

tung), im Anschluss: Information der Bieter

**Zeitdauer: 5 Wochen**

Damit ergibt sich eine perspektivische Gesamtverfahrensdauer von rd. 10 Monaten; dies wird man als Mindestdauer ansehen müssen; weitere zeitliche Verschiebungen dürften durch wiederholte Beratungserfordernisse in den politischen Gremien sowie Bürgerbeteiligungsverfahren hinzu kommen.

#### Fazit und Ausblick in die Zukunft

Der Versuch, auf kommunaler nordrhein-westfälischer Spitzenverbandsebene einen Handlungsleitfaden zu entwickeln, ist einerseits ehrgeizig, andererseits aber auch nicht vom Anspruch geprägt, auf alle Fragen Antworten geben zu können; es bleibt den Entscheidungsträgern vor Ort nicht erspart, für detaillierte und konkrete Fragen vor Ort auch Antworten und Lösungen vor Ort zu finden.

Die neue Rechtslage und damit die Neuorientierung im Umgang mit Investorenvorhaben führt – man mag das bedauern – sicherlich zu einer weiter zunehmenden Verrechtlichung der Investorenauswahl, damit zu mehr Fehleranfälligkeiten und der hierdurch erhöhten Gefahr gerichtlicher Verfahren. Jedenfalls im Vorfeld von Ausschreibungen wird mit einer gewissen Zurückhaltung potenzieller Investoren zu rechnen sein. Noch offen sind Fragen, die das Urheberrecht vor im Vorfeld entwickelten Entwürfen und Plänen interessierter Projektentwickler und anderer, aber auch die Projektantenproblematik angehen. Positiv dürfte auf der anderen Seite aber auch zu verzeichnen sein, dass die neue Rechtsprechung eine enger verzahnte Zusammenarbeit zwischen Stadtplanung, Liegenschaften und Wirtschaftsförderung vor Ort bewirken wird. Auch dürfte die Rechtsprechung zu einer gewissen „Disziplinierung“ der Lokalpolitik führen: Muss man nämlich vor der Ausschreibung definieren, was man genau will, kann dieser „rote Faden“ auch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens letztlich nicht mehr ohne (Entschädigungs-) Konsequenzen verlassen werden.

In jedem Einzelfall sollte sorgfältig geprüft werden, ob wirklich eine Baupflicht begründet werden muss; dies auch unter dem Gesichtspunkt der Frage des wirtschaftlichen Drucks, den der Investor aufgrund des gezahlten Kaufpreises verspürt, in Verbindung mit den (allgemeinen) planungsrechtli-

chen Festsetzungsmöglichkeiten etwa in einer kommunalen Satzung. In Zweifelsfällen sollte indes im Hinblick auf die ansonsten drohenden erheblichen

Konsequenzen die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens gewählt werden.

■ *Dipl.-Ing. Ulrich Welter, Ingside, Berlin*

## (Un-)beschreibbare Ingenieurleistungen?

### Bei der Auswahl eines Planers ist gegenseitiges Vertrauen unabdingbar

**Bauherren stehen als Auftraggeber bei der Vergabe von Ingenieurleistungen regelmäßig vor dem Problem, einerseits Angebote im Wettbewerb einholen zu wollen, andererseits aber die für die Unternehmen notwendigen Angaben nicht machen zu können. Warum das so ist und welche Folgen hieraus entstehen, klärt unser Beitrag.**

Ingenieurleistungen sind für die Planung und Bauüberwachung von Bauwerken aller Art notwendig. Sie setzen sich aus denjenigen Leistungen zusammen, die für die Realisierung eines Bauvorhabens erforderlich sind, angefangen von den ersten konzeptionellen Überlegungen, über die Bedarfsplanung für den Bauherrn (DIN 18205) bis zur Bauüberwachung und die abschließenden Zusammenstellung aller Unterlagen. Nach der Rechtsprechung unterliegen diese Leistungen dem Werkvertragsrecht. Sie sind also auf den Erfolg ausgerichtet. Über diese Zuweisung ließe sich zwar trefflich streiten und mancher hochgestellte Jurist hat bereits erkannt, dass die Zuordnung zum Werkvertragsrecht in den 50er Jahren falsch war, indes ist dies nicht Gegenstand dieser Betrachtung.

