

Weg ohne Ziel

Die Vergabe von Planungsleistungen verkommt zum Selbstzweck



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, inside, Büsum

Wettbewerb und Transparenz haben oberste Priorität wenn es um Beschaffung geht. Allumfassender Wettbewerb ist eine dogmatische Forderung zum scheinbaren Vorteil und zum scheinbaren Schutz von Auftragnehmern und Auftraggebern. In einem unendlichen Markt kann jeder das Gewünschte finden und zu dem Preis, der seinen Anforderungen gerecht wird. Die für die Auswahl, also für die Vergabe erforderliche Verantwortung bleibt dabei auf der Strecke. Sie wird ersetzt durch die Forderung nach absoluter Transparenz. Wie die Verfahren zur Vergabe von Planungsleistungen zum Selbstzweck verkommen und warum Verträge keine Rolle mehr spielen – eine Bestandsaufnahme.

Es ist nicht leicht einen Auftrag zu vergeben und es ist genauso schwierig, einen Auftrag zu erhalten. Der Auftraggeber sucht das beste Angebot zu den besten Bedingungen. Der Auftragnehmer sucht Aufträge.

Mehr Wettbewerb

Nach den Gesetzen der Marktwirtschaft steigt der Wettbewerb mit der Zahl der Anbieter. Die Zahl der Anbieter wiederum steigt mit der Attraktivität des Marktes. Glaubt jemand, dass er in einem bestimmten Marktsegment Geld verdienen kann, so bietet er entsprechende Waren oder Leistungen an. Im Prinzip gilt das in gleichem Maße auch für Dienstleistungen und für Planungsleistungen. Auftraggeber haben also Interesse an einem möglichst großen Kreis von Anbietern. Das bringt dann mit sich, dass die Preise sinken. Leider hat dies aber eine natürliche Grenze, nämlich die, dass niemand auf Dauer ohne Gewinn arbeiten kann. Naturgemäß müssen auch Planungsbüros Gewinn erwirtschaften, sonst verschwinden sie vom Markt.

Auftraggeber müssen also schauen, dass sie Aufträge nicht an Dumping-Anbieter erteilen. Wie aber erkennt man das?

Das europäische und das deutsche Vergaberecht haben eine Fülle von Regeln entwickelt, die Auftragnehmer und Auftraggeber gleichermaßen schützen sollen. Das geschieht stets über eine Pflicht dies oder jenes zu tun. Zum Beispiel müssen die ausgeschriebenen Leistungen eindeutig und erschöpfend beschrieben, die ein-

gegangenen Angebote sind rechnerisch, technisch und wirtschaftlich zu prüfen und die Eignung der Anbieter ist zu prüfen. Allein über die Eignungsprüfung, zulässige und unzulässige Eignungsnachweise, die Möglichkeit fehlende Eignungsnachweise nachfordern zu dürfen oder die Zulässigkeit der Aktivierung von Eignungskriterien auf der zweiten Stufe (was auch immer das sein mag) ließen sich mehrere Hefte dieser Zeitschrift füllen. Die Regeln sind also auslegungsbedürftig und weil sie unmittelbar Auftragsvergaben ermöglichen oder verhindern, achten die Anwender sehr darauf, dass diese Regeln eingehalten werden, auch wenn dies die geplante Vergabe verhindert. Das ist die Kehrseite des modernen Wettbewerbs.

Für Planungsleistungen gilt dies in dem gleichen Maße wie für die Beschaffung von Besenstielen. Je mehr Wettbewerb es gibt, umso größer sind die Anforderungen die der Auftraggeber erfüllen muss, um den Anbietern gerecht zu werden.

Nun kann man sagen, „das sind die Geister die ich rief ...“. Aber das greift natürlich auch zu kurz. Dennoch ist die Frage zu stellen, wie viele Angebote sollte ein öffentlicher Auftraggeber denn einholen wenn er z.B. beabsichtigt die Planungsleistungen für eine Straße zu vergeben? Der Schwellenwert wird z.B. nicht erreicht, eine Vergabe nach der VOF ist nicht erforderlich. „Wir müssen immer mind. drei Angebote einholen“ hört man oft. Mit welchem Ziel? Keine Antwort. Natürlich geht es um den Preis, warum auch nicht. Natürlich ist der Preis ein

wesentliches Vergabekriterium. Nur in Nordrhein-Westfalen nicht. Dort wird bereits gefrotzelt, dass durch das neue Gesetz zur Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tarifreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG-NRW, vom 10.01.2012) der Preis womöglich zum vergabefremden Kriterium mutiert.

