

Die Situation ist also der bei § 2 VOB/B vergleichbar. Zu den Begrifflichkeiten sei klargestellt, dass die 6. HOAI-Novelle mit der Regelung in § 3 Abs. 2 den Begriff der Anderen Leistungen geschaffen hat, wobei diese solche Leistungen betreffen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden. Eine Abgrenzung der Anderen Leistungen von den Besonderen Leistungen dürfte praktisch nachrangig sein, da diese jeweils frei vereinbart werden können.

Nebenkosten

Nach § 14 Abs. 3 HOAI können Nebenkosten pauschal oder nach Einzelnachweis abgerechnet werden. Sie sind nach Einzelnachweis abzurechnen, sofern bei Auftragserteilung keine pauschale Abrechnung schriftlich vereinbart worden ist. Das hat zur Folge, dass auch in diesem Bereich ein Preiswettbewerb möglich ist, und zwar über die Höhe der zu pauschalisierenden Nebenkosten.

Grundlagen des Honorars

Wird eine Entlohnung des Architekten oder Ingenieurs über § 6 Abs. 1 HOAI (Kostenberechnung, hilfsweise Kostenschätzung oder Flächenmaßstab) vereinbart bzw. werden die Mindestsätze ohne ausdrückliche Honorarvereinbarung über § 6 Abs. 1 HOAI ermittelt, besteht ein Verhandlungsspielraum hinsichtlich des Preises nicht, weil dann zwingend die Honorartafeln zur Anwendung kommen.

Wird dagegen eine Kostenvereinbarung getroffen, stellt sich die Rechtslage anders dar. Zunächst ist erforderlich, dass in dem Architekten- oder Ingenieurvertrag die Klausel enthalten ist, „dass vorstehende Kostenvereinbarung ausschließlich zum Zwecke der Honorarberechnung getroffen wurde und nicht als Zusicherung bestimmter Baukosten zu verstehen ist“. Diese Klausel ist aus haftungsrechtlichen Gründen erforderlich, weil es keinen bezahlbaren Versicherungsschutz für die Einhaltung einer bestimmten Baukostensumme gibt. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass diese Klausel eigentlich nur der Klarstellung dient, da die HOAI als Preisrecht grundsätzlich keine schuldrechtlichen Gewährleistungsregeln (Baukostenzusicherung im Sinne einer Beschaffungsvereinbarung) enthält.

Voraussetzung der Kostenvereinbarung ist zunächst, dass es zum Zeitpunkt der Beauftragung (nicht des Vertragsschlusses) keine Planung als Voraussetzung für eine Kostenschät-

zung oder -berechnung gibt. Liegt diese Voraussetzung vor, können die Baukosten, die Grundlage des Honorars sind, weitgehend frei vereinbart werden. Es muss sich hierbei jedoch um „nachprüfbar“ handeln, da vermieden werden soll, dass das zwingende Preisrecht über den Umweg des § 6 Abs. 2 umgangen wird.

Zweifelhaft ist jedoch, wie die Baukosten „nachprüfbar“ sind. Der Verordnungsgeber hält es für zulässig, auf vergleichbare Referenzobjekte zurückzugreifen bzw. die Baukosten entsprechend der Bedarfsplanung nach DIN 18205 zu ermitteln. Möglich dürfte darüber hinaus auch sein, die Kosten nach dem Baukostenindex (BKI) zu ermitteln. Ob all diese Möglichkeiten praxistauglich sind, muss sich noch herausstellen. Problematisch dürfte zusätzlich sein, dass der Begriff „Baukosten“ in der HOAI nicht definiert wird. Handelt es sich hier um Kosten der Baukonstruktion (anrechenbare Kosten) oder um die Gesamtbaukosten?

Die Verfasser sind jedenfalls der Auffassung, dass sich in der Praxis ein prozentualer Wert herausbilden muss, bei dessen Unterschreitung die Umgehung des zwingenden Preisrechtes indiziert wird. Insoweit wird vorgeschlagen, eine Unterschreitung der mit einem Bauwerk typi-

scherweise verbundenen Kosten (Kosten der Baukonstruktion) um ca. 30 Prozent als noch angemessen anzusehen, weil der Planer durch intelligente Planung dem Bauherrn ein kostengünstiges Bauen in Aussicht stellen kann.

