

## **Bieterfrage Terminverschiebung**

**Frage:** Gemäß Bauvertrag §5 Ziffer 5.1.1 ist für den Beginn Ausführung der Planungsleistung durch den AN sofort nach Auftragsvergabe zu beginnen. In den übergebenen Ausschreibungsunterlagen Anlage 3.1 Rahmenterminplan des AG ist als Termin für die Auftragsvergabe der 12.05.2010 angegeben.

Kann davon ausgegangen werden, dass bei Verschiebung der Auftragsvergabe über den 12.05.2010, auch die folgenden Vertragstermine gemäß § 5 entsprechend verschoben werden?

**Antwort:** Eine Verschiebung der Ausführungstermine ist nicht vorgesehen.

## **Grundwasser**

**Frage:** In den „Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis“, Abschnitt 5.5 wird für die Teilbaugrube D3 (Pumpstation Abschnitt 1 und Dükerunterhaupt mit Steigstrecke) eine zulässige Absenkung des Grundwasserspiegels für eine Dauer von maximal 3 Monaten genannt. Während dieser Absenkung müssen Aushub und Verbau mit bis zu 10 Ankerlagen für die gesamte Baugrube sowie die Betonkonstruktion für Pumpstation und Steigstrecke erstellt werden.

Nach unserer Bauzeitermittlung unter Einsatz der auf dem Baufeld maximal einsetzbaren Geräte- und Personalkapazität ergibt sich unserer Einschätzung nach eine Mindestbauzeit für die während des Absenkvorganges auszuführenden Arbeiten von 10 Monaten.

Wir fordern Sie auf, die zulässige Absenkdauer auf 10 Monate zu erhöhen.

**Antwort:** Die max. Wasserhaltungszeit für die Teilbaugrube D3 beträgt unter Berücksichtigung der Bauleistungen die ohne Wasserhaltung ausgeführt werden können 8 Monate.

**Frage:** Gemäß Plan Anlage 3.3.23 wird die Sohle des Rampenbauwerkes während des Absenkvorganges bis auf Höhenkote +230,12 mNN fertig gestellt. Die seitlichen Verbauwände sind mit wasserundurchlässigen Bohlträgerverbau geplant. Der Bemessungswasserstand liegt bei 236,34 mNN, also mehr als 6 m über der oberen Kante der Rampensohle aus Bauphase D3. Somit läuft das Grundwasser nach Ende der Absenkung für die Teilbaugrube D3 in das teilfertiggestellte Bauwerk von Pumpstation und Steigstrecke. Der eigentlich vorgesehene Druckluftvortrieb ist dann nicht möglich.

**Frage:** Sind diese Feststellungen richtig?

**Antwort:** Nein.

Auf dem Plan Anlage 3.3.23 ist eine mögliche Versorgung und Baustelleneinrichtung für die bergmännischen Tunnelbaustelle des Dükers schematisch dargestellt. Der Bieter hat mit dem von ihm vorgesehenen Verfahren zu gewährleisten, dass die Anforderungsart der an die Steigstrecke ab 230,12mNN anschließenden Transportrampe keine Wasserhaltung erfordert.

**Frage:** Wenn nicht, warum nicht?

**Antwort:** Nein, weil der Bieter es zu berücksichtigen hat.

## **Bieterfrage Schäden**

**Frage:** In der Baubeschreibung heißt es unter Punkt 5.4 auf Seite 40, letzter Absatz: Verunreinigungen und/oder Beschädigungen von öffentlichen oder privaten Gewässern, Straßen, Wegen und Grundstücken ...bedingt durch den Arbeitsablauf, hat der AN strikt zu vermeiden und ggf. ohne besondere Vergütung zu beseitigen. Durch den Ablauf der Arbeiten treten konstruktionsbedingt Setzungen in Abhängigkeit der geologischen Randbedingungen auf. Die obige Regelung stellt daher eine unzumutbare Überwälzung des Baugrundrisikos auf den AN dar. Wir fordern Sie auf, die Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf eine vorschriftsgerechte Risikoverteilung abzuändern.