Zurück zum Thema. Der Preis ist das Ziel. Um ihn aber in den Angeboten eindeutig und vergleichbar identifizieren zu können muss auch die Leistung eindeutig und klar beschrieben werden. Daran mangelt es aber in der Regel. Die Aufgabe lautet lapidar: „Planung einer Straße.“ Darauf gehen sehr unterschiedliche Angebote ein und dasjenige mit dem niedrigsten Preis erhält den Zuschlag. Das ist die Regel zurzeit in Deutschland.

Möglicherweise wurden die Bedingungen des Vergaberechts beachtet. Möglicherweise wurde ein breiter Wettbewerb durchgeführt. Möglicherweise wurde alles genau dokumentiert. Aber leider wurde wie viel zu oft ein nur ungenau beschriebener Auftrag erteilt zu einem Preis, der nicht auskömmlich ist.

Der Fehler liegt immer darin, dass

- der Auftraggeber nicht wusste was er wollte (eine Bedarfsplanung lag nicht vor);
- der Auftraggeber den Leistungsteil der Angebote nicht vergleichbar gemacht hat (das ist auch schwierig bei geistig-schöpferischen Leistungen), und
- die Bieter mit einer kreativen Angebotsgestaltung ihren Vorteil suchten.

Im Ergebnis führt der Wettbewerb dazu, dass der Auftraggeber etwas erhält was er besser hätte erhalten können. Ein Zitat des britischen Sozialphilosophen John Ruskin aus dem 19. Jahrhundert beschreibt die Situation treffend:

„Es ist unklug, zu viel zu bezahlen, aber es ist noch schlechter, zu wenig zu bezahlen. Wenn Sie zu viel bezahlen, verlieren Sie etwas Geld, das ist alles. Wenn Sie dagegen zu wenig bezahlen, verlieren Sie manchmal alles, da der gekaufte Gegenstand die ihm zugedachte Aufgabe nicht erfüllen kann.“

Nach den Gesetzen der Ökonomie ist es unmöglich, wenig zu bezahlen und dafür viel zu bekommen. Wenn Sie bei dem Anbieter mit dem niedrigsten Preis kaufen, sollten Sie immer eine Summe hinzu rechnen, um das Risiko auszugleichen, das Sie damit eingehen. Wenn Sie das aber tun, haben Sie eigentlich genug



*Geld, um gleich mehr für eine bessere Qualität zu zahlen.“ (John Ruskin [*1819; †1900])*

Das Problem besteht darin, dass die alte Formel „teurer = besser“ auch nicht mehr gilt. Einfach nur mehr Geld bezahlen ist nicht die Lösung des Problems. Aber einfach nur mehr Wettbewerb fordern eben auch nicht.

Mehr Wettbewerb hilft den großen Anbietern. Sie haben dann ungehinderten Zugang zum Markt, immer und überall. Sie können es sich leisten Mitarbeiter zu beschäftigen, die permanent den Markt durchforsten und nach Möglichkeiten suchen, die eigenen Leistungen anzubieten. Sie erhalten dann in der Regel wegen der erdrückenden Zahl von Referenzen den Auftrag. Für die örtlichen/regionalen Anbieter heißt dies, dass sie entweder leer ausgehen oder als Sub für den Großen arbeiten dürfen, und zwar zu dessen Konditionen, weitab von einer auskömmlichen Vergütung. Aber alle Regeln des Vergaberechts wurden eingehalten und, tja, das ist halt so. Ist das wirklich so? Können wir zufrieden sein mit der Erkenntnis, dass der stete Ruf nach immer mehr Wettbewerb zu Verhältnissen führt die wir andererseits bedauern? Natürlich können wir nicht zufrieden sein. Aber was sollen wir tun? Sind die Planungsbüros nicht selber schuld? Es wurden doch alle Regeln beachtet.