Steht fest, dass es einen Spielraum bei der Festlegung der Kosten bei der Kostenvereinbarung gibt, dann ergibt sich daraus zugleich, dass auch bei der Ausschreibung von Leistungen nach Teil 2–4 HOAI ein Preiswettbewerb möglich ist und künftig in geeigneten Fällen der Preis ein Wertungskriterium sein muss.

Fazit

Die HOAI 2009 hat weitgehende Spielräume für öffentliche Auftraggeber eröffnet. Für unter die Anlage 1 zur HOAI fallende Leistungen ist immer ein Preiswettbewerb herzustellen. Bei Ausschreibungen von Dienstleistungen an freiberuflich Tätige, die unter die Teile 2–4 HOAI fallen, ist für besondere und ergänzende Leistungen immer und für Nebenkosten in der Regel ein Preiswettbewerb herzustellen. Soweit eine Kostenvereinbarung getroffen werden soll, kann auch die Honorarvorstellung des Planers dem Preiswettbewerb unterstellt werden.

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

Update HOAI

Die wichtigsten Regelungen im Porträt – Teil 3 der neuen Serie „HOAI 2009“

Der dritte Teil der Serie zur neuen Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI 2009) widmet sich den preisrechtlichen Vorschriften, insbesondere zum Planen und Bauen im Bestand (Umbauzuschlag). Erste Erfahrungen im praktischen Umgang bestätigen die Vorbehalte gegen die Neuregelungen. Viele Formulierungen sind zu unbestimmt und zu stark auslegungsbedürftig. Erste Kommentare liegen vor. Unsere Serie soll helfen, die Anwendung der HOAI im Alltag der Ingenieure und der Auftraggeber zu vereinfachen.

Nachdem wir in den Teilen 1 und 2 (siehe Vergabenavigator 6/09 und 1/10) die Vorschriften der §§ 1 bis 11 HOAI besprochen haben, geht es diesmal um die restlichen Bestimmungen, soweit sie für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen bedeutsam sind. Zuvor betrachten wir

die Vorschriften zum Planen und Bauen im Bestand (Umbauzuschlag).

§ 35 Leistungen im Bestand

Der Verordnungsgeber hat die Vorschriften zum Umbauzuschlag grundlegend geändert. Im Vergleich zum § 59 HOAI

(alt) kann nun ein Umbauszuschlag bis zu 80 Prozent statt bisher 20–33 Prozent vereinbart werden. Sofern kein Zuschlag schriftlich vereinbart ist, fällt für Leistungen ab der Honorarzone II ein Zuschlag von 20 Prozent an. Dies war nach den bisherigen Regelungen erst ab dem „mittleren Schwierigkeitsgrad“, also der Honorarzone III, der Fall.

Durch die neue Vorschrift wurde der Umbauszuschlag erheblich aufgewertet. Dazu kommt, dass nach der Begriffsbestimmung in § 2 Nr. 6 das Kriterium „wesentlich“ weggefallen ist (siehe Vergabenavigator Nr. 6/09) und nun ein „einfacher“ Eingriff in Konstruktion oder Bestand ausreicht, um den Umbauszuschlag zu begründen. Dieser „einfache“ Eingriff dürfte bei nahezu jedem Vorhaben der Fall sein, d.h., der Umbauszuschlag wird fast immer zu vereinbaren sein. Um die Wichtigkeit des Umbaus auszudrücken, wurde dieses Kriterium auch im § 6 (Grundlagen des Honorars) neben den anrechenbaren Kosten, dem Leistungsbild, der Honorarzone und der jeweiligen Honorartafel als fünfter grundsätzlicher Faktor zur Bestimmung des Honorars gegenüber der HOAI 1996 neu aufgenommen.

Der Verordnungsgeber hat damit auf die tatsächlichen Anforderungen in der Praxis reagiert. Diese sind nämlich geprägt vom Planen und Bauen im Bestand.

