

auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden (§ 127 Abs. 5 GWB). Zum Zuschlagskriterium „Preis“ kann ergänzend etwa Folgendes ausgeführt werden:

Beispiel

„Die Preise für die zu erbringenden Leistungen werden im Auf- und Abgebotsverfahren mit der Angabe eines prozentualen Auf- oder Abschlags ermittelt. Angeboten werden kann für ein oder mehrere Leistungspakete.

Der Zuschlag erfolgt hierbei auf die gesamtwirtschaftlichste Konstellation der angebotenen Auf- und Abschläge über beide Leistungspakete. Die Rangfolge der Bieter richtet sich nach dem angebotenen Auf- bzw. Abgebot auf die Preise für Leistungen gemäß dem Leistungsverzeichnis. Bei gleichen Auf- und Abgeboten wird der Zuschlag auf das gesamtwirtschaftlichste Angebot (größter Abschlag bzw. kleinster Aufschlag) über alle Leistungspakete erteilt.

Dem in § 5 EU VOB/A geregelten Grundsatz der einheitlichen Vergabe und Vergabe nach Losen ist vorliegend durch die Auslobung von zwei Leistungspaketen hinreichend Rechnung getragen. Diese sind durch ihr Volumen von 1.000.000 – 1.500.000 Euro brutto/Jahr als Teillose ausgestaltet.“

Fazit

Die öffentliche Auftragsvergabe mittels einer Rahmenvereinbarung bringt für Auftraggeber und Auftragnehmer erhebliche Vorteile mit sich. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung führt zur Vereinfachung des laufenden Vergabeverfahrens bei sich wiederholenden Beschaffungen.

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Rahmenvereinbarung ist stets das Spannungsverhältnis zwischen der flexiblen Gestaltung der Rahmenvereinbarung einerseits und dem Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung andererseits zu beachten. Insofern sind jeweils der Leistungsgegenstand, der in Aussicht genommene Preis für die Einzelleistungen und der Vereinbarungszeitraum konkret in der Rahmenvereinbarung anzugeben. Darüber hinaus ist das Auftragsvolumen möglichst genau zu bestimmen. Werden diese Kriterien eingehalten, so ist auch das Interesse des Bieters an einem möglichst geringen Kalkulationsrisiko hinreichend berücksichtigt.

Quo vadis Ingenieurvergabe?

Das Vergaberecht führt dazu, dass letztlich das Honorar im Fokus steht



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.u. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside* Bäum

Bei der Vergabe von Ingenieurleistungen tun sich die Beteiligten trotz oder gerade wegen aller Regulierungen schwer. Der Auftraggeber will vergaberechtlich nichts falsch machen, aber günstige Angebote einholen. Der Auftragnehmer will seine Chancen durch zu viel Fragerei nicht verschlechtern. Der Gesetzgeber reguliert immer mehr und die Rechtsprechung regelt, was der Gesetzgeber nicht geregelt hat. Und das alles bei geistig-schöpferischen Leistungen, die weder eindeutig noch erschöpfend beschrieben werden können. Wohin führt das?

Die öffentlichen Auftraggeber in Deutschland vergeben jährlich Planungs- und Überwachungsleistungen an unabhängige Ingenieurbüros/-gesellschaften im Wert von ca. 5 Mrd. € (Architektenleistungen nicht inbegriffen). Davon entfallen etwa 90 % auf Maßnahmen mit einem Wert unterhalb des EU-Schwellenwertes für Liefer- und Dienstleistungsaufträge (seit 1.1.2018 = 221.000,- €). Daraus folgt, dass lediglich Aufträge mit einem Gesamtwert von 500 Mio. € nach den Bestimmungen der Vergabeverordnung (VgV) im EU-weiten Verfahren vergeben werden.