#### Die Leistungsbeschreibung

Bei der Abgabe eines Angebotes bindet sich der Bieter stets an seinen Preis. Er hat deshalb ein ausgeprägtes und berechtigtes Interesse daran, die für die Preisfindung notwendigen Angaben zu erhalten. Diese Angaben beziehen sich mindestens auf Art, Menge und Qualität desjenigen Produktes, das der Auftraggeber ausgeschrieben hat. Der Anspruch auf diese Angaben ist in den Verdingungsordnungen verankert.

In § 9 Abs. 1 der VOB/A heißt es:

*„Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle*

*Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.“*

In § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A heißt es:

*„Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.“*

In § 8 Abs. 1 der VOF heißt es:

*„Die Aufgabenstellung ist so zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können.“*

Es fällt zunächst auf, dass VOB und VOL von „Leistung“ reden, hingegen in der VOF von „Aufgabenstellung“ die Rede ist. Diese Unterscheidung offenbart bereits, worum es geht. Während bei VOB und VOL, also bei der Vergabe von Bau- bzw. Lieferleistungen, die Hardware, das Produkt, ein Gegenstand in Größe, Form und Qualität beschrieben werden müssen, ist es bei der Ingenieurleistung lediglich die Aufgabenstellung, noch nicht einmal deren Lösung. Dies fiel auch schwer, weil die Lösung einer Ingenieurleistung eben das Ergebnis der Ingenieurleistung ist. Ist also diese Lösung beschrieben, muss die Ingenieurleistung bereits erbracht sein.

Damit tritt das ganze Dilemma, in dem sich Auftraggeber von Ingenieurleistun-

gen befinden, eigentlich schon offen zu Tage. Sie wollen/müssen etwas beschreiben, was sie nicht können. Und sie erhalten deshalb Angebote, die sie nicht unmittelbar vergleichen können, weder hinsichtlich der Leistung noch bei dem dafür beanspruchten Honorar.

## Is die HOAI (k)eine Hilfe?

Zunächst ist noch einmal klarzustellen, dass die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) keinerlei Leistungen beschreibt. Vielmehr sind in ihr lediglich die Honorare für bestimmte Architekten- und Ingenieurleistungen geregelt. Die HOAI enthält ausschließlich zwingende preisrechtliche Vorschriften, sonst nichts.

Zwar wird häufig in den Werkverträgen (Ingenieurverträgen) bei der Vereinbarung der Leistung der Bezug zur HOAI hergestellt. Dies ist aber sehr bedenklich, und die Richter am Bundesgerichtshof haben dies längst deutlich herausgestellt.

Dennoch gibt die HOAI eine Hilfestellung. Bei ihrer Entwicklung hat man unter Beachtung der Erfahrung aus früheren Honorarregelungen die für die Realisierung eines Bauvorhabens regelmäßig erforderlichen Ingenieurleistungen als Grundleistungen bezeichnet und in Leistungsphasen geordnet. In § 2 Abs. 2 HOAI heißt es deshalb:

*„Grundleistungen umfassen die Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im Allgemeinen erforderlich sind. Sachlich zusammengehörige Grundleistungen sind zu jeweils in sich abgeschlossenen Leistungsphasen zusammengefasst.“*

Für das Honorar für die Planung von Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen (Teil VII HOAI) sind 9 Leistungsphasen gebildet. Die darin aufgeführten Grundleistungen stellen keineswegs eine Beschreibung der Leistung dar. Vielmehr benennen sie lediglich das Ziel einer Leistung und müssten selbst eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, sollen sie adäquaten Anforderungen an VOB bzw. VOL standhalten. Warum das nicht ohne weiteres möglich ist, wird nachfolgend an einigen Beispielen verdeutlicht.