Die Erhöhung des Umbauszuschlages auf bis zu 80 Prozent ist dabei allerdings keine Wohltat des Verordnungsgebers. Vielmehr ist dies ein dringend erforderlicher Ausgleich für die nun nicht mehr zu berücksichtigende „vorhandene Bausubstanz“. Nach § 10 Abs. 3a HOAI (alt) war nämlich „vorhandene Bausubstanz“, die bei der Planung technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wurde, bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen. Dies war eine MUSS-Vorschrift und konnte nicht abbedungen werden. Zudem konnte nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der Wert der vorhandenen Bausubstanz nicht mit Null vereinbart werden. Er war vielmehr objektiv zu bestimmen. Diese „alte“ Vorschrift wurde in der Praxis der Ingenieurverträge aus Gründen des Wettbewerbsdrucks nicht immer beachtet. Etliche Ingenieure haben die Anpassung der anrechenbaren Kosten in Gerichtsverfahren im Nachhinein sehr erfolgreich durchgesetzt. Hierauf bezieht sich der Verordnungsgeber in seiner amtlichen Begründung zur HOAI 2009. Er schreibt zu § 35:

„Die Regelung des bisherigen § 10 Absatz 3a hat in der Vergangenheit vielfach zu Rechtsstreitigkeiten geführt. Es wurde

daher eine Zusammenführung der bisherigen Regelungen vorgenommen. Um auch Änderungen an der vorhandenen Bausubstanz in der Regelung zum Umbauszuschlag mit zu erfassen, wurde zum einen die Definition der Umbauten in § 2 Nummer 6 weiter gefasst und die Marge, in der ein Zuschlag vereinbart werden kann, auf 20 bis 80 Prozent, statt bisher 20 bis 33 Prozent, erweitert.“

Aus dieser Begründung ergibt sich:

- Die Berücksichtigung vorhandener Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten ist nicht mehr preisrechtlich erfasst. Die vorhandene Bausubstanz ist in der HOAI nicht mehr aufgeführt.
- Die vorhandene Bausubstanz soll bei der Vereinbarung des Umbauszuschlages berücksichtigt werden. Die Vertragspartner sollen also die Höhe des Umbauszuschlages u.a. am Umfang (Wert) der zu berücksichtigenden Bausubstanz ausrichten.
- Der Wegfall des Kriteriums „wesentlich“ bei der Definition des „Umbaus“ (siehe § 2 Nr. 6 HOAI) ist bewusst erfolgt.
- Es soll bei einem Mindestsatz für den Umbauszuschlag i.H.v. 20 Prozent bleiben. Während im Verordnungstext steht „... bis zu 80%“, heißt es in der amtlichen Begründung „20 bis 80%, statt bisher 20 bis 33%“.

Leider hat der Verordnungsgeber versäumt, diese wichtige Vorschrift in den allgemeinen Teil (Teil 1) der HOAI vorzuziehen. Für die Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen sowie die Fachplanungen werden daher Querverweise benötigt. Sie sind zu finden in den §§ 42 (2), 46 (3), 49 (3) und 53 (3) HOAI.

Nach Inkrafttreten der neuen HOAI wurde zunächst diskutiert, ob es beim Umbauszuschlag tatsächlich einen Mindestsatz gibt oder ob die Formulierung im Verordnungstext „...bis zu 80%“ eine Vereinbarung mit null % zulassen würde. Dies ist nun geklärt.

„Aus der amtlichen Begründung ergibt sich nicht, dass der Verordnungsgeber hier eine Öffnung nach unten vornehmen wollte. Auch weist § 35 Abs. 1 S. 2 darauf hin, dass die Untergrenze von 20% weiter gilt. Wenn schon ohne jede Vereinbarung ein Umbauszuschlag von 20% anzusetzen ist, muss dies erst recht im Falle einer Honorarvereinbarung gelten.“

(Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 10. Auflage, zu § 35 Rd.-Nr. 15)

Für den Umbauszuschlag gilt damit nach wie vor ein Mindestsatz i.H.v. 20 Pro-

zent. Die Kommentatoren schreiben weiter (a.a.O.):

„... Kann der Architekt trotz der Vereinbarung eines niedrigeren Zuschlages den Mindestzuschlag von 20 % verlangen...“

Aus § 35 Abs. 2 ergibt sich, dass der Umbauszuschlag nur bei den anrechenbaren Kosten und Leistungsphasen anzuwenden ist, die dem Umbau sinngemäß zuzuordnen sind.