Eben, das ist das Problem. Das Einhalten der Regeln ist zum Selbstzweck geworden.

„Wenn wir uns an die HOAI halten würden, hätten wir keine Probleme“

So hört man oft. Auf Nachfrage heißt es zumeist: „Da steht drin was zu tun ist und der Preis steht auch fest.“ Eben nicht möchte man immer und immer wieder sagen. Was zu tun ist, also womit der Planer beauftragt ist, steht nur im Ingenieurvertrag und nicht in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI).

An diesem Basiswissen mangelt es, auf Seiten der Auftraggeber ebenso wie auf Seiten der Planer. Planungsleistungen sind immer ein Prozess, komplex und kompliziert. Ein unterirdischer Tunnel in Stuttgart ist ein Bauwerk das unendlich vielen Randbedingungen unterliegt. Da sollen Züge mit 300 km/h in engen Tunnelröhren fahren. Wie sind eigentlich die geologischen Bedingungen? Was ist mit dem Grundwasser? Wem gehört eigentlich das Grundstück an der Oberfläche? Was steht denn auf dem Grundstück? Wie sollen die Rettungswege geplant

werden? Und so weiter und so weiter. Am Ende kommt man auch zu den Bäumen im Schlossgarten, die spielen eben auch eine Rolle.

Für eine Schule in Hattingen oder ein Radweg in Mecklenburg-Vorpommern gelten aber die gleichen Regeln. Auch diese Maßnahmen sind oftmals komplex und kompliziert. Und alle werden nach den gleichen Regeln vergeben und geplant. Die Planungsaufträge sind wesentlich beeinflusst von

- dem Vergaberecht (unter oder über dem Schwellenwert, freihändige Vergabe oder nach VOF, Wertgrenzen der Bundesländer, eigene Festlegungen z.B. mind. drei Angebote, usw.);
- dem Vertragsrecht (Werkvertrag/Ingenieurvertrag, schlechte Vertragsmuster, etc.) und
- dem Preisrecht (HOAI, fehlende Bedarfsplanung, Mindestsatzunterbreitungen, u.a.m).

Das eigentliche Ziel des Preisrechts, nämlich einer Leistung einen bestimmten Preis zuzuordnen, wird oftmals nicht erreicht, weil sich Auftraggeber und Auftragnehmer nicht daran halten. Die einen tun dies, um zu möglichst niedrigen Preisen „einzukaufen“. Die anderen tun dies, um Aufträge zu erhalten.

Mehr Transparenz

Alles muss transparent sein. Jeder muss immer und überall prüfen können, ob auch alles mit rechten Dingen zugeht. So richtig diese Grundforderung auch ist, so sehr bleibt es ein Wunschdenken. Wenn es anders wäre, dann gäbe es keine Verfehlungen mehr. Die gibt es aber, und zwar nicht nur am Bau, sondern auch bei Ärzten und Apothekern, Handwerkern, Politikern und Industrieunternehmen, national und international, im Fußball, beim Radsport und, und, und. Und das Transparenzgebot hat daran nichts geändert. Nur der Aufwand ist immens gestiegen.

Mehr Wettbewerb bedeutet auch mehr Transparenz. Denn, Wettbewerb im Verborgenen hat keinerlei Nutzen. Mehr Transparenz führt zu mehr Dokumentation. Denn die Vorgänge müssen nachprüfbar sein, sonst sind sie nicht transparent. Mehr Dokumentation führt zu mehr Bürokratie, die wir eigentlich abbauen wollten. Mehr Bürokratie führt zur Ineffizienz. Heißt das nun, das Vergabewesen führt zur Ineffizienz? Das kommt darauf an wie man Effizienz definiert.

Sicher aber ist, dass wir mittlerweile für das gleiche Bauvolumen deutlich mehr Personen im Vergabewesen beschäftigen als vor 20 Jahren. Dazu zählen Vergabestellen, Anwälte, Berater, Vergabekammern u.a.m. Und wo liegt der Vorteil? Was ist besser geworden als es vor 20 Jahren war?

