



das amtliche Verzeichnis als Datenbank geeigneter Unternehmen vor. Es ist zu vermuten, dass die Bundesländer diese Regelung in ihre vergaberechtlichen Vorschriften übernehmen.

Mehr Rechtssicherheit

Konsequenz der Eintragung ist die Eignungsvermutung, also die Gewissheit für den öffentlichen Auftraggeber, ein zuverlässiges Unternehmen zu haben, solange er nicht andere Erkenntnisse hat.

Weitere Konsequenz ist, dass alle öffentlichen Auftraggeber die Eintragung im amtlichen Verzeichnis anerkennen müssen, unabhängig von Bund, Land, Kommune oder anderen, die das Vergaberecht beachten müssen.

Unternehmen vermeiden damit die Gefahr, als Bestbieter zur Vorlage von Dokumenten aufgefordert zu werden, die dafür vorgeschriebene Frist aber nicht einhalten zu können und damit den potenziellen Auftrag zu verlieren.

Eintragung im amtlichen Verzeichnis

Für den Liefer- und Dienstleistungsbereich übernehmen die Industrie- und Handelskammern (IHK) die Eintragung von Unternehmen und freiberuflich Tätigen. Das Verzeichnis (www.amtliches-verzeichnis.ihk.de) führt der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) e.V.

Voraussetzung für die Eintragung ist der Nachweis der Geeignetheit und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen. Hierfür greifen die IHKs auf die Kompetenz der Auftragsberatungsstellen und deren Erfahrungen mit der bisher durchgeführten Präqualifizierung durch. Die Eintragung ins amtliche Verzeichnis ist ein Jahr gültig.

Als für das amtliche Verzeichnis zuständige Stellen sollen die IHKs daher auch die Möglichkeit erhalten, Auskunft aus dem Wettbewerbsregister einzuholen. Denn eine negative Auskunft führt zur Ablehnung der Eintragung ins amtliche Verzeichnis.

Die Eintragung im amtlichen Verzeichnis ermöglicht darüber hinaus dem Unternehmen eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) weitgehend direkt elektronisch ausfüllen zu können. Denn der Antrag zur Eintragung sieht bereits viele Daten vor, die in einer EEE des Bieters angegeben werden müssen.

Eine solche EEE kann z.B. über den von der EU-Kommission zur Verfügung gestellten Service (<https://ec.europa.eu/tools/esp?lang=de>) mit einer EEE, die

ein öffentlicher Auftraggeber verlangt, elektronisch verglichen und ausgefüllt werden.

Zur Erleichterung für die Unternehmen ist vorgesehen, den Anbietern von E-Vergabe-Plattformen den Zugriff auf das amtliche Verzeichnis zu ermöglichen. Dadurch soll für öffentliche Auftraggeber sofort erkennbar sein, ob das Unternehmen im amtlichen Verzeichnis eingetragen ist oder nicht. Das ist eine interessante Information insbesondere bei allen Vergabearten, bei denen kein öffentlicher Wettbewerb hergestellt wird.

Ein zunehmend spannendes Feld

Die Planungsleistungen und das Vergaberecht



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum

Wer etwas anderes als nachgefragt anbietet, wird ausgeschlossen. Angebot ungewöhnlich niedrig: Mitbewerber können Preisprüfung verlangen. Vergaberecht bewusst umgangen: Vertrag nichtig, kein Anspruch auf Honorar. Allein diese drei Leitsätze aktueller Rechtsprechung zeigen, dass sich Auftraggeber und Auftragnehmer von Planungsleistungen deutlich mehr mit dem Vergaberecht auseinandersetzen müssen. Das gilt nicht nur bei einer Vergabe oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Die Ausgangslage

Die Vergabe von Planungsleistungen ist nach wie vor davon geprägt, dass Auftraggeber einerseits ein möglichst geringes Honorar zahlen wollen und Planer andererseits durch kreative Angebotslegung Aufträge hereinholen und das Honorar dann auf dem Nachtragsweg „aufbessern“. Dies gilt für Verträge oberhalb der Schwellenwerte ebenso wie darunter.

Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) spielt dabei eine große Rolle, weil sie eine Unterschreitung der Mindestsätze verbietet. D.h., der bei der Vergabe gewollte und geförderte Wettbewerb, auch und gerade um den besten Preis, wird durch die preisrechtliche Vorschrift in § 7 Abs. 1 i.V. mit § 7 Abs. 5 HOAI stark eingeschränkt. Das bleibt nicht ohne Folgen.