Insgesamt ist für die Vertragspartner nun ein großer Verhandlungsspielraum für den Umbauszuschlag geschaffen worden. Leider ist davon auszugehen, dass es in der Regel, wenn überhaupt, beim Mindestsatz bleiben und die Berücksichtigung vorhandener Bausubstanz sich in der Höhe des Umbauszuschlages nicht wiederfinden wird. Das wird allerdings für den Auftraggeber nachteilig sein. Schließlich hat er ein großes Interesse daran, möglichst viel vorhandene Bausubstanz weiterhin zu verwenden. Dann aber müssen die hierauf bezogenen Leistungen auch honoriert werden. Der Verordnungsgeber hat hier keinen notwendigen Anreiz geschaffen und man kann die Vorwürfe schon hören: „Ingenieure reißen lieber ab und bauen neu, weil das mehr Honorar bringt.“ Wenn es so kommt, dann ist das auf Auftraggeberverhalten zurückzuführen. Es bleibt daher, den Vertragspartnern eine glückliche Hand und Weitblick und Bereitschaft zur Übernahme von Verantwortung bei den Vertragsverhandlungen zu wünschen, insbesondere bei der Höhe des Umbauszuschlages.

Das **Rechenbeispiel** zeigt, worum es geht.

Umbau eines vorhandenen Objekts

Alte HOAI

Herstellungskosten 2,0 Mio. Euro
 vorh. Bausubstanz 1,0 Mio. Euro
 Su. anrechenbare Kosten 3,0 Mio. Euro
 Honorarzone 3 – Mindestsatz
 100% Honorar = 146.822,- Euro
 Umbauszuschlag 20% = 29.364,40 Euro
 Summe Honorar = 176.186,40 Euro

Neue HOAI

Herstellungskosten 2,0 Mio. Euro
 vorh. Bausubstanz 0,0 Euro
 Su. anrechenbare Kosten 2,0 Mio. Euro
 Honorarzone 3 – Mindestsatz
 100 % Honorar = 117.725,- Euro
 Umbauszuschlag 20% = 23.545,00 Euro
 Summe Honorar = 141.270,00 Euro

Die neue HOAI führt zu einem geringeren Honorar in Höhe von 34.916,40 Euro.

Der Umbauschlag bei der neuen HOAI müsste 49,66 Prozent betragen, um diesen „Verlust“ zu kompensieren. Das Beispiel zeigt, welche Verantwortung die Vertragspartner bei der Verhandlung des Umbauschlages haben und welche Rolle die vorhandene Bausubstanz bei der Berechnung des Honorars tatsächlich spielt.

§ 41 Besondere Grundlage des Honorars (für Ingenieurbauwerke)

Zunächst fällt auf, dass bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten eine Umkehr der Berechnungsrichtung stattgefunden hat. Waren nach der alten HOAI (§ 52) anrechenbare Kosten stets die Herstellungskosten des Objekts, von denen die „nicht anrechenbaren Kosten“ und die „bedingt anrechenbaren Kosten“ (Abs. 6 und 7 des § 52) abzuziehen waren, sind nunmehr anrechenbar die Kosten der „Baukonstruktion“, zu denen gemäß § 41 Abs. 2 und 3 andere Kosten hinzuzurechnen sind. Es handelt sich lediglich um eine neue „Richtung“ zur Ermittlung der anrechenbaren Kosten (von unten nach oben, statt von oben nach unten). Am Ergebnis ändert dies nichts.

Der Begriff der „Baukonstruktion“ entspricht der DIN-276-Kostengruppe 300. Der Ordnungsgeber hat durch die Übernahme der Bezeichnungen aus der DIN 276 für eine dankenswerte Klarheit gesorgt. Anrechenbar bei Ingenieurbauwerken sind also zunächst alle Kosten, die der Kostengruppe 300 zuzuordnen sind.