Die Aufgabe

Der öffentliche Auftraggeber hat die Bestimmungen des Vergaberechts einzuhalten. Dabei ist zu beachten, dass gem. § 76 Abs. 1 der Vergabeverordnung (VgV) Architekten- und Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb vergeben werden. Weiter heißt es dort:

„Ist die zu erbringende Leistung nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten, ist der Preis im dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen.“

Bereits daraus ergibt sich, dass Angebote mit einem Honorar unterhalb der Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) auszuschließen sind. Der Zuschlag darf darauf nicht erteilt werden weil sich das Honorar unterhalb der Mindestsätze der HOAI bewegt und nicht mehr in dem „dort

vorgeschriebenen Rahmen“ (vgl. § 7 Abs. 1 HOAI).

Der Auftraggeber hat also einerseits die Leistung so zu beschreiben, dass überhaupt vergleichbare Angebote eingehen. Andererseits kann er beim Honorar echten Wettbewerb nur im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze der HOAI sowie der zusätzlich angefragten und nicht preisgebundenen Besonderen Leistungen erwarten.

Grundlage seiner Leistungsbeschreibung sollte eine Bedarfsplanung (z.B. nach DIN 18205) sein. Der Planer hat ohnehin den Anspruch, dass der Auftraggeber ihm seine Bedarfsermittlung übergibt (vgl. Anlagen 10 bis 15 zur HOAI, jeweils Leistungsphase (Lph) 1 lit. a)).

Das gilt nicht nur für Vergaben oberhalb des EU-Schwellenwertes sondern auch darunter. Ein Angebot ist nur so gut wie die Anfrage. Im VOB-Bereich ist das allgemein bekannt. Nur eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung führt zu einem verlässlichen Angebot. Gerade das aber ist bei geistig-schöpferischen Leistungen nicht möglich. Es ist deshalb Aufgabe des Auftraggebers, die Angebotsanfrage so zu gestalten, dass er unter den eingegangenen Angeboten dasjenige identifizieren kann, auf das er den Zuschlag erteilen muss.

Gemäß § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Genau heißt es dort:

„(1) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“

(2) Verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung sind bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu beachten.“

(Anmerkung: Die Abs. 3 bis 5 werden hier nicht betrachtet.)

Aus § 127 Abs. 2 GWB ergibt sich auch hier, dass ein Honorarangebot für Leistungen, die von der HOAI erfasst sind (Grundleistungen) und das die Mindestsätze der HOAI unterschreitet, nicht berücksichtigt werden darf.

Das Dilemma

Auftraggeber wollen eine rechtssichere Vergabe. Das gilt insbesondere für Maßnahmen oberhalb des EU-Schwellenwertes. Das berechtigte Ziel lautet: „Beste Leistung zum besten Preis“ und wenn möglich keine EU-weite Ausschreibung.

Um rechtssicher vergeben zu können muss man sich an die Regeln des Vergaberechts halten. Das ist aber einfacher gesagt als getan. Dazu bedarf es erheblicher Kompetenz bei den Vergabestellen. Dazu ist auch der unbedingte Wille nach fairem Wettbewerb erforderlich. Das setzt dann voraus, dass der Auftraggeber weiß, was er will, er also seinen Bedarf ermittelt hat und er die zum Erreichen dieses Ziels erforderlichen Leistungen kennt und beschreibt.

Aber das kann er nicht, weil es sich, wie ausgeführt, um geistig-schöpferische Leistungen handelt die weder eindeutig noch erschöpfend beschrieben werden können. Er kann maximal die Werkzeuge beschreiben, mit denen der Planer das Ziel erreichen soll. Das sind die Leistungsphasen. Von vornherein also ist klar, dass die eingehenden Angebote bzgl. der Leistungserbringung schwer bis gar nicht vergleichbar sein können.

Dazu kommt, dass das Honorar, soweit es Grundleistungen der HOAI betrifft, sich dem Wettbewerb entzieht (s.o § 127 Abs. 2 GWB und § 76 Abs. 1 VgV).

Zwar können die angebotenen Honorare zwischen den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI variieren. Das aber ist reine Theorie. Tatsächlich gilt, zumindest

bei VgV-Verfahren, wer mehr als den Mindestsatz anbietet ist raus.