So steigt die Kreativität bei den Anbietern (Planern) und die Geneigtheit dem

Das amtliche Verzeichnis ist Anfang August 2017 gestartet. Es löst die bisherige PQ-Datenbank für den Liefer- und Dienstleistungsbereich (www.pq-vol.de) ab. Für die Eintragung ist ein teilweise elektronisches Antragsverfahren vorgesehen. Die öffentlichen Auftraggeber können – wie bisher bei www.pq-vol.de – über einen Zugangscode auf die hinterlegten Dokumente und spezifischen Unternehmensangaben wie z.B. Umsatz- und Beschäftigtenzahlen zurückgreifen.

nachzugeben bei den Auftraggebern. Dabei sind die Methoden sehr oft gleich.

Geändertes Leistungsangebot

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt Planungsleistungen aus. Er teilt mit, dass er beabsichtigt, die Leistungsphasen 1 bis 9 gem. § xy HOAI zu vergeben. Der guten Ordnung halber und um die Angebote vergleichbar zu haben, teilt er zudem mit, dass die Bieter von anrechenbaren Kosten i.H. von z.B. 2,5 Mio. € und der Honorarzone III auszugehen haben.

Auf dieser Grundlage können sich die eingehenden Angebote lediglich bei den Nebenkosten und dem Honorarsatz, also der Spanne zwischen dem Mindest- und Höchstsatz der Honorartafel in der zugrunde zu legenden Honorarzone III unterscheiden. Das ist ja auch der vom Verordnungsgeber gewollte Sinn des Preisrechts.

Tatsächlich gehen höchst unterschiedliche Angebote ein. Die Bieter übertreffen sich darin, die einzelnen Leistungsphasen geringer als in der HOAI vorgeschrieben zu bewerten. Sie erläutern dazu, dass ihrer Meinung nach die eine oder andere Grundleistung gar nicht erforderlich sei oder sie das wegen Vorkenntnissen oder Ortskenntnissen preiswerter können oder sie schlicht das Know-how und das Equipment haben, die angefragte Leistung preiswerter erbringen zu können.

Statt z.B. 100 %-Punkten für die Leistungsphasen 1 bis 9 werden dann deutlich darunterliegende Sätze angeboten, was naturgemäß direkt zu deutlich geringerem Honorar führt.

Die vom Bieter einseitig vorgenommene Reduzierung beruht tatsächlich auf:

- a) entweder einer gegenüber der Ausschreibung geänderten Leistung,
- b) oder einem unterhalb der Mindestsätze liegenden Honorar.

Zum Fall a) Leistungsänderung liegt nun eine höchst bemerkenswerte Rechtsprechung vor.

„Wer etwas anderes als nachgefragt anbietet, wird ausgeschlossen!“

Nach einer Entscheidung der Vergabekammer des Bundes (VK Bund, Beschluss v. 28.11.2016 – VK 1-110/16) liegen zum zwingenden Ausschluss von der Wertung führende „Änderungen an den Vergabeunterlagen“ vor, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt, sodass sich angebotene und nachgefragte Leistung nicht decken. Dementsprechend liegt eine Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht wie vom Auftraggeber gefordert anbietet, die Werk- und Montageplanung komplett bis zum verbindlichen Vertragstermin fertigzustellen.

Im konkreten Fall ging es lediglich um Termine. Der Bieter hatte die vom Auftraggeber in der Ausschreibung vorgegebenen Liefertermine verändert. Allein das führt nach der VK Bund zum zwingenden Ausschluss. Umso mehr muss ausgeschlossen werden, wer nicht nur Termine, sondern die Leistung selbst ändert.

Bietet also jemand eine vom Auftraggeber angefragte Leistung gar nicht an, so kann und darf sein Angebot gar nicht gewertet werden. Nichts anderes geschieht im o.a. Fall a) Leistungsreduzierung. Der Auftraggeber fragt die Leistungsphasen 1 bis 9 an, ohne weitere Hinweise. D.h., er möchte alle Grund-

leistungen. Weicht nun ein Bieter hiervon ab, so will er weniger Leistung als angefragt erbringen. Die Folge ist der Ausschluss seines Angebots.