Die Angebotspreise sind nicht gesunken, denn der Aufwand für die Vergabeverfahren muss in den Preiseinkalkuliert werden. Das gilt für die Bauwirtschaft aber bei den Planern geht das nicht. Denn da liegen die Preise ja fest, in der HOAI. Und zu keiner Zeit hat es eine Anhebung der verordneten Honorare wegen gestiegener Anforderungen bei der Vergabe gegeben. Die Aufwendungen der Vergabeverfahren mindern also das Honorar der Planer.

Auf der Auftraggeberseite ist auch ein erhöhter Aufwand zu verzeichnen. Worin liegt eigentlich der Vorteil? Betreiben wir Transparenz um der Transparenz Willen?

Die Präsentation

Für Planungsleistungen gilt: „Je besser sich der Planer präsentiert, desto eher erhält er einen Auftrag.“ Dies gilt erst recht bei VOF-Verfahren. Bilder sagen mehr als tausend Worte. Wer selbstbewusst und professionell auftritt und eine gute und geschickte Präsentation seines Angebotes vorführt – gewinnt. Dass diese Präsentation teuer ist und irgendwo bezahlt werden muss, geht unter. Eine Bieterpräsentation in einem VOF-Verfahren kostet zwischen 5.000,- und 35.000,- €. Da ist die Frage schon erlaubt worin der Vorteil einer Präsentation auf Seiten des Auftraggebers liegt. Wollte man den potenziellen Auftraggeber nur kennenlernen, sollte es sich also um eine Präsentation der Personen handeln, wäre dies sehr verständlich. Schließlich will man wissen mit wem man es zu tun haben wird.

Tatsächlich aber werden für diese Präsentationen vielfältigste Planungsleistungen gefordert. Das reicht von der Vorstellung einer Machbarkeitsuntersuchung, über erste Planungsideen und Personaleinsatzkonzepte bis zu endgültig ausgearbeiteten Terminplänen die dann als Bestandteil des Angebotes auch Bestandteil des Vertrages werden sollen. Manchmal möchte man diesen Präsentationen den Stempel aufdrücken „Ich weiß nicht was ich will aber präsentiere es mir einmal“.

Und doch ist die Präsentation Bestandteil des Vergabeverfahrens. Allerdings nur bei den Planern und (noch) nicht bei den Bauvergaben nach der VOB.

Die Nachträge

Ist das Vergabeverfahren abgeschlossen und aufgrund des breiten Wettbewerbs ein Auftrag erteilt worden, höchst transparent und vollständig dokumentiert, dann wird ein Werkvertrag geschlossen. Hier hinein fließen alle im Vergabeverfahren gewonnenen Erkenntnisse, sollte man meinen. Leider ist das aber nicht so. Zumeist wird ein Vertragsmuster hergenommen das dann ausgefüllt und unterschrieben wird. Kein Wort vom Vergabe- bzw. Auswahlverfahren. Kein Wort vom Angebot des Planers. Davon völlig losgelöst wird ein Vertrag geschlossen den man auch ohne Vergabeverfahren hätte schließen können.

Oder, und das ist das andere Extrem, in den Vertrag werden unendlich viele Details übernommen die mit dem Preisrecht kollidieren aber vom Planer so zugesagt wurden.

Beide Verhaltensweisen führen regelmäßig zu Nachträgen. Und zwar zu Nachträgen die auf eine Verbesserung der Vergütung ausgerichtet sind. Man sucht dann die „Lücken im Vertrag“ oder man fordert das Mindesthonorar nach der HOAI weil das vereinbarte Pauschalhonorar diese Mindestsätze unterschreitet und deshalb nicht wirksam vereinbart ist. Hier holt den Auftraggeber der Wettbewerb wieder ein. Den Nutzen, den er sich von einem breiten Wettbewerb versprochen hat, bezahlt er nun mit Nachträgen.

Gute, einvernehmliche Lösungen in diesen Konflikten gibt es nach meiner Beobachtung immer dann, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer einen guten Vertrag geschlossen haben in dem bei Aufstellen nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt und nicht taktiert wurde.