Nebenkosten können ebenfalls frei gewählt werden. Aber dabei handelt es sich zum einen gar nicht um Honorar und zum anderen ergeben sich maximal Unterschiede von 1–2 %. Das ist vernachlässigbar und, weil es sich noch nicht einmal um Honorar handelt, völlig unbedeutend.

Eine Vergabeentscheidung darauf zu stützen, dass ein Bieter geringeren Nebenkostenersatz fordert als ein anderer Bieter, ist unangemessen. Es geht dann nämlich nicht mehr um die „beste Leistung“, sondern um Kopierkosten.

Diesem Dilemma, trotz nicht beschreibbarer Leistungen und gleichem Honorar (für Grundleistungen) eine Vergabeentscheidung treffen zu müssen, kann der Auftraggeber nur entkommen, wenn er einen dieser beiden Faktoren dem Wettbewerb öffnet oder weitere Faktoren hinzufügt.

Die Praxis der Auftraggeber

Leistungen für den Wettbewerb zu öffnen, heißt, dem Bieter freizugeben welche Leistungen er anbieten will. Das ist lang geübte Praxis. Der Auftraggeber schreibt z.B. aus: Leistungsphasen 1-8 gem. § 47 HOAI i.V. mit Anlage 13.1 zur HOAI. Die Bieter bewerten dann die einzelnen Leistungsphasen so, dass sie sich einen Wettbewerbsvorteil erhoffen. Tatsächlich haben sie aber etwas anderes angeboten als angefragt. Etwas anderes anzubieten als angefragt, führt zum Ausschluss. Dies stellt zum Beispiel der Beschluss der Vergabekammer des Bundes (VK Bund) vom 28.11.2016 (VK 1-110/16) klar:

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

Zum zwingenden Ausschluss von der Wertung führende „Änderungen an den Vergabeunterlagen“ liegen vor, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt, so dass 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.“

(Quelle: IBR online, IBRRS 2017, 815).

Es widerspricht auch dem unbedingt einzuhaltenden Gleichbehandlungsgrundsatz von dem einen Bieter andere Leistungen zu verlangen als von anderen Bietern.

Aber auch wenn der Bieter erklärt, dass er alle Grundleistungen erbringt, muss er ausgeschlossen werden, denn dann un-

terschreitet sein Angebot die Mindestsätze der HOAI.

Obwohl das Vergaberecht eindeutige Vorgaben macht, ist solche Vorgehensweise noch immer weit verbreitet.

Eine weitere Möglichkeit für den Auftraggeber besteht darin, Unterlagen und Nachweise zu verlangen, die ihn in die Lage versetzen die eingegangenen Angebote zu werten und mittels einer Punktevergabe den „Sieger“ zu identifizieren.

Unabhängig davon, dass solche Wertungen zumeist subjektiv erfolgen und sich einer objektiven Bewertung entziehen, muss der Auftraggeber bereits für angeforderte Lösungsvorschläge Geld zur Verfügung stellen. Die Höhe kann er aber keineswegs frei bestimmen. Zur Frage, wann Lösungsvorschläge nach der HOAI vergütet werden können, hat sich die VK Südbayern im Beschluss vom 29.6.2017 (Z3-3-3194-1-13-04/17) geäußert:

„Wann müssen Lösungsvorschläge nach der HOAI vergütet werden?“

(...)

2. Lösungsvorschläge, die als Grundlage der qualitativen Wertung der Angebote einzureichen sind, sind keine unaufgefordert eingereichten Ausarbeitungen, die gem. § 76 Abs. 2 Satz 3 VgV unberücksichtigt bleiben, sondern regelmäßig solche, die der Auftraggeber im Sinne des § 77 Abs. 2 VgV verlangt hat.

3. Bei der Abforderung von Lösungsvorschlägen für Planungsaufgaben im Vergabeverfahren ist der öffentliche Auftraggeber vergaberechtlich zur Festsetzung einer angemessenen Vergütung verpflichtet.