## Leistungsphase 1 – Grundlagenermittlung

Die Grundleistung ist hier auf das Klären der Aufgabenstellung gerichtet. In dem Kommentar von Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath „HOAI – Honorarordnung für Architekten und Ingenieure“ (8. Auflage 2006) heißt es zu dieser Grundleistung in § 15 HOAI:

*„Hier geht es um die Konkretisierung der Bauwünsche des Auftraggebers nach Verwendungszweck, Größe und Art des Gebäudes in Bezug auf das Baugrundstück, die bauordnungsrechtlichen und finanziellen Rahmenbedingungen sowie die technischen Möglichkeiten „im Groben“ mit dem Ziel, die Voraussetzungen für die Vorplanung (Leistungsphase 2) zu ermitteln.“*

Es ist nicht erkennbar, wie Art, Umfang und Qualität der hierfür erforderlichen Leistung beschrieben werden können, schon gar nicht eindeutig und so erschöpfend, dass alle Bewerber sie in gleichem Sinne verstehen können. Immerhin ist eine ausführliche Darstellung in einem Kommentar nötig, um zu verstehen, wozu es überhaupt gehen soll. Eine Kalkulationsgrundlage kann die Grundleistung also nicht sein. Auch der Kommentartext selber ist wieder auslegungsfähig und stellt selbst auch keine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung dar.

## Leistungsphase 2 – Vorplanung

Die Grundleistung umfasst hier das Erarbeiten eines Planungskonzepts, einschließlich der Untersuchung von alternativen Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen, mit zeichnerischer Darstellung und Bewertung unter Einarbeitung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter. Für eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung müsste angegeben werden, welcher Art, in welchem Umfang und in welcher Qualität das Planungskonzept dem Auftraggeber abzugeben ist. Es wäre zu beschreiben, welche Lösungsmöglichkeiten (Menge und Art) in welcher Qualität zu untersuchen sind. Und es müsste zumindest vorgegeben sein, welche Dritten an der Planung fachlich beteiligt sind und welche Beiträge sie liefern. Alles das ist bei der Angebotsanfrage bzw. bei Ausschreibung von Ingenieurleistungen ebenso unmöglich wie bei Auftragserteilung (Vertragsschluss).

Die Bezeichnung „Einarbeitung“ zum Beispiel sagt lediglich aus, dass irgendetwas bei der eigenen Leistungserbringung zu berücksichtigen ist. Inwieweit die eigene Leistung davon betroffen ist und welche Konsequenzen der fachliche Beitrag eines Dritten auf die technische Ausgestaltung des Bauwerks haben wird ist nicht bestimmt.

## Leistungsphase 3 – Entwurfsplanung

Zur Grundleistung zählen hier fachspezifische Berechnungen. Dabei ist nicht bestimmt, welcher Art diese Berechnungen sein sollen. Für die Planung eines

Kanalnetzes zum Beispiel sind verschiedene Berechnungsmethoden möglich. Auch der Umfang ist nicht bekannt und kann es nicht sein, weil die Bauteile (im Beispiel des Kanalnetzes die Anzahl der Kanalhaltungen, deren Lage und Längen etc.) im Rahmen der Planung erst ermittelt werden.

An diesen beispielhaft aufgezeigten Grundleistungen wird deutlich, dass eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung von Ingenieurleistungen nicht möglich ist. Dies ließe sich anhand der Grundleistungen aus den übrigen Leistungsphasen ebenso belegen und gilt auch für Bauüberwachungsleistungen. Wie viele Baustellenbesuche erforderlich sind und wie viele Abschlagsrechnungen des Bauunternehmens geprüft werden müssen, kann im Vorhinein ebenso wenig angegeben werden wie Art, Umfang und Qualität von Koordinierungsleistungen. Dies ist wesentlich von der Qualität der Bauausführung und damit vom Bauunternehmen selbst abhängig. Eine Ausnahme bildet lediglich die Leistungsphase 7 – Mitwirken bei der Vergabe. Hier kann beschrieben werden, wie die rechnerische Prüfung der Angebote oder das Aufstellen eines Preisspiegels zu erfolgen hat. Kombiniert mit einer vorab geschätzten Mengenangabe (es sollen zum Beispiel 10 Angebote rechnerisch geprüft werden) könnte hier tatsächlich nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen kalkuliert werden.