In allen übrigen Fällen kommt es zur Einschätzung der jeweiligen Rechtsposition und einem darauf ausgerichteten Verhandlungsergebnis oder zu einem Rechtsstreit.

Fazit

Das ausgeprägte Vergabewesen und der Ruf nach immer mehr Wettbewerb führen zu steigenden Dokumentationspflichten zur Sicherstellung der Transparenz und zu deutlich zunehmenden Nachträgen bei den Planern. Das unbedingte Einhalten vergabe-rechtlicher Vorschriften führt dazu, dass die Vergabe zum Selbstzweck verkommt. Das Vergabeverfahren selbst ist das Ziel, der Vertragsgegenstand spielt nur noch eine untergeordnete Rolle.

■ *Rechtsanwalt Dr. Martin Büdenbender, Leinemann & Partner
Rechtsanwälte, Köln*

Unterschrift gilt auch ohne Nachweis

BGH: Rechtsverbindliches Angebot setzt nur interne Vertretungsmacht voraus

Wird in den Vergabeunterlagen gefordert, dass das Angebot rechtsverbindlich unterzeichnet sein muss, heißt das lediglich, dass der Unterzeichner bei Angebotsabgabe über die erforderliche Vertretungsmacht verfügt haben muss. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) mit Urteil vom 20.11.2012 (X ZR 108/10) entschieden. Ein Angebot ist daher dann „rechtsverbindlich“ unterschrieben, wenn es von einem Angestellten unterzeichnet wurde, der intern zur Unterschriftsleistung ermächtigt ist. Einen näheren Nachweis hierüber bedarf es nicht. Daneben befasst sich das Urteil mit der Aufhebung unwirtschaftlicher Vergabeverfahren.

Der Sachverhalt

Eine Kommune, die spätere Beklagte, schrieb eine Friedhofserweiterung mit dem Neubau einer Friedhofsmauer und einer Aussegnungshalle im Wege der öffentlichen Ausschreibung aus. Die spätere Klägerin beteiligte sich an der Ausschreibung.

Die von der Beklagten gestellten Vordrucke für das Angebotsschreiben wiesen ein Feld für eine „rechtsverbindliche Unterschrift“ und einen Stempel des Bieters auf und enthielten daneben folgenden Hinweis: „Wird das Angebotsschreiben nicht an dieser Stelle rechtsverbindlich unterschrieben, gilt das Angebot als nicht abgegeben.“

Die Klägerin gab ein Angebot ab, das mit einer Angebotssumme von etwa 260.000,- € abschloss. Es war von einer Angestellten der Klägerin ohne einen Vertretungszusatz unterzeichnet und mit dem Firmenstempel der Klägerin versehen. Das Angebot der Klägerin war das preisgünstigste Angebot.

Die Beklagte hob das Vergabeverfahren mit der Begründung auf, die Finanzierung sei nicht gesichert, und ging bei identischem Leistungsverzeichnis zur beschränkten Ausschreibung über. Hieran beteiligte die Beklagte die Klägerin nicht. Den Zuschlag erhielt ein Bieter mit einem Angebotspreis von 242.000,- €.

Die Klägerin fordert daraufhin von der Beklagten Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses d.h., des ihr entgangenen Gewinns.

Während das Landgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, hat das Berufungsgericht sie abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin.

Die Entscheidung

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Der BGH ist der Ansicht, dass die Klägerin entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ein rechtsverbindlich unterzeichnetes und damit ausschreibungskonformes, wertbares Angebot abgegeben hat. Dies ist Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin.

Mit der Unterschriftsklausel hat die Beklagte eine vorformulierte Vergabebedingung gestellt. Welcher Erklärungswert dem Inhalt von Vergabeunterlagen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen der §§ 133, 157 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) unter Berücksichtigung des Umstands zu ermitteln, dass die Vergabeunterlagen von der Vergabestelle vorformuliert sind. Maßgeblich für das Verständnis ist dabei der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter.

Nach den maßgeblichen Verständnismöglichkeiten der mit der Ausschreibung