4. Stellen die im Rahmen der Lösungsvorschläge geforderten Planungsleistungen Teilleistungen einer Leistungsphase der HOAI dar, ist die vom Auftraggeber festzusetzende Vergütung nur dann angemessen, wenn sie nach den Regelungen der HOAI ermittelt wurde.“

(Quelle: IBR online, IBRRS 2017, 2915).

Fordert der Auftraggeber kein Konzept, legt aber ein Bieter ein solches seinem Angebot bei, so ist sein Angebot sofort auszuschließen. Das hat zum Beispiel die VK Bund im Beschluss vom 18.9.2017 – VK 2-86/17) klargestellt:

„Nicht gefordertes Konzept eingereicht: Angebotsausschluss zwingend!“

1. Auch im Anwendungsbereich der SektVO darf von zwingenden Vorgaben des Auftraggebers nicht abgewichen werden.

2. Sowohl ein Abweichen von den Vergabeunterlagen als auch deren unzulässige Ergänzung stellen einen zwingenden Ausschlussgrund dar. Deshalb ist das Angebot eines Bieters, der ein inhaltlich-

Ingenieurbüros/-gesellschaften haben regelmäßig die große Sorge, dass, wenn sie sich auch noch so berechtigt gegen einen Auftraggeber auflehnen, sie diesen verlieren. Sie handeln deshalb nur dann, wenn es eine andere Lösung nicht mehr gibt.

Die Zukunft

Es geht nicht um Schuld oder Unschuld. Es geht nur darum, wie sehr das Vergaberecht den Markt verändert. Wenn Beratung nicht mehr gewünscht wird und dazu führt, dass Angebote nicht mehr gewertet werden dürfen (vgl. oben: „Nicht gefordertes Konzept eingereicht: Angebotsausschluss zwingend!“), dann wird das dazu führen, dass Planer künftig Hauptangebote und Nebenangebote abgeben.

Das Prüfen und Werten der Nebenangebote ist dann Sache der Auftraggeber. Das mag bei großen VgV-Verfahren noch angehen. Aber bei Vergaben nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ist da schnell die Grenze vertretbaren Aufwands erreicht.

Von Planern einseitig eingeräumte Honorarminderungen die zur Unterschreitung der HOAI-Mindestsätze führen und nach Angaben der Planer wegen eines Ausnahmefalls legal seien, können von Auftraggebern nicht mehr akzeptiert werden.

„Längenabschlag, Längenfaktor, Minderungen des Honorars

§ 44 Abs. 7 i.V. mit § 7 Abs. 3 HOAI

Unwägbarkeiten darüber, ob ein Bieter Minderungsregelungen der HOAI überhaupt in Betracht zu ziehen hat, sind vom Auftraggeber für das jeweils ausgeschriebene Planungsvorhaben in den Vergabeunterlagen mitzuteilen. Die entsprechende Einschätzung des Auftraggebers hat sachlich begründeten Erwägungen Rechnung zu tragen.“

(VK Brandenburg, Beschluss vom 25.6.2014 – VK 6/14; Quelle: id Verlags GmbH).

Planer werden gegen Entscheidungen des Bauherrn zunehmend Bedenken anmelden. Die Rechtsprechung verlangt es von ihnen, so zum Beispiel das Oberlandesgericht (OLG) Köln im Urteil vom 14.5.2013 (15 U 214/11):

„Auch Planer müssen Bedenken anmelden

Die in § 4 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich geregelte Verpflichtung des Auftragnehmers, gegen die vorgesehene Art der Ausführung bestehende Bedenken dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen, findet nicht nur im VOB-Vertrag, sondern im gesamten Werkvertragsrecht und somit auch im Recht der

Architekten und Ingenieure Anwendung. Die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht des Auftragnehmers besteht auch, wenn es sich beim Auftraggeber um ein Fachunternehmen handelt.“

(Quelle: IBR online, IBR 2016, 294).