**Antwort:** Der AN haftet für die Auswirkungen eines von Ihm fehlerhaft gewählten Arbeitsablaufes bei Eintritt der unter 5.4 beschriebenen Folgen. Dies gilt auch für z.B. An- und Abtransport von Geräten und Materialien.

## **Bieterfrage Stillstandszeiten**

**Frage:** In der Baubeschreibung heißt es unter Punkt 6.3.2.9 auf Seite 88: Müssen aus Gründen, die der AG zu vertreten hat, die Arbeiten im unmittelbaren Bereich der Ortsbrust unterbrochen werden, werden die dadurch entstehenden Stillstandszeiten vergütet.

Dies beinhaltet nicht Stillstände, die von Dritten verursacht werden und nicht im Einflussbereich des AN liegen.

Wir fordern Sie auf den Passus „die der AG zu vertreten hat“ zu ersetzen durch den Passus „die nicht vom AN schuldhaft verursacht wurden“.

**Antwort:** Dem Wunsch des Bieters wird nicht entsprochen.

## **Bieterfrage Stillstandszeiten**

**Frage:** Des weiteren müssen wir Ihnen mitteilen, dass wir mit der Antwort zu unserer dritten Frage zu den Vorbemerkungen auf S. 88 Kap. 6.3.2.9 nicht einverstanden sind bzw. diese Antwort unsere Frage nicht in vollem Umfang beantwortet. Unsere Bieterfrage steht im Zusammenhang mit der Bieterfrage 5.11, sodass wir Ihre Antwort hierauf bei unserer nachfolgenden Stellungnahme mit berücksichtigen. Unsere Bieterfrage haben Sie dahingehend beantwortet, dass Sie klargestellt haben, dass mit der von uns angesprochenen Regelung das Baugrundrisiko nicht auf den AN übergeleitet werden soll. Die Bieterfrage 5.11, die sich ebenfalls gegen den Punkt 6.3.2.9 der Baubeschreibung richtete und forderte, den Passus „die der AG zu vertreten habe“ durch den Passus „die vom AN nicht schuldhaft verursacht wurden“ zu ersetzen, haben Sie abschlägig beschieden. Wir sind der Auffassung, dass beide Antworten nicht ausreichend sind und der eigentlichen Problematik der Formulierung in 6.3.2.9 der Vorbemerkungen nicht gerecht werden. Auch wenn das Baugrundrisiko nun hiervon ausgenommen ist, bleibt es aufgrund Ihrer Antworten dabei, dass im Übrigen nur Stillstände vergütet werden sollen, die vom AG zu vertreten sind. Dies ist nicht sachgerecht und stellt eine vergaberechtswidrige Übertragung aller Risiken (außer des Baugrundrisikos) auf den AN dar. Neben dem Baugrundrisiko könnten auch andere Stillstände auftreten, die der AN nicht zu vertreten hat und demnach in keiner Weise beeinflussen und kalkulieren kann. Somit liegen auch diese in der Einflussosphäre des Auftraggebers. Diese Risikoubertragung ist vergaberechtswidrig und wir fordern Sie daher auf, im Sinne unserer ersten Bieterfrage die Regelung dadurch zu ersetzen, dass die Formulierung „die der AG zu vertreten hat“ durch „die aus der Risikosphäre des AG herrühren“ zu ersetzen. Mit der vom Bieter der Bieterfrage 5.11 vorgeschlagenen Formulierung wären wir ebenfalls einverstanden.

**Antwort:** Stillstandszeiten, die der Auftraggeber nicht zu vertreten hat, die also seiner Risikosphäre nicht zuzuordnen sind, werden nicht vergütet.

unser Rechtsberater hat uns heute auf folgende vergaberechtswidrige Bestimmungen der Baubeschreibung hingewiesen.

In Ziffer 1.2 der Baubeschreibung ist folgende Regelung enthalten:

*„Der AN hat alle erforderlichen Maßnahmen bei der Preisbildung zu berücksichtigen. Um Fehlkalkulationen zu vermeiden, hat sich der Bieter vor der Abgabe des Angebots an Ort und Stelle von den Gegebenheiten zu überzeugen. Nachträgliche Einwände oder Nachforderungen beruhend auf der Nichtkenntnis der örtlichen Verhältnisse werden vom AG nicht anerkannt. Der AN erklärt mit der Abgabe des Angebots, dass es keine Stellen enthält, die unklar sind, ferner alle Arbeiterschwernisse wie technologische Abhängigkeiten ausreichend berücksichtigt und in die Einheitspreise einkalkuliert sind.“*

Die Regelung ist insgesamt vergaberechtswidrig. Sie regelt, dass

- Nachforderungen beruhend auf der Nichtkenntnis der örtlichen Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse vom AG nicht anerkannt werden und
- mit der Abgabe des Angebots die Erklärung fingiert wird, dass die Verdingungsunterlagen nicht unklar seien.

Beides verstößt gegen § 7 Abs. 1 SektVO.

Durch die Regelung, dass Nachforderungen, die durch die Nichtkenntnis der örtlichen Kenntnisse herrühren, vom AG nicht anerkannt werden, verlagert der AG Bodengrundrisiken, die vom AN nicht beherrscht werden können, auf die Bieter. Die Regelung wäre allenfalls dann akzeptabel, wenn den Bietern hinreichende Informationen über den Baugrund gegeben würden oder ihnen die Möglichkeit verschafft würde, den Baugrund selbst zu erkunden. Beides ist nicht der Fall. Erkundungsmöglichkeiten stehen den Bietern schon deshalb nicht zu, weil ihnen die hierfür erforderlichen Betretungserlaubnisse fehlen. Allein das Betrachten von „Ort und Stelle“ der Gegebenheiten, gleichsam „von außen“ vermittelt aber keine hinreichenden Kenntnisse über den Baugrund.

Nach § 7 Abs. 1 SektVO ist die Leistung erschöpfend zu beschreiben. Dies ist sicherlich dann nicht der Fall, wenn die Baugrundverhältnisse in der Ausschreibung nicht abschließend beschrieben sind und dem Auftragnehmer tatsächlich nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, selbst Baugrunderkundungen durchzuführen.

Vergaberechtswidrig ist auch die Regelung, dass der AN mit Abgabe des Angebots erklärt, dass die Ausschreibungsunterlagen keine unklaren Stellen enthalten. Die Regelung ermöglicht es dem Auftraggeber, Nachfragen der Bieter zu Unklarheiten schlicht zu ignorieren und dann unter Hinweis auf Ziffer 1.2 der Baubeschreibung den Standpunkt einzunehmen, dass der Bieter durch die Abgabe des Angebots erklärt habe, dass die Verdingungsunterlagen klar seien. Dies verstößt gegen den für alle Vergabeverfahren, auch im Sektorenbereich, geltenden Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB. Danach muss nicht nur das Vergabeverfahren als solches transparent gestaltet werden, vielmehr sind auch die Vergabebedingungen eindeutig abzufassen (Brauer, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2009, § 97 Rdn. 21). Diesen Anforderungen genügt die Vergabestelle nicht, wenn sie durch fiktive Erklärungen, die mit der Angebotsabgabe verbunden sein sollen, die Auftragnehmer zwingt, Verdingungsunterlagen als klar zu bestätigen, obwohl sie tatsächlich in weiten Teilen unklar sind (vgl. unser Schreiben vom 16.03.2010).

Wir **rügen** die Regelung daher als vergaberechtswidrig und fordern Sie auf, die genannte Regelung aus den Verdingungsunterlagen zu streichen.

Im Übrigen verweisen wir nochmals vollumfänglich auf unsere in unserem Schreiben vom 16.03.2010 enthaltenen Rügen, insbesondere auf die Punkte 5 – 7, 11, 12, 14 und 18 und fordern Sie nochmals auf, die darin angesprochenen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen in vergaberechtskonformer Weise abzuändern.

Antwort:

Ein Bieter hat Ziffer 1.2 der Baubeschreibung als vergaberechtswidrig gerügt. Der Rüge wird dadurch abgeholfen, dass Satz 2 der gerügten Ziffer 1.2 entfällt und zu Satz 3 klar gestellt wird, dass der AN erklärt, dass bei der Bearbeitung des Angebotes bei ihm keine nicht gestellten Fragen aufgekommen sind.

#### Bieterfrage 6.2:

Vorbemerkungen S. 55 Kap. 6.2.2 Herstellen der Baugrube

"Die Vergütung von zusätzlichen Leistungen, die in der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen, den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen nicht aufgeführt sind, die aber einen wesentlichen Bestandteil der Leistungserbringung darstellen, erfolgt nicht in gesonderter Form sondern sind *in* die Einheitspreise einzurechnen."

Bei dieser Regelung kann nach unserer Auffassung nur ein redaktionelles Versehen vorliegen. Es muss etwas anderes gemeint sein, als sich nach dem Wortlaut ergibt. Nach diesem wäre nämlich die Vergütung für zusätzliche Leistungen, die in der Leistungsbeschreibung und den anderen Vertragsunterlagen nicht enthalten sind, gleichwohl die Einheitspreise einzurechnen. Wie soll das möglich sein? Im Übrigen handelt es sich vorliegend um einen Einheitspreisvertrag und nicht um einen Pauschalvertrag mit betriebsfertiger Errichtungsverpflichtung. Ein solches Risiko haben wir nach dem vorliegenden Vertrag unseres Erachtens nicht zu übernehmen. Einzukalkulieren wären im Übrigen ja dann wohl auch Risiken, die dem Baugrundrisiko zuzuordnen wären. Wir bitten Sie daher, diese Passage zu überprüfen und zu korrigieren bzw. zu entfernen.

Antwort:

Letzter Absatz unter Punkt 6.2.2 auf Seite 55 entfällt.

#### Bieterfrage 6.3:

Vorbemerkungen S. 88 Kap. 6.3.2.9 Stillstandszeiten

"Müssen aus Gründen, die der AG zu vertreten hat, die Arbeiten im unmittelbaren Bereich der Ortsbrust unterbrochen werden, werden die dadurch entstehenden Stillstandszeiten vergütet."

Diese Passage der Vorbemerkungen korrespondiert mit den entsprechenden Positionen 03.01.0080 bis 03.01.0100 des Ausschreibungs- LV (Seite 144). Auch hier sind wir der Auffassung, dass die Wortwahl nicht dem eigentlichen Sinn der Regelung gerecht wird. Dies liegt in erster Linie daran, dass hier das Wort „vertreten“ verwendet wird. Vertreten bedeutet verschulden. Demnach hätte der AN nur für solche Unterbrechungsgründe im unmittelbaren Bereich der Ortsbrust einen Vergütungsanspruch, wenn der AG die Unterbrechungsgründe verschuldet hat. Dies kann nach unserer Auffassung hier nicht gemeint sein. Gemeint sind doch hier vielmehr Unterbrechungsgründe, die aus der Geologie, aus vorherigen Baumaßnahmen, wie etwa Hohlräumen etc. herrühren. Solche Unterbrechungsgründe hätte der AG nicht zu vertreten, sie fallen jedoch in seinen Risikobereich. Wir sind daher der Auffassung, dass die Regelung und die entsprechenden LV-Positionen dahingehend geändert werden müssten, dass das „Vertreten müssen“ durch „Risikosphäre“ ersetzt wird. Vergütet werden also solche Stillstände, die auf Gründen beruhen, die aus der Risikosphäre des AG stammen. Eine solche geänderte Regelung vermeidet auch das Ergebnis, dass für ein schuldhaftes Verhalten eine Vergütung gezahlt wird. Wir bitten Sie ebenfalls, diese Regelung in diesem Sinn zu überprüfen und zu ändern.

Antwort:

Mit dieser Regelung soll nicht das Baugrundrisiko auf den AN übergeleitet werden.