Honorarangebot unterhalb der HOAI-Mindestsätze

Der o.a. Fall b) Honorarminderung liegt dagegen anders. Auf Nachfrage bestätigen diese Bieter zumeist, dass sie sämtliche Grundleistungen der angefragten Leistungsphasen erbringen, dafür allerdings ein geringeres als von der HOAI vorgeschriebenes Honorar anbieten.

In diesem Fall liegt eine klassische Mindestsatzunterschreitung vor. Wird auf ein solches Angebot der Zuschlag erteilt und vereinbaren die Parteien dann das angebotene Honorar, so ist diese Honorarvereinbarung gem. § 7 Abs. 1 HOAI von vornherein unwirksam.

Dem Auftraggeber muss eine Mindestsatzunterschreitung bei der Prüfung und Wertung der Angebote auffallen. Viele öffentliche Auftraggeber machen es bei der Ausschreibung bereits zur Bedingung, dass das angebotene Honorar die Mindestsätze nicht unterschreiten darf. Sie schützen sich damit zu Recht vor Nachforderungen.

Enthält die Ausschreibung diese Bedingung, sind Angebote unterhalb des Mindesthonorars ohnehin auszuschließen. Aber auch in den Fällen, in denen diese Bedingung nicht enthalten ist, muss der Auftraggeber nun tätig werden.

Hierzu hat das Oberlandesgericht (OLG) Brandenburg im Beschluss vom 8.1.2008 (Verg W 16/07) Folgendes entschieden:

1. Vermutet der Auftraggeber ein Unterschreiten der Mindestsätze der HOAI, kann er das Angebot des betroffenen Bieters nicht sofort ausschließen, sondern muss dem Bieter Gelegenheit zu Nachverhandlungen geben.
2. Derartige Nachverhandlungen haben mit dem Ziel stattzufinden, dass der Bieter sein Angebot preislich anpasst. Erst nach deren Scheitern ist der Auftraggeber berechtigt, den betroffenen Bieter von der Vergabe auszuschließen.

Der betroffene Bieter muss sein Angebot also nachbessern. Das kann aber nur so sein, dass er im Ergebnis zumindest die Mindestsätze der HOAI erreicht. Er kommt also dorthin, wo die Mitbewerber bereits liegen.

Damit wird das Honorar in der Praxis bei allen Bietern gleich sein (wer mehr als das Mindesthonorar anbietet erhält den

Auftrag nicht). Unterscheidungen sind dann nur noch bei den Nebenkosten und dem Honorarsatz möglich (s.o.). Das Honorar ist also gar kein Vergabekriterium.

„Angebot ungewöhnlich niedrig: Mitbewerber können Preisprüfung verlangen!“

Neu ist nun auch, dass die Mitbewerber dies mit wachsamem Auge überwachen.

Erscheint ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Gebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig, können die Mitbewerber verlangen, dass die Vergabestelle in die vorgesehene nähere Prüfung der Preisbildung eintritt, so der Bundesgerichtshof (BGH) im Beschluss vom 31.1.2017 (X ZB 10/16, siehe hierzu Preussler, Preisprüfung schützt auch Bieter, VergabeNavigator 3/17, Seite 17 ff.).

In dem konkreten Fall fällt dem Bewerber „B“, der lediglich das Mindesthonorar angeboten hat, natürlich auf, dass der Preis des Bewerbers „A“ deutlich niedriger liegt. Nun kann er tätig werden und den Auftraggeber auffordern in die nähere Preisprüfung einzutreten.

Insgesamt werden sich die Angebotsverfahren ändern. Die Planer werden die Möglichkeiten des Vergaberechts ebenso in Anspruch nehmen wie die Bauwirtschaft dies seit jeher tut. Der Wandel des Planungsmarktes, weg von der freiberuflichen Leistung, hin zur gewerblichen Lieferleistung, enthüllt nun sein zweites Gesicht. Vergaberecht gilt immer für beide Seiten, Auftraggeber und Auftragnehmer.

Umgehung von VgV-Verfahren

Noch immer wird bei der Vergabe von Planungsleistungen versucht, förmliche Vergabeverfahren nach der Vergabeverordnung (VgV-Verfahren) zu vermeiden. Die Liste der Tricks hierfür ist lang. Aber so einfach wie dies noch vor 2-3 Jahren möglich war, so einfach ist es nun nicht mehr. Eigentlich geht es gar nicht mehr.