Auch wenn es bei Ausschreibungen von Planungsleistungen keine Submission gibt, erhalten die Bieter durch den „Buschfunk“ üblicherweise einen guten Überblick über die eingegangenen Angebote. Ist nun ein Angebot darunter mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis, können und werden die Planer künftig handeln. Das hat der Bundesgerichtshof (BGH) im Beschluss vom 31.1.2017 (X ZB 10/16) grundsätzlich klargestellt:

„Angebot ungewöhnlich niedrig: Mitbewerber können Preisprüfung verlangen!

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.“

(Quelle: IBR online, IBR 2047, 209).

Wenn das Vergaberecht im Ergebnis dazu führt, dass letztlich doch das Honorar im Mittelpunkt der Vergabe steht, dann wird der Fokus auf den Vertrag verlagert. Und das bedeutet, dass jeglicher gestörter Ablauf Konsequenzen haben wird, so wie dies bei der Bauwirtschaft schon seit Jahrzehnten der Fall ist. Auch die Planer werden vermehrt Behinderungen anzeigen. Begonnen hat dies längst.

Zuletzt kann sich niemand mehr leisten, dem Begehren öffentlicher Auftraggeber, an einer EU-weiten Vergabe vorbeizukommen, nachzugeben. Tipps und Kniffe gibt es nicht mehr und sie zu äußern ist viel zu gefährlich; vgl. insoweit zum Beispiel das Urteil des OLG Saarbrücken vom 17.8.2016 (1 U 159/14):

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

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.

Der Vertretene muss sich grundsätzlich über § 166 BGB die Kenntnis seines Vertreters von den die Sittenwidrigkeit

begründenden Umständen zurechnen lassen, sofern kein evidenten Vollmachtmisbrauch vorliegt oder der Vertreter bei Abschluss des Vertrages mit dem Vertragspartner nicht bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammengearbeitet hat.

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

(Quelle: IBR online, IBR 2017, 45).

Warum das alles so gekommen ist?

Eine berechtigte Frage. Es ist zum einen der Wunsch nach immer mehr Wettbewerb, selbst für Leistungen, die nicht beschrieben werden können.

Zum anderen das oben beschriebene Dilemma der Auftraggeber, ihre Entscheidungen nachvollziehbar und unangreifbar zu machen obwohl das objektiv nicht möglich ist.

Und es sind die Gerichte, die den Planern immer mehr Haftung aufbürden; siehe etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.8.2015 (23 U 13/13) bzw. BGH, Beschluss vom 14.12.2017 (VII ZR 226/15 – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen:

Bauvorhaben wird gefördert: Bauüberwacher muss auf das Vergaberecht achten!

Wird eine Baumaßnahme mit öffentlichen Geldern gefördert und hat der Auftraggeber nach den Bestimmungen des Zuwendungsbescheids das Vergaberecht zu beachten, haftet der bauleitende Ingenieur auf Schadensersatz, wenn auf seine Empfehlung hin Nachtragsleistungen freihändig vergeben wurden und der Auftraggeber deshalb die ihm gewährten Zuschüsse zurückerstatten muss.

(Quelle: IBR online, IBRRS 2018, 703).

Auch wenn man hier zwischen privaten und öffentlichen Bauherrn unterscheiden muss, zeigt das Urteil doch, dass selbst ein mit der Bauüberwachung beauftragter Ingenieur nicht nur die technischen Anforderungen beherrschen muss, er muss das Vertragsrecht, das Vergaberecht und das Honorarrecht ebenso kennen. Wissenslücken sind tödlich. Planer können keine Empfehlung mehr abgeben ohne zugleich einzuschränken, dass der Auftraggeber doch bitte einen Juristen hinzuziehen möge.

Quo vadis? Der gemeinsame Weg von Auftraggebern und Planern wird wahrscheinlich in die Hölle führen. Ein Zurück jedenfalls, zurück zur funktionalen Leistungsbeschreibung mit Zielvereinbarung ist kaum vorstellbar wenngleich erforderlich.