Leider hilft auch das konkret nicht weiter. Die HOAI gibt für die Leistungsphase 7 ein Honorar vor, dessen Höhe lediglich durch die Höhe der anrechenbaren Kosten und die zutreffende Honorarzone schwankt. Die HOAI formuliert eben keinen Aufwandsbezug. Es spielt schlicht keine Rolle, welche Aufwendungen das Ingenieurbüro tätigen muss, um die geforderte Leistung zu erbringen. Es muss zurzeit für eine nicht vorher bestimmbare Leistung mit demjenigen Honorar zu Recht kommen, dass der Verordnungsgeber für das Jahr 1996 für richtig erkannt hatte.

Diese Schwäche im System, nämlich nicht ausreichend beschreibbare Leistungen mit vorab festgelegtem Honorar zu belegen, kann auch und gerade durch vergaberechtliche Bestimmungen nicht wettgemacht werden. Den Ingenieuren ist schlicht die Möglichkeit genommen, für ihre Leistungen ein im Einzelfall angemessenes Honorar kalkulieren zu können.

Der oftmals zu beobachtende Versuch von Auftraggebern, dem Dilemma zu entkommen und für die Vergabe von Ingenieurleistungen eben doch ein Vergabe-

verfahren anzuwenden, zum Beispiel die VOL, muss ebenso scheitern wie der Versuch der Leistungsbeschreibung selbst. Ingenieurleistungen sind geistig-schöpferischer Natur. Sie sind im Vorhinein weder eindeutig noch erschöpfend beschreibbar und daher von den Bestimmungen der VOL ausgenommen. Dies ist in § 1 der VOL eindeutig geregelt.

## Die Auswahl des Ingenieurbüros

Bei der Vergabe von Ingenieurleistungen steht der Auftraggeber/Bauherr vor der Aufgabe, ein Ingenieurbüro auswählen zu müssen, das die beabsichtigten Leistungen erbringen kann. Im Rahmen einer sparsamen Haushaltsführung muss er das Bestreben haben, diese Leistungen preisbewusst zu vergeben.

Diese Aufgabe ist zunächst unabhängig davon, ob der Wert der zu vergebenden Ingenieurleistungen den für die Anwendung der VOF maßgeblichen Schwellenwert übersteigt oder nicht. Oberhalb dieses Schwellenwertes ist die Anwendung der VOF vorgeschrieben. Hieraus ergibt sich eine gewisse Formalisierung des Vergabeverfahrens. Unterhalb des Schwellenwertes sind die Bestimmungen des jeweiligen Landesvergabegesetzes mit seiner Wertgrenzenregelung zu beachten.

Diese Feststellungen helfen der ausschreibenden Stelle bei ihrer Bemühung zur Auftragserteilung nicht weiter. Sie wird daher im Zweifel eine Anfrage an mehrere Ingenieurbüros richten und um Angebote bitten. Bei dieser Anfrage kommt es ganz wesentlich darauf an, dass die wesentlichen Angaben zum Bauvorhaben gemacht werden, auch wenn sie keine eindeutige und erschöpfende Beschreibung darstellen können. Sie gehen hervor aus der Bedarfsplanung, die der Auftraggeber zuvor ausgearbeitet hat (z. B. nach DIN 18205). Hieraus ergeben sich die grundlegenden Anforderungen wie zum Beispiel:

- Lage des Bauvorhabens
- Anforderungen an die Größe
- Anforderungen an die Ausstattung
- Kostenrahmen
- Terminvorgaben und vieles mehr.

Diese Bedarfsplanung ist keineswegs Ersatz für eine Leistungsbeschreibung. Sie ist vielmehr Voraussetzung für die Objektplanung und hilft dem Ingenieurbüro, ein ausgewogenes Gesamthonorar zu ermitteln und dem Auftraggeber, die eingehenden Angebote besser vergleichen zu können.