Aus § 41 Abs. 2 ergibt sich, dass bestimmte Kosten nur teilweise anrechenbar sind, also ggf. abgemindert werden müssen. Dies gilt für die Kosten der Technischen Ausrüstung (Teil 4 HOAI) und entspricht dem alten § 10 Abs. 3a. Es bleibt aber dabei, dass zum Beispiel zu den anrechenbaren Kosten eines Objekts „Pumpstation“ die Kosten der Technischen Ausrüstung (zum Beispiel E-Technik) gehören, ggf. abgemindert gemäß § 41 Abs. 2 HOAI. Dies gilt selbstverständlich unabhängig davon, wer die Anlagen der E-Technik fachlich plant und/oder überwacht.

Ausgenommen von dieser Regel sind lediglich die Anlagen der Maschinentechnik, § 41 Abs. 3 Nr. 5. Dies ergibt sich aus § 41 Abs. 1 Satz 1. Hier ist allerdings ein Schreibfehler in der Verordnung. Statt Nr. 7 muss es richtig Nr. 5 heißen. Die Anlagen der Maschinentechnik

gehören zu den anrechenbaren Kosten des Objekts bereits dann, wenn der Auftragnehmer (Ingenieur) sie plant und/oder überwacht. Auf eine „fachliche“ Planung wie bei den Anlagen der Technischen Ausrüstung kommt es hier gar nicht an. Anlagen der Maschinentechnik sind zum Beispiel eine Räumbrücke bei einer Kläranlage oder ein Notstromdiesel, eine Kammerfilterpresse u.Ä.

Die Anlagen der Verfahrens- und Prozesstechnik gehören nicht zur Maschinentechnik. Vielmehr sind sie bei der technischen Ausrüstung erfasst. Dies ergibt sich aus § 51 Abs. 2 Nr. 7 HOAI. Bei den dort aufgeführten „nutzungsspezifischen Anlagen“ handelt es sich gem. DIN 276 Teil 4 – Ingenieurbau, in Kostengruppe 470, um „Verfahrenstechnische Anlagen“, insbesondere Anlagen für infrastrukturelle Verfahren wie Wassergewinnung, Abwasserbehandlung und -entsorgung, Reststoff- und Abfallbehandlung sowie -entsorgung. Die in § 51 Abs. 2 HOAI aufgeführten 8 Anlagengruppen entsprechen nach der amtlichen Begründung zu § 51 genau den 8 Anlagengruppen der DIN 276. Damit steht fest, dass das Honorar für die Anlagen der Verfahrens- und Prozesstechnik (Kostengruppe 470 DIN 276-4) nach Teil 4 HOAI – Technische Ausrüstung – zu ermitteln ist.

„Die Verfahrens- und Prozesstechnik ist nämlich unter die Kostengruppe 470 Nutzungsspezifische Anlagen einzuordnen. Soweit der Auftragnehmer für die Verfahrens- und Prozesstechnik Leistungen erbringt, steht ihm dafür ein Honorar nach Maßgabe der §§ 51 ff. zu. Es handelt sich dabei nämlich um Leistungen aus Teil 4 Abschnitt 2 der HOAI, welche als Leistungen selbstständig zu vergüten sind.“ (Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 10. Auflage, zu § 40 Rd.-Nr. 35)

In der Praxis taucht immer wieder die Frage auf, was zu den Anlagen der Verfahrens- und Prozesstechnik gehört. Hier hilft ein Blick in die amtliche Begründung zur HOAI 1996, wonach zum Beispiel Pumpen, Rohrleitungen und Schieber zur V.+P.-T. gehören, ebenso wie Anlagen der MSR-Technik (Messen, Steuern, Regeln), Schaltwarten etc., aber auch Schieber, Schütze, Schlammabzug, Kompressoren, Ablaufrinnen, Luftfilter bzw. -leitungen, Gebläse, Schwimmschlammabzug, Prozessleitsysteme usw. Es ist zu erwarten, dass durch die neue Regelung, nämlich dass die Anlagen der Verfahrens- und Prozesstechnik zu der Technischen Ausrüstung gem. Teil 4 HOAI gehören, endlich etwas Ruhe bei den Vertragsverhandlungen zu diesem

Punkt erreicht wird. Selbstverständlich gehören die Kosten der Verfahrens- und Prozesstechnik nach § 41 Abs. 2 auch zu den anrechenbaren Kosten des Objekts und sind ggf. nach der Vorschrift in § 41 Abs. 2 abzumindern.

§ 44 Anwendungsbereich (Verkehrsanlagen)

Bei den Verkehrsanlagen hat der Ordnungsgeber eine Neuerung eingeführt. Nicht mehr erfasst sind gem. § 44 Nr. 1 selbstständige Rad- und Gehwege sowie Wirtschaftswege. Während für die selbstständigen Rad- und Gehwege (mit eigener Achse und Gradienten) in der alten HOAI in § 52 Abs. 9 eine Sonderregelung enthalten war, wonach das Honorar für diese Anlagen frei vereinbart werden konnte, gilt dies nun auch für die Wirtschaftswege. Die landwirtschaftlichen Wirtschaftswege sind nämlich für regelmäßigen Fahrverkehr geeignet, dazu ja gerade angelegt. Sie fallen damit nicht unter die Freianlagen nach § 37 Abs. 1 Nr. 8 HOAI.

Die Lex Wasserbau ist tot

Die HOAI 1996 sah in § 55 Abs. 4 vor, dass die Leistungen zur Ausführungsplanung bei Anlagen der Wasser- und Abfallwirtschaft mit mehr als 15 Prozent bis zu 35 Prozent vereinbart werden konnten. Diese Möglichkeit ist nun leider entfallen. Auch wenn es sich um eine reine Kann-Bestimmung gehandelt hatte, zeigte die Bestimmung doch auf, dass die Ausführungsplanung für solch komplexe und komplizierte Vorhaben schwieriger ist als zum Beispiel für eine Straße. Der Ordnungsgeber hat diese Bestimmung zur Erhöhung der Ausführungsplanung in die unverbindliche Anlage 2 „Besondere Leistungen“ verschoben und dort unter 2.8.5 aufgeführt. Dies ist aber lediglich ein Hinweis, zumal der Katalog der Besonderen Leistungen nicht abschließend ist (vgl. § 3 Abs. 3 HOAI) und beliebige weitere Leistungen als Besondere Leistungen vereinbart werden können. Etwas deutlicher ist der Bundesbauminister in seinem Einführungsbeschluss zur neuen HOAI. Er schreibt dort auf Seite 10 zu

2. § 55 Abs. 4 – (erhöhter Aufwand bei Planungen)

Satz 1 berücksichtigte die Möglichkeit, schwierige wasser-, abwasser- und abfalltechnische Objekte, die einen extrem hohen Aufwand bei der Ausführungsplanung erfordern, der mit dem Teilleistungssatz der Leistungsphase 5 nicht gedeckt ist, mit mehr als 15 bis zu 35 Prozent zu bewerten und vertraglich zu

vereinbaren. Diese Regelung wurde unter Punkt 2.8.5 der Besonderen Leistungen im Bereich Ingenieurbauwerke aufgenommen, um zu verdeutlichen, dass diese Leistung nicht mit dem Teilleistungssatz der Leistungsphase 5 des § 42 Abs. 1 abgedeckt ist.

Der Einführungserslass steht zum Download bereit, z.B. unter <http://aho.de/aktuelles/index.php3>

Im vierten und letzten Teil zur neuen HOAI in der nächsten Ausgabe des Vergabenavigators werden die Zeitho-

norare sowie die Vergütung der Leistungen zur Örtlichen Bauüberwachung aufgearbeitet. Beide sind vom Preisrecht nicht mehr erfasst. Das Honorar kann jeweils frei vereinbart werden. Dabei ist einiges zu beachten.

■ *Dipl.-Ing. Sebastian Lauff, Architekt, Köln*

Die Herrin des Verfahrens

OLG München: Vergabestelle muss Vergabe selbst verantworten – Die Rolle der Projektsteuerer

Zunehmend bedienen sich Vergabestellen Projektsteuerungsbüros, die sie bei der Durchführung von Vergaben unterstützen sollen. Hintergrund ist, dass diese Fachkenntnisse und Sachverstand besitzen, die der Vergabestelle selber oftmals fehlen. Probleme bereitet in der Praxis aber, dass die Vergabestelle die wesentlichen Entscheidungen eines Vergabeverfahrens eigenverantwortlich treffen muss. Dazu zählen zum Beispiel die Wertung der Angebote sowie die Zuschlagsentscheidung. Das beauftragte Projektsteuerungsbüro kann und darf hier nur unterstützend und vorbereitend tätig werden – wie das Oberlandesgericht (OLG) München in einem Beschluss vom 29. September 2009 (Verg 12/09) bekräftigt.

Der Sachverhalt

Eine Vergabestelle schrieb ein Verhandlungsverfahren im Sektorenbereich europaweit aus. Für die Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte sie ein Projektsteuerungsbüro. Es gingen vier Teilnahmeanträge ein, von denen zwei Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden. Das Projektsteuerungsbüro teilte daraufhin der späteren Antragstellerin mit, dass die Vergabestelle den Zuschlag an einen anderen Bieter erteilen werde. Eine Wertung der Angebote sowie eine Zuschlagserteilung durch die Vergabestelle selbst waren aus den Vergabeakten nicht ersichtlich. Die Antragstellerin rügte daraufhin die beabsichtigte Vergabe und stellte einen Nachprüfungsantrag. Dieser wurde als unzulässig zurückgewiesen. Dagegen legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein.

Die Entscheidung

Die sofortige Beschwerde hatte Erfolg. Das OLG führt zunächst aus, dass die Antragstellerin ihrer Pflicht zur unverzüglichen Rüge gemäß § 107 Absatz 3 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nachgekommen ist. Hier habe sich nämlich lediglich der Projektsteuerer und nicht die Vergabestelle selber zur Rüge der Antragsgegnerin geäußert. Aus diesem Grunde greife

die Vorschrift des § 107 Absatz 3 Nr. 4 GWB nicht ein.

Darüber hinaus stellt das OLG fest, dass die Vergabestelle keine eigene Wertung vorgenommen und keine eigenständige Zuschlagsentscheidung getroffen hat. Dieser Punkt sei zwar nicht gerügt worden, aber das Gericht habe die Pflicht, für die Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens zu sorgen. Es erforsche daher den Sachverhalt von Amts wegen, § 110 GWB. Hier trete offensichtlich zu Tage, dass die Vergabestelle als öffentlicher Auftraggeber weder eine Wertungs- noch eine Zuschlagsentscheidung getroffen hat.

Das Gericht betont, dass es der Vergabestelle zwar nicht verwehrt sei, sich bei der Durchführung der Ausschreibung der Hilfe von Sachverständigen bzw. Projektsteuerungsbüros zu bedienen, die über einen qualifizierten Sachverstand verfügen. Nicht zulässig sei es allerdings, die Verantwortung für die Vergabe an die Sachverständigen zu übertragen. Dies sei die ureigene Pflicht und Verantwortung des öffentlichen Auftraggebers und damit der Vergabestelle selbst. Insofern genüge die Genehmigung der Wertung durch das Projektsteuerungsbüro und dessen Zuschlagsvorschlag, welche zumindest durch einen billigenden Prüfungsvermerk mit verantwortlicher Unterschrift zum Ausdruck kommen muss.

Daran fehle es im vorliegenden Fall. Das bedeute, dass bisher noch gar keine verbindliche Wertung stattgefunden und keine verbindliche Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist.

Letztlich fehle es auch an einem Vergabevermerk. An eine Dokumentation seien zwar bei einer Ausschreibung nach den Sektorenvorschriften nur geringe Anforderungen zu stellen, doch liege hier nur ein Prüfbericht des Projektsteuerers vor. Ohne ausreichende Dokumentation sei auch in einem Sektorenverfahren das Transparenzgebot nicht eingehalten.

Praxishinweise

Die Entscheidung zeigt, dass die Vergabestelle Herrin des Vergabeverfahrens ist und dieses eigenverantwortlich durchzuführen hat. Wenn sich eine Vergabestelle bei der Durchführung der Vergabe eines Dritten bedient, muss sie darauf achten, dass sie die wesentlichen Prozessschritte des Vergabeverfahrens selbst verantwortet. Die Vergabestelle tut also gut daran, die Vorschläge des beauftragten Dritten zu billigen und eine entsprechende Dokumentation im Vergabevermerk vorzunehmen. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Vergabe einem Nachprüfungsverfahren nicht standhält.