

Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

HERAUSGEBER

Rechtsanwalt
Norbert Dippel

Ltd. städt. Rechtsdirektor
Martin Krämer

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Ralf Leinemann

Rechtsanwalt
Dr. Rainer Noch

Beigeordneter a.D., DStGB
Norbert Portz

Stadtrechtsdirektor
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.
Ulrich Welter



■ *Dr. Rainer Noch*

Eine Niete gezogen

Was tun, wenn ein einziges Los ohne
Zuschlag bleibt? Der Vergabe-Check

22

■ *Rechtsanwalt Tobias Köhler*

Keine GAEB-Datei? Kein Auftrag!

BGH: Vom Auftraggeber vorgegebene
Dateiformate zwingend beachten!

10

■ *Rechtsanwalt Armin Preussler*

Zusammen oder getrennt?

VK Bund: Schätzung des Auftragswerts
erfordert Gesamtbetrachtung

15

623

≡ Reguvis

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

	NACHRICHTEN • AKTUELLES	3
	GRUNDSÄTZE DER BESCHAFFUNG UND VERGABE	
	<i>Oberverwaltungsrat Julian Pfeuffer</i> Formal, digital – ganz egal? Zum richtigen Umgang mit der Angebotsabgabe bei der eVergabe	5
	<i>Dipl.-Ing. Ulrich Welter</i> Wagnisse mit Folgen Die Verlässlichkeit der Angebote hängt von den Risiken der Ausschreibung ab	8
	RECHTSPRECHUNG	
	<i>Rechtsanwalt Tobias Köhler</i> Keine GAEB-Datei? Kein Auftrag!	10
	<i>Rechtsanwältin Anne Müller</i> Verweis auf eigene Kalkulation reicht nicht	12
	<i>Rechtsanwalt Simon Gesing</i> Maßvolle Eignungskriterien	13
	<i>Rechtsanwalt Armin Preussler</i> Zusammen oder getrennt?	15
	<i>Rechtsanwältin Annett Hartwecker</i> Keine zweite Chance	16
	DER TYPISCHE FALL	
	<i>Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch</i> (Un)verbindliche Kommunikation	19
	DER VERGABE-CHECK	
	<i>Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch</i> Eine Niete gezogen	22
	TERMINE	25

IMPRESSUM

Vergabe Navigator

Öffentliche Aufträge rechtssicher vergeben – Fachinformationen für die Vergabestelle – herausgegeben in Verbindung mit RA Norbert Dippel, Abteilungsleiter Vergabe bei der HIL Heeresinstandsetzungslogistik GmbH, Bonn; Stadtrechtsdirektor Dr. Kay-Uwe Rhein, Leiter Vergaberecht der Stadt Mönchengladbach; Rechtsanwalt, Ltd. St. Rechtsdirektor Martin Krämer, ehemaliger Leiter Zentrales Vergabeamt, Bundesstadt Bonn; RA Prof. Dr. Ralf Leinemann, Kanzlei Leinemann & Partner, Berlin; RA Dr. Rainer Noch, Oppler Büchner Rechtsanwälte PartGmbH, München; Dipl.-Ing. Ulrich Welter, Berater, ö.b.v.S. für Ingenieurhonorare nach HOAI, Ingside, Büsum; Norbert Portz, Leiter des Vergabedezernats des Deutschen Städte- und Gemeindebundes a.D., Ehrenamtlicher Beisitzer der Vergabekammer des Bundes, Bonn/Berlin

Redaktion

RA Oliver Hattig
Hattig und Dr. Leupolt Rechtsanwälte
Ebertplatz 14–16, 50668 Köln
Telefon: 0221 78955-01, Telefax: 0221 78955-06
E-Mail: hattig@hattig-leupolt.de

Redaktion Reguvis Fachmedien GmbH

Wiebke Schmidt
Telefon: 0221 97668-291
E-Mail: wiebke.schmidt@reguvis.de

Verantwortlich für den Inhalt

Dr. Sascha Theißen, Köln

Manuskripte

Manuskripte sind unmittelbar an die Redaktion im Verlag zu senden. Für unverlangt eingesandte Manuskripte kann keine Haftung übernommen werden. Der Verlag behält sich das Recht zur redaktionellen Bearbeitung der angenommenen Manuskripte vor.