## „Objektiviertes“ Vertrauen nötig

Der Auftraggeber muss die Entscheidung für das Ingenieurbüro seiner Wahl möglichst objektiv treffen. Hierauf ausgerichtet sind die Formalismen in den Vergabeverfahren. Dass dies eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung voraussetzt, wurde weiter oben ebenso dargelegt wie die Tatsache, dass dies bei geistig-schöpferischen Leistungen unmöglich ist. Die Entscheidung des Auftraggebers wird daher durch so genannte „weiche Kriterien“ bestimmt sein. Er benötigt nämlich das Vertrauen in seine Wahl ebenso, wie das Ingenieurbüro das Vertrauen in den Auftraggeber benötigt. Dieses Vertrauen ist nicht zu ersetzen. Es ist vorhanden oder nicht. Vergabestellen sei angeraten, dies nicht zu unterschätzen und diesbezügliche Aussagen der Fachabteilungen ernst zu nehmen. Vertrauen wird zum Beispiel gestützt durch Referenzen, Mundpropaganda, langjährige Geschäftsbeziehungen, eigene Erfahrungen, Erfahrungen von Kollegen u. a.

## Fazit

Ingenieurleistungen sind geistig-schöpferischer Natur und weder eindeutig noch erschöpfend beschreibbar. Die Bestimmungen des Vergaberechts helfen nicht weiter. Die Auswahl eines geeigneten Ingenieurbüros bleibt im alleinigen Verantwortungsbereich des Auftraggebers. Bei Anfragen an Ingenieurbüros sollen die Ziele des Auftraggebers/Bauherrn bestmöglich beschrieben werden, um eine Mindestvergleichbarkeit der Angebote herstellen zu können. Hierzu muss der Auftraggeber eine Bedarfsplanung vorher durchführen, zum Beispiel nach DIN 18205.

Zusammenfassend gilt, dass es bei der Auftragsvergabe von Ingenieurleistungen wesentlich auf das gegenseitige Vertrauen von Auftraggeber und Auftragnehmer ankommt, weil die Leistungen nicht eindeutig beschreibbar sind. Da Vertrauen in einem formalisierten Verfahren weder aufgebaut noch nachgewiesen werden kann, ist die freihändige Ver-

gabe für alle Ingenieurleistungen unterhalb der Schwellenwerte noch immer das beste Mittel. Selbstverständlich gilt dabei, dass die Begründung für die getroffene Entscheidung schriftlich niederzulegen ist, um die notwendige Transparenz bei der Vergabe zu gewährleisten.

Die oftmals gehörte Behauptung „wir schließen einen HOAI-Vertrag, und was zu tun ist, geht aus der HOAI hervor“ ist schlichtweg falsch. Eingangs ist bereits dargelegt, dass die Bestimmungen der HOAI ausschließlich Vergütungstatbestände darstellen. Sämtliche Leistungen sind in einem Vertrag zu regeln. Und um die Leistung und deren Beschreibung geht es bei der Vergabe vornehmlich. Soll sogar die grundlegende Lösungsmöglichkeit im Wettbewerb gefunden werden, so bietet sich ein Ingenieurwettbewerb auf der Grundlage der GRW 95 „Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe“ an.

## Eine Bemerkung zum Schluss

Im Rahmen der anstehenden nächsten Stufe der Vergaberechtsreform wird diskutiert, die VOF und die VOL zusammenzulegen durch Aufnahme der VOF in die VOL. Zum einen wird dem öffentlichen Auftraggeber damit die schwere Bürde auferlegt, Ingenieurleistungen eindeutig und erschöpfend beschreiben zu müssen, was er objektiv nicht kann. Zum anderen werden die Bestimmungen der VOL dann auf alle Ingenieuraufträge anzuwenden sein, die von den Wertgrenzen betroffen sind, also auch für kleinste Ingenieuraufträge mit einem Honorarvolumen von ca. 10.000 Euro. Die Erfahrung zeigt, dass hier der Aufwand deutlich größer ist als der Nutzen. Das Land Schleswig-Holstein hatte deshalb zuletzt seine Regelung zur Anwendung der VOF bei der Beauftragung von Ingenieurleistungen unterhalb des Schwellenwertes deutlich nach oben angepasst. Letztlich gilt: Ein rein redaktionelles Vereinheitlichen von VOF und VOL spart weder Papier noch erhöht es die Anwenderfreundlichkeit. Auf die Zusammenlegung von VOF und VOL sollte daher aus inhaltlichen und pragmatischen Gründen verzichtet werden.