

# Vergütungsanpassung trotz vorbehaltloser Bindefristverlängerung

**Um nicht den Ausschluss im Vergabeverfahren zu riskieren, muss der Bieter der Bitte auf Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist vorbehaltlos zustimmen. Der zu den ursprünglichen Bedingungen zustande gekommene Vertrag ist zeitlich und hinsichtlich entstehender Mehrkosten durch analoge Anwendung der §§ 2 Nr. 5 und 6 Nr. 2 VOB/B anzupassen.**

Thesen gebildet nach:

**Dr. Falk Würfele: Verschieben der Zuschlags- und Bindefrist im Vergabeverfahren**, veröffentlicht in: BauR 2005, 1253 ff.

VOB/A §§ 21 Nr. 1 Abs. 2, 24 Abs. 1; VOB/B §§ 2 Nr. 5, 6 Nr. 1, 2, 4

## Problem

Die anhaltende Krise im Baugewerbe verschärft weiter den Wettbewerb. Bei immer mehr Bauvergaben größeren Umfangs halten deshalb Mitbieter die Auftragserteilung an den günstigsten Bieter (B) durch Vergabenaachprüfungsverfahren nach dem GWB auf. Durch die oft mehrmonatige Verzögerung ist der B darauf angewiesen, sowohl eine Anpassung der überholten zeitlichen Regelungen als auch insbesondere der Vergütung an die geänderten Umstände zu erreichen. Kann und muss er deshalb vorsorglich bereits mit der Verlängerung der Bindefrist erklären, dass dann wahrscheinlich auch die Ausführungsfrist verschoben werden muss und die aus der Verschiebung resultierenden Mehrkosten die Angebotssumme erhöhen?

## Kernaussage des Autors

Auf keinen Fall! Wenn der B zusätzlich zu der Zustimmung zur Bindefristverlängerung weitere Erklärungen abgibt, so könnte dies ein vergaberechtswidriges Nachverhandeln mit der Folge seines Ausschlusses nach § 25 VOB/A darstellen. Auch verbietet § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A dem B, Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorzunehmen, also etwa den Bauzeitenplan und durch die Verzögerung betroffene Preisgrundlagen anzupassen. Die Einwilligung zur Bindefristverlängerung ändert nicht den Inhalt des Angebotes. Der Vertrag kommt zu den ursprünglichen Bedingungen zustande.

## Anmerkung

Der Autor gibt einen guten Überblick hinsichtlich des Meinungsstandes zur praxisgerechten Lösung dieses gesetzlich nicht geregelten Falles. Alle bisherigen Veröffentlichungen im Schrifttum wollen die Regelungslücke im Ergebnis durch eine analoge Anwendung der §§ 2 Nr. 5 und 6 Nr. 2 VOB/B schließen. Die im Schrifttum und auch im Aufsatz behandelten Entscheidungen der Vergabesenate sind in einem Zivilverfahren nicht bindend (zur eingeschränkten Bindungswirkung s. § 124 Abs. 1 GWB). Erstmals ist zwischenzeitlich das OLG Thüringen in einem Zivilrechtsstreit (IBR 2005, 462) dieser insbesondere von Gröning (BauR 2004, 199 ff.) grundlegend herausgearbeiteten Zuweisung des sog. Vergabeverfahrensrisikos an den Auftraggeber gefolgt. Fraglich ist jedoch, ob der BGH diese Lösung über die entsprechende Anwendung der VOB/B bestätigen wird. Die Verzögerungen sind bereits vor Vertragsschluss aufgetreten. Die VOB/B ist jedoch erst anwendbar, wenn ein Bauvertrag zustande gekommen ist. Zweifelhaft ist die Prämisse der veröffentlichten Lösungsansätze, nämlich das Zustandekommen des Vertrages mit den zeitlich bei der Zuschlagserteilung überholten Daten. Das Angebot dürfte schon aufgrund der Besonderheiten des Vergabeverfahrens nicht der ergänzenden Angebotsauslegung zugänglich sein. Dem Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung den Willen zu unterstellen, trotz eines bereits überholten Termins zum Baubeginn und mögli-

cherweise sogar der Fertigstellung den Vertrag unverändert abschließen zu wollen, muss diskutiert werden. Seine in der Zuschlagserteilung liegende Annahmeerklärung könnte im Wege der ergänzenden Auslegung sachgerecht an den hypothetischen Parteiwillen angepasst werden. Aufgrund dieser geänderten Erklärung kommt dann jedoch der Vertrag erst durch eine Annahme des B zustande.

RA Arndt Maas, Leipzig