vertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Informationen über die beabsichtigte Bezugschlagung eines Mitbewerbers erteilt werden.

Diese Zeit verkürzt sich allerdings auf 10 Kalendertage, wenn diese Information per Telefax oder auf elektronischem Weg versendet wird. Beachtlich ist dabei, dass im Regelfall zur Vermeidung eines rechtswirksamen Zuschlages an einen Mitbewerber ein Nachprüfungsantrag

10 Kalendertage (also incl. Feiertage und Wochenende) nach Absendung an den Bieter gestellt werden muss.

Ferner ergibt sich als neue Besonderheit, dass etwaige erkennbare Verstöße aus der Bekanntmachung spätestens bis zum Ablauf der benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewertung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden müssen. Sofern daher die Ausschreibung Fehler enthält, die möglicherweise zu Lasten eines Bieters gehen, kann ein Nachprüfungsantrag hierauf nicht mehr gestützt werden, wenn die Rüge nicht bis zur Angebotsabgabefrist erklärt wird (§107 Abs. 3 Nr. 3).

Ferner wird durch eine Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, eine Frist von 15 Kalendertagen in Gang gesetzt, nach deren Ablauf ein Auftragnehmer nicht mehr berechtigt ist, auf diesen Sachverhalt einen Nachprüfungsantrag zu stützen. Insofern wird der Bieter, der eine Rügeablehnung erhalten hat, dazu gezwungen, innerhalb von 15 Tagen diesbzgl. einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Dies dürfte zur Konsequenz haben, dass die Vergabestellen entweder der Rüge abhelfen oder aber nicht auf die Rüge reagieren, um einen Nachprüfungsantrag zu vermeiden. Aus Bietersicht führt dies dazu, dass für die Nichtabhilfe einer Rüge einkalkuliert werden muss, dass man ins Nachprüfungsverfahren „gezwungen“ wird, um nicht den Rechten aus der Rüge verlustig zu gehen.

Eine formal korrekte Angebotsbearbeitung und die Erstellung eines in allen Punkten formal korrekten Angebotes ist derzeit eine äußerst anspruchsvolle Aufgabe.

Glücklicherweise wird nicht jedes formal nicht ganz korrekte Angebot ausgeschlossen, da ansonsten die Bautätigkeit zum Erliegen kommen würde.

Es bleibt zu hoffen, dass in den angekündigten weiteren Veränderungen des Vergaberechts auch einige Anforderungen an die Angebotserstellung zurückgenommen werden.

Ziel des Vergaberechts ist es eigentlich, eine transparente, nachvollziehbare Vergabe sicherzustellen, die alle Anbieter gleich behandelt. Hintergrund war die frühere Vorgehensweise, dass das gewollte Unternehmen (meistens regional ansässig) den Auftrag erhalten hat. In manchen Regionen soll es heute noch so sein.

Ein weiterer Aspekt stellt die von der VOB gewünschte Ausgewogenheit hinsichtlich der Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer dar. Hier lassen sich immer wieder

Tendenzen in den Ausschreibungsunterlagen erkennen, die bewusst eine Risikoverschiebung zu Lasten des Auftragnehmers beinhaltet.

Im Nachfolgenden soll aus der Sicht einer Bauunternehmung dargelegt werden, wie die derzeitige Ausschreibungs- und Vergabesituation aussieht und ob das Ziel einer transparenten Vergabe und Ausgewogenheit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hinsichtlich der Risikoverteilung erreicht wird.

### **Wie stellt sich die derzeitige Ausschreibungs- und Vergabepaxis dar?**

#### Fallstricke für den Auftragnehmer

In Zeiten knapper Kassen unterliegen die ausschreibenden Stellen und Ingenieurbüros einem hohen Kosten- und damit auch Zeitdruck.

Aufgrund von häufig engen Zeitschienen, beschränkter Mittel und großem Konkurrenzkampf wird im Vorfeld der Baumaßnahmen auf größere Baugrunduntersuchungen, Variantenstudien und Vorbemessungen verzichtet.

Dieses hat zur Folge, dass die Ingenieurbüros versuchen müssen, ihre Ausschreibung so zu gestalten, dass die Bereiche, die sie nicht erfassen konnten, durch funktionale LV-Positionsbeschreibungen oder durch Vorbemerkungen, was alles einzukalkulieren ist, auf die ausführende Seite (Baufirma) abgewälzt werden. Diese Praxis wird umgesetzt bis hin zu Abstimmungen/Genehmigungen, die mit der Behörde vorzunehmen sind.

Doch wie soll das in der Angebotsphase gelingen und was ist die Folge?

Die Baufirmen schätzen den Aufwand - mit Kalkulation hat dies wenig zu tun – in der Hoffnung es wird schon passen bzw. man kann später über Nachträge etwas machen.

Der Ärger ist vorprogrammiert.

Oder der Bieter rügt dieses in der Angebotsphase! Auch dieses formal richtige Verhalten führt häufig zu Verstimmungen und zumindest zu zeitlichen Verschiebungen des Ausschreibungsverfahrens.

**Beispiele:**

1 Stck. Sickerwasser- und Pumpenschacht, Instandsetzung und Erhöhung nach Wahl AN  
incl. Statik und Ausrüstung unter Berücksichtigung von Arbeitsschutz und Gewährleistung der Betriebssicherheit.

1 Stck. Anschluss an das vorhandene Leitungssystem  
incl. Freilegung Wiederverfüllung, Tiefe bis 7m incl. Wasserhaltung.  
Betrieb muss jederzeit gewährleistet sein.

1 Stck. Anschluss des neuen Gasfassungssystems an den Bestand  
incl. temporärer Leitungen.  
Betrieb muss jederzeit Gewährleistet sein.

Des Weiteren ist in manchen Ausschreibungen festzustellen, dass sich die Ausschreibungsinstanzen bewusst oder unbewusst für die Auswertung von Angeboten Spielräume einbauen. Folgende Beispiele sind dazu anzuführen:

- hohe Referenzanforderungen bzw. spezielle Form der Referenzen
- Vielzahl von Bieterangaben im LV
- versteckte Abforderungen im LV-Text, wie Statik, Vorbemessung zur Angebotsabgabe
- Aufschlüsselung aller Einheitspreise
- Unklare Wertungskriterien (Gestaltung, Preis, technisches Konzept)
- Unklare Vorgaben zur Nebenangebotswertung
- Angabe und Nachweis der einzusetzenden Materialien, insbesondere Verfügbarkeit bei belasteten Materialien

Alle diese Beispiele treten nicht nur bei Ausschreibungen auf, bei denen ein spezifisches Interesse des Auftraggebers dahintersteht, sondern auch bei „normalen“ Projekten.

Es bestehen somit eine Vielzahl von Möglichkeiten, Bieter von weiteren Wertungsverfahren auszuschließen. Ob die Ausschlussgründe vergaberechtlich immer Bestand hätten, sei dahingestellt.

Andererseits ist auch zu beobachten, dass die Ausschreibungsunterlagen teilweise bewusst oder unbewusst so detailliert beschrieben sind, dass nur ein Produkt angeboten werden kann, auch dieses Verhalten ist eigentlich nicht so von den Regelwerken vorgesehen.

*Beispiel 1:* Vlies/KDB

Übernahme eines kompletten Datenblattes in den QSP oder ins Leistungsverzeichnis, so dass alle Abmessungen, Strukturen, genadelt/vernäht etc. vorgegeben sind.

*Beispiel 2:* Ton

Eigenschaften des Tons z. B. bezüglich des KAK Wertes (Kationenaustauschkapazität) oder der Biegezugfestigkeit.

*Beispiel 3:* Kies

Vorgaben beim Kies z. B. Kornform, Abschlämmbarer Anteil < 1%, Kalkgehalt Über- und Unterkornbeschränkungen

*Beispiel 4:* Pumpentechnik

Exakte Vorgaben der Leistungsmerkmale, mit detaillierten Leistungskurven, Tabellen, Baugrößen

Bei den mineralischen Baustoffen ist neben der Gefahr des Ausschlusses bei der Angebotsauswertung durch Angabe eines Materials, das nicht alle Anforderungen erfüllt, die weitere Gefahr vorhanden, dass das Angebot zwar gewertet wird aber im nachhinein festgestellt wird, dass das angebotene Material die Anforderungen nicht einhält, insbesondere dann, wenn die Exoten Biegezugfestigkeit oder KAK-Wert gefordert werden, die selbst bei häufig

verwendeten Tönen bisher nicht untersucht wurden. Wenn diese speziellen, meistens sehr hohen Anforderungen noch eingerahmt werden mit Angaben, die ein minderwertiges Material suggerieren (unkritischer KF-Wert, Zulassung von Ersatzbaustoffen mit hohen chemischen Belastungen, woher sollen die kommen, wenn andererseits ein abschlammbare Anteil von < 1% bzw. 0,5% gefordert wird) ist es vorprogrammiert, dass Bieter Vorgaben überlesen bzw. bei Exoten nicht bewerten können und daher günstige Preise für z. B. Ersatzbaustoffe einsetzen und letztendlich auch ein für den AG besonders günstiger Preisen beauftragt wird.

Nach der Beauftragung erkennt der Bieter nach Ablehnung seiner Materialien, dass nur ein Produkt möglich ist, das preislich jedoch in einer ganz anderen Größenordnung liegt.

Der Verlust ist somit vorprogrammiert und auch der Ärger auf der Baustelle zwischen den Projektbeteiligten.

Rechtlich wird man dann so beraten, dass man schon während der Angebotsbearbeitung die überhöhten oder unklaren Anforderungen hätte rügen sollen, dann hätte man bei der Vergabe einschreiten können usw.

Ein weiterer Punkt in einigen Ausschreibungsunterlagen sind die eingebauten „Gängelungsmaßnahmen“.

Beliebt sind hier die Vorbemerkungen und der QSP.

- Zeiten zur Einreichung von Unterlagen
- Vorlaufzeiten für Abnahmen
- Bezahlung erst bei komplett fertig gestellten Leistungen  
(z. B. Ansaat, dann erst Abrechnung des kompletten Dichtungsaufbaus)

Diese Zeitvorgaben sind so gewählt, dass sie nicht einhaltbar sind, da z. B. Schutzwirkungsnachweise, KF-Werte, Analytik gewisse Zeiträume bedürfen.

Der Auftragnehmer gerät automatisch in Verzug und somit ins Hintertreffen, so dass er auch seine vielleicht gerechtfertigten Forderungen hinten anstellen muss, da die Auftraggeberseite ein starkes Druckmittel in der Hand hat. Auch der finanzielle Druck durch späte Zahlung und die

Gefahr von Mängelanmeldungen aufgrund überhöhter Materialanforderungen können dazu führen, dass der Auftragnehmer lange still hält.

Meistens enden solche Vorgehensweisen jedoch in heftigen, letztendlich auch gerichtlichen Auseinandersetzungen, die häufig keiner Seite mehr als Ärger einbringt.

## **Wie sieht die Praxis der Angebotsbearbeitung aus?**

### Auch der Unternehmer ist kein unschuldiges Lamm!

Auch die Baufirma ist bei der Angebotsphase einem starken Zeit-, Kosten- und wir nennen es Beschaffungsdruck (schließlich muss für den Mitarbeiterstamm entsprechend Arbeit beschafft werden) ausgesetzt.

Für normale Ausschreibungen im Deponiebau stehen ca. 2 Wochen Bearbeitungszeit zur Verfügung. Für die Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen, Anfragen der Materialien und NU Leistungen, der Projektbegehung und der Fertigstellung des Angebotes benötigt der Kalkulator davon ca. 4 Tage. Es verbleiben somit ca. 6 Tage für die Kalkulation und die Erstellung von Nebenangeboten (1 Tag), d.h. für die reine Kalkulation stehen 50 Std. zur Verfügung, bei 500 Positionen sind dies 6 Minuten pro Position. Also, so viele Gedanken, auch „hinterhältige“ wie uns Ausführenden mitunter unterstellt werden, können wir uns rein zeitlich gar nicht machen. Insbesondere nicht bei den Nebenangeboten, die teilweise sehr schnell gestrickt werden.

Häufig laufen dazu noch mehrere Kalkulationen parallel, so dass selten genügend Zeit ist, alle Details genau zu durchdenken. Fragen zur Ausschreibung, Auslegung von Vorbemerkungen und Widersprüche in den Ausschreibungsunterlagen fallen nicht selten erst kurz vor der Abgabe auf. Formal richtige Vorgehensweisen (Nachfragen an AG, Rügen etc.) sind dann nicht mehr möglich bzw. auch nicht gewollt, da man sich aus den erkannten Ausschreibungswidersprüchen zum einen Wettbewerbsvorteile oder gar Nachtragschancen verspricht.

Oftmals werden die Chancen überbewertet und die Risiken unterschätzt, was zu der schlechten Ergebnissituation der Bauindustrie führt, doch zuerst einmal gilt es den Auftrag zu holen, danach wird darüber nachgedacht, wie man zu dem Preis bauen kann.

Meiner Meinung nach ist dies ein häufiges Verhalten von uns Ausführenden aber auch ein falsches, dass letztendlich zu schlechten Ergebnissen und „anstrengenden“ Baustellen führt.

Neben der Bildung des Preises für ein Angebot nimmt immer mehr Zeit die formal richtige Erstellung des Angebotes ein. Neben umfangreichen Referenzunterlagen, Eintragungen Bauzeitenplänen, Entsorgungskonzepten, Vorbemessungen, Einheitspreisaufschlüsselungen und teilweise über ein Dutzend Unterschriften ist zu prüfen, ob irgendjemand über die kalkulierten Einheitspreise stolpern kann und Unauskömlichkeit oder Mischkalkulation vermutet.

Und dann soll man noch Zeit finden, sein technisches Know-how in Form von Nebenangeboten oder der Prüfung der Ausschreibung auf technische Korrektheit einzubringen.

Neben der Kalkulation der Nebenangebote ist die Beschreibung und das Beifügen von Nachweisen zur Wertbarkeit zu beachten, in Form von Gutachten oder am besten durch die behördliche Bestätigung der Genehmigungsfähigkeit.

Häufig bleiben die Nebenangebote daher lückenhaft oder sind gar bewusst von den Firmen lückenhaft gestaltet, um in einem Aufklärungsgespräch Interpretationsspielraum zu haben.

### **Stilblüten:**

- Bei freier Wahl der Bauzeit durch den AN wird ein Nachlass gewährt von X €  
(Ausführung in 10 Jahren?)
- Bei Optimierung des Bauablaufes und der Gerätetechnik wird ein Nachlass gewährt von Y €  
(Was heißt das, sollte doch schon im Hauptangebot so eingeflossen sein, oder soll eine andere Leistung angeboten werden?)

Dieses Verhalten führte sicherlich auch zu den Verschärfungen der Anforderungen an Nebenangebote. Insbesondere bei EU-Ausschreibungen werden harte Anforderungen an Nebenangebote gestellt.

Im Rahmen des kurzen Zeitraumes der Angebotsbearbeitung ist es kaum möglich, ein wertbares Nebenangebot auszuarbeiten, das alle erforderlichen spezifischen Nachweise für das Projekt enthält und somit tatsächlich „gleichwertig“ ist.

Wird das Vergaberecht strikt angewandt, werden die Möglichkeiten für Nebenangebote stark eingeschränkt.

Im Zusammenspiel mit den geringen zur Verfügung stehenden Mitteln (Zeit und Honorar) für die ausschreibenden Büros, führt die Einschränkung von wertbaren Nebenangeboten zu Einschränkungen in Bezug auf Innovationen. Dieses kann letztlich nicht das Ziel der Projektbeteiligten sein.

### **Lehren aus der derzeitigen Ausschreibungs-, Angebots- und Vergabepaxis?**

Zur Verbesserung der Ausschreibungs-, Angebots- und Vergabepaxis könnte man jetzt Maximalforderungen formulieren:

#### 1. Verlängerung der Bearbeitungszeit für die Angebotserstellung

Dieses ist nicht zielführend, da immer mehrere Projekte gleichzeitig kalkuliert werden und somit für jedes einzelne Projekt auch nicht mehr Zeit zur Verfügung steht. Eine Erhöhung der Anzahl der Kalkulatoren führt unweigerlich zu höheren Kosten, die auch keiner bezahlen will.

#### 2. Keine Nebenangebote zulassen

Auch dieses ist nicht zielführend, da zum einen Innovationen eingeschränkt und zum anderen Spekulationen Vorschub geleistet werden, welche Nebenangebote man (als Nachträge) während der Ausführung durchbekommt, entsprechend wird das Angebot erstellt. Dieses führt unweigerlich zu einer nicht transparenten Vergabe und Verdächtigungen von unerlaubten Kontakten und Informationen

3. Keine Referenzen, Bieterangaben etc.

Diese Maximalforderung birgt die Gefahr, dass der Auftraggeber die Firmen und den Inhalt Ihres Angebotes, nicht bewerten kann und er sich hinsichtlich Qualität der ausführenden Firma (falls sie noch nicht bekannt ist) und der eingesetzten Produkte überraschen lassen muss. Auch dieses kann nicht wünschenswert sein.

Folgende Gesichtspunkte könnten zu Verbesserung führen:

1. Klare Angabe/Abforderung der und notwendigen Referenzen

Referenzabforderungen auf das erforderliche Maß beschränken, diese dann aber auch tatsächlich prüfen und bei Nichtvorlage von entsprechenden Referenzen, die Bieter konsequent von der Vergabe ausschließen.

2. Bieterangaben, Bescheinigungen

Auch die Bieterangaben und Abforderung von Bescheinigungen sollten auf das für das Projekt erforderliche Maß beschränkt werden. Die geforderten Angaben sollten dann jedoch auch konsequent geprüft werden. Nicht korrekte Bieterangaben sollten dann wiederum zum Ausschluss führen.

3. Optimierte Ausschreibung nach Stand der Technik

Den Erstellern der Ausschreibungsunterlagen sollten soviel Zeit und Mittel eingeräumt werden, dass Ausführungsvarianten durchdacht und mit den zuständigen Behörden abgestimmt werden können. Ziel der Ausschreibungsunterlagen muss die Angebotsabfrage für eine technische und wirtschaftlich optimierte Ausführungsvariante sein.

Es kann doch nicht zielführend sein, dass natürliche unbelastete Grubenkiese ausgeschrieben werden und letztendlich teerhaltiger Straßenaufbruch zur Wertung (Nebenangebot) und Ausführung kommt, oder anstelle einer mineralischen Entwässerungsschicht, eine Dränagematte incl. Ausgleich der geringeren Schichtdicke durch Lieferung und Einbau von belasteten Material.

#### 4. Detaillierte Beschreibung der Anforderungen und Wertungskriterien für Nebenangebote

Im Zusammenspiel mit der optimierten Ausschreibung (Punkt 3) werden durch die detaillierte Beschreibung der Anforderungen und Wertungskriterien die Möglichkeiten von Nebenangeboten eingeschränkt, da zum einen schon eine optimierte Planung vorliegt und zum anderen die Anforderungen an Nebenangebote klar definiert sind. Scheinnebenangebote bzw. interpretierbare Nebenangebote, die bei Notwendigkeit (nicht Submissionserster) nur dem Ziel der späteren Angebotsverbesserungen (Preis) dienen ohne inhaltlich etwas zu bieten, können so konsequent ausgeschlossen werden.

Nebenangebote beschränken sich somit auf besondere technisch innovative und wirtschaftliche Überlegungen und Lösungen des Bieters. Die Anzahl und Wertung von Nebenangeboten wäre eingeschränkt und die Vergaben nachvollziehbarer.

### **Ausblick**

Besteht Einigkeit in der Zielsetzung, dass das wirtschaftlichste Angebot einer für die Ausführung ausreichend kompetenten Firma in einem transparenten Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten soll, wird es möglich sein, die Vergabeentscheidung so manches Bauvorhabens von der Juristenebene wieder auf die Techniker-Ebene, wo sie meines Erachtens hingehört, zurückzuführen.