Erscheinungsweise

zweimonatlich, jeweils zum 10. der ungeraden Monate

Bezugspreise/Bestellungen/Kündigungen

Der Jahresabopreis (Print inkl. Online) beträgt 318,30 € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 1,40 € pro Ausgabe/Ausland 4,50 € pro Ausgabe) (für Mitglieder des Forum Vergabe e.V., VBI und Studenten beträgt der Jahresabopreis (Print) 226,02 € inkl. MwSt. und Versandkosten [Inland 1,40 € pro Ausgabe/Ausland 4,50 € pro Ausgabe]). Bestellungen über jede Buchhandlung oder beim Verlag. Der Bezugszeitraum beträgt jeweils 12 Monate. Kündigungen müssen schriftlich erfolgen und spätestens am 15. des Vormonats, in dem das Abonnement endet, beim Verlag eingegangen sein.

Verlag: Reguvis Fachmedien GmbH

Postfach 10 29 52, 50469 Köln
Geschäftsführung: Dr. Sascha Theißen

Abo-Service

Telefon: 0221 97668-8500
E-Mail: vergabe@reguvis.de

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Mit der Annahme des Manuskriptes zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Vervielfältigungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Das Nutzungsrecht umfasst auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken, insbesondere im Wege elektronischer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Dienste.

Cover-Copyright: © AdobeStock/#CNF

Haftungsausschluss

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge wurden nach bestem Wissen und Gewissen geprüft. Eine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann jedoch nicht übernommen werden. Eine Haftung für etwaige mittelbare oder unmittelbare Folgeschäden oder Ansprüche Dritter ist ebenfalls ausgeschlossen. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion wieder.

Anzeigen

André Fischer
Telefon: 0221 97668-343
E-Mail: andre.fischer@reguvis.de

Anzeigenpreise

Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 18 vom 01.01.2023

Herstellung

Günter Fabritius, Telefon: 0221 97668-182

Satz

TGK Wienpahl, Köln

Druck

Appel & Klinger Druck und Medien GmbH

ISSN:1861-6658

Wagnisse mit Folgen

Die Verlässlichkeit der Angebote hängt von den Risiken der Ausschreibung ab



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

Je besser der Beschaffungsgegenstand beschrieben ist, desto weniger Risiken enthält die Ausschreibung für den Bieter. Das führt dazu, dass die Verlässlichkeit seines Angebots steigt und damit die Wahrscheinlichkeit von Nachträgen sinkt. Der Auftraggeber hat das spätere Nachtragsverhalten deshalb selbst in der Hand. Je weniger Risiken er dem Bieter aufbürdet oder solche Risiken zumindest offenlegt, desto weniger Nachträge werden später gestellt.

Die Ausgangslage

Wer einen Beschaffungsgegenstand bzw. die Umstände der Beschaffung unzureichend beschreibt und damit dem Bieter unbekannte Risiken aufbürdet, muss damit rechnen, dass der spätere Auftragnehmer diese Risiken durch Nachträge zu eliminieren versucht. Das gilt für Lieferaufträge ebenso wie für Baumaßnahmen und Planungs-/Überwachungsleistungen.

Letztere haben die Eigenschaft, dass sie als geistig-schöpferische Leistungen ohnehin weder eindeutig noch erschöpfend beschrieben werden können. Es kommt deshalb ganz besonders darauf an, im Ausschreibungsverfahren dem Bieter möglichst alle Umstände und damit alle sich daraus ergebenden Risiken offenzulegen.

Das geschieht leider nicht in ausreichendem Maße. Noch immer wird die Meinung vertreten, dass die Leistungsbilder und -phasen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) die Aufgabe ausreichend beschreiben.