In der Praxis fragt der Auftraggeber den Auftragnehmer nach Möglichkeiten der Umgehung einer EU-weiten Ausschreibung. „Wir möchten Sie beauftragen. Machen Sie sich einmal kundig, wie wir das bewerkstelligen können.“ Das sind keine Ausnahmen.

„Vergaberecht bewusst umgangen: Vertrag nichtig, kein Anspruch auf Honorar!“

Der Autor wird häufig nach Möglichkeiten der Umgehung einer EU-weiten Ausschreibung angefragt. Er verweist mittlerweile regelmäßig auf das Urteil des OLG Saarbrücken vom 17.8.2016 (1 U 159/14). Das Gericht hat u.a. Folgendes entschieden:

1. Ein Vertrag, den die Parteien unter bewusster und gewollter Außerachtlassung der nach vergaberechtlichen Vorschriften zwingend erforderlichen Ausschreibung der Leistungen geschlossen haben, verstößt gegen Grundwerte des Vergaberechts und ist nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig.
2. Der Vertretene muss sich grundsätzlich über § 166 BGB die Kenntnis seines Vertreters von den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen zurechnen lassen, sofern kein evidenter Vollmachtsmissbrauch vorliegt oder der Vertreter bei Abschluss des Vertrages mit dem Vertragspartner nicht bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammengearbeitet hat.

3. In einem solchen Fall sind wechselseitige Ansprüche nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen.

Unterhalten sich also Auftraggeber und Auftragnehmer über die ggf. bestehenden Möglichkeiten der Umgehung einer EU-weiten Ausschreibung, so ist sicher, dass beide wissen was sie tun. Das OLG Saarbrücken hat deutlich gemacht, dass dies üble Konsequenzen haben kann.

Wird mit der UVgO alles anders?

Durch die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ändert sich an den o.a. Konsequenzen nichts. Es bleibt dabei, dass Planungsaufträge unterhalb des Schwellenwertes freihändig im Leistungswettbewerb vergeben werden können.

Führt der Auftraggeber aber einen Wettbewerb durch, gelten auch für ihn die Vorschriften des Vergaberechts, allen voran der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot.

Daraus ergibt sich zumindest, dass wenn er mit einem gegenüber seiner Anfrage vermindertem Leistungsangebot (reduzierte Leistungsphasen) inhaltlich einverstanden ist, er den übrigen Bietern

Gelegenheit geben muss, ihr Angebot diesbezüglich zu überarbeiten. Dabei muss er dann erneut vorgeben, welche Leistungen angeboten werden sollen.

Fazit

Auftraggebern ist zu raten, die Prüfung und Wertung auch von Angeboten für Planungsleistungen, konsequent nach den Bestimmungen des Vergaberechts durchzuführen.

Die Reduzierung von angebotenen Leistungen gegenüber der Ausschreibung führt zwingend zum Ausschluss.

Die Entscheidung über den Zuschlag wird von den Bietern künftig kritisch überwacht werden. Die Planer nähern sich hier stark an die Bauwirtschaft an.

Bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten können die Mitbewerber vom Auftraggeber eine nähere Preisprüfung verlangen.

Die wissentliche Umgehung von vergaberechtlichen Vorschriften führt zur Nichtigkeit von Verträgen

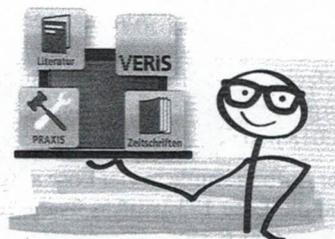
Planern ist zu raten, ihr Angebot immer und strikt an der Anfrage auszurichten. Kreativität sollte in Nebenangebote verlagert werden. Auch hier werden sich die Planer der Bauwirtschaft annähern.

Bundesanzeiger
Verlag

VergabeDigital

www.das-vergabeportal.de

das gesamte Vergabe-Portfolio des Bundesanzeiger Verlags in einer Datenbank – intelligent vernetzt und treffsicher zu durchsuchen



ONLINE-FORTBILDUNG

VERGABETRAINER

www.vergabetrainer.de

das revolutionäre Schulungstool mit
Qualifikationsnachweis und 100% Flexibilität

Weitere Informationen unter www.bundesanzeiger-verlag.de/vergabe-digital

Bundesanzeiger
Verlag

Umfassende Möglichkeiten
zur Individualisierung für Großkunden