Es wird nach wie vor verkannt, dass die HOAI lediglich Vergütungstatbestände enthält und die Grundleistungen ausschließlich die Werkzeuge sind, um die gestellte Aufgabe zu lösen. Das muss sich ändern, denn die Fälle, in denen die Ausschreibung hinterfragt, gerügt, attackiert wird, nehmen deutlich zu.

Voraussetzungen für verlässliche Angebote

Die Voraussetzungen sind:

- verlässliche Angaben zum Planungsgegenstand,

- Grundlagen,
- Mengen,
- Qualitäten,
- Termine,
- Ziele.

Ohne diese Angaben kann es kein verlässliches, ordnungsgemäß kalkuliertes Angebot geben. Das ergibt sich bereits aus den Grundsätzen betriebswirtschaftlichen Handelns.

Die aktuelle Rechtsprechung

Zu der Frage, wann eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar, hat die Vergabekammer (VK) Lüneburg im Beschluss v. 2.3.2023 (VgK-2/2023, bestätigt durch das Oberlandesgericht (OLG) Celle, Beschluss v. 25.5.2023 – 13 Verg 2/23; im Ergebnis auch VK Bund, Beschluss v. 12.1.2021 – VK 1-112/20) Folgendes entschieden:

1. In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können.
2. Die Leistungsbeschreibung muss es den Bietern ermöglichen, ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten zu kalkulieren. Um dem Gebot einer hinreichend erschöpfenden Leistungsbeschreibung gerecht zu werden, muss die Vergabestelle einen der Komplexität des Auftragsgegenstands entsprechenden Aufwand be-

treiben und alle insoweit verfügbaren Quellen nutzen.

3. Dem Auftraggeber ist zuzumuten, durchschnittliche Werte zu ermitteln und durch Überlassung ihm zur Verfügung stehender Informationen und Zahlen eine Prognose über das Auftragsvolumen zu ermöglichen.
4. Die Anforderung einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung hat mit der Frage, ob bestimmte Risiken auf den Auftragnehmer verlagert werden können, unmittelbar nichts zu tun. Die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung kann demnach klar und erschöpfend beschrieben werden und gleichzeitig können ihm ungewöhnliche Risiken auferlegt werden, solange diese Risiken nur eindeutig benannt sind.
5. Unzumutbar ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß, das Bietern typischerweise obliegt, hinausgehen und damit den Bieter unangemessen belasten.
6. Ob eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar ist, bestimmt sich nach dem Ergebnis einer Abwägung aller Interessen der Bieter bzw. Auftragnehmer und des öffentlichen Auftraggebers im Einzelfall.

Es kommt also darauf an, dass der Bieter die ihm auferlegten Risiken nicht nur erkennen können muss, sondern dass sie eindeutig benannt sind. Wenn dies bereits für Leistungen gilt, die eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, dann muss das für Planungs-/Überwachungsleistungen erst recht gelten.

Im entschiedenen Fall ging es um ein fehlendes Mengengerüst für die Dauer und die Anzahl von einzusetzenden Fahrzeugen. Die Kammer hat entschieden, dass der Bieter keinen Anspruch darauf hat, dass der Auftraggeber solche Angaben macht. Der Auftraggeber war aber sehr wohl verpflichtet anzugeben, welche Daten hierzu (aus einem Pilotprojekt) vorliegen und er Angaben zu diesen Daten machen musste. Andernfalls sei der Bieter in seinen Rechten verletzt.

Das bedeutet, dass der Bieter nur bei Bekanntmachung der vorliegenden Daten eine nach kaufmännischen Grundsätzen vernünftige Kalkulation erstellen kann.

Überträgt man dies auf Planungsleistungen, zum Beispiel für eine Kläranlage, dann zeigt sich auf Anhieb, dass die Planung für eine Erweiterung der Anlage

ohne die Auswertung von Betriebstagebüchern nicht möglich ist.

Wird eine solche Auswertung im Rahmen der Ausschreibung zur Verfügung gestellt, kann der Bieter erkennen, welche Planungsleistungen zu erwarten sind. Ist aber, wie häufig, die Auswertung der Betriebstagebücher Bestandteil der Ausschreibung, also als Besondere Leistung im Rahmen des erteilten Auftrags zu erbringen, dann kann dem Bieter nicht klar sein, welche Haupt-Planungsleistung er anbieten soll.

Das führt dann dazu, dass das für die Haupt-Planungsleistung angebotene Honorar nur vorläufigen Charakter hat. Späterer Ärger und Nachträge sind dann vorprogrammiert.

Der Auftraggeber könnte dem leicht entgehen, wenn er die Auswertung der Betriebstagebücher als Vorleistung selbst erbringt oder erbringen lässt. Ein solches Vorgehen bietet sich auch deshalb an, weil für die Erweiterung der Kläranlage ohnehin eine Bedarfsplanung erstellt werden muss.

Die Entscheidung der VK Lüneburg deutet aber auch darauf hin, dass die mittlerweile weit verbreitete Praxis, nämlich die anzubietenden Leistungen in einem durchmischten Katalog von Grundleistungen der HOAI und zusätzlichen Besonderen Leistungen zu beschreiben, fragwürdig ist. Die Risiken sind nämlich für den Bieter nur durch umfangreiche Bearbeitung der Ausschreibungsunterlage erkennbar.

In den beschriebenen Fällen werden die Grundleistungen der HOAI-Leistungsphasen abgeschrieben und an beliebigen Stellen durch zusätzliche Besondere Leistungen ergänzt bzw. erweitert. Dabei erweckt die Unterlage den äußeren Anschein, dass es sich um die Leistungsphasen der HOAI handelt. Die darin „versteckten“ zusätzlichen Besonderen Leistungen sind nur bei detaillierter Textanalyse erkennbar. Auftraggebern ist zu raten, die Besonderen Leistungen separat aufzulisten und so die damit ver-

bundenen Risiken für den Bieter erkennbar zu machen.

Gleiches gilt neben dem beschriebenen Beispiel einer Kläranlage für Planungs- und Überwachungsleistungen jeglicher Art wie zum Beispiel für Gebäude, Straßen und Anlagen der Technischen Ausrüstung.

So wie es für den Auftraggeber auf verlässliche Angebote ankommt, ist der Bieter auf verlässliche Ausschreibungen und die darin gemachten Angaben angewiesen. An der Kalkulation des Angebots hängt ggf. seine Existenz. Er wird und muss diese deshalb sorgfältig erstellen. Er wird aber auch erkannte Risiken auf deren Eintrittswahrscheinlichkeit sowie deren finanzielle oder sonstige Auswirkungen hin prüfen und bewerten.

Tipps für Auftraggeber

- Erstellen Sie als Grundlage für die Ausschreibung eine Bedarfsplanung.
- Beschreiben Sie Vertragsgegenstand ausführlich.
- Beschreiben Sie die Planungs- und Überwachungsziele (§ 650p BGB).
- Beschreiben Sie die gewünschten Leistungen so, dass der Bieter damit verbundene Risiken leicht erkennen kann.
- Beschreiben Sie die Grundlagen und Bedingungen der Honorarabrechnung.

Tipps für Planer

- Analysieren Sie die Ausschreibung hinsichtlich versteckter Risiken.
- Nutzen Sie das Instrument der Bieterfragen zur Aufklärung unklarer oder unvollständiger Angaben.
- Stellen Sie die erkennbaren Risiken systematisch zusammen, prognostizieren Sie deren Eintrittswahrscheinlichkeit und bewerten Sie die sich daraus ergebenden Folgen.

Dynamische Stundensätze vereinbaren

Bauprojekte werden immer komplexer und teurer. Das hat auch zur Folge, dass

die Bearbeitungszeiten immer länger werden. Projekte mit Laufzeiten über viele Jahre sind nicht mehr die Ausnahme.

Das führt dann dazu, dass im Vergabeverfahren abgefragte und bei Vertragsabschluss vereinbarte Stundensätze auch viele Jahre später noch gelten sollen. Selbst wenn bei der Ausschreibung erkennbar war, dass das Projekt zum Beispiel erst nach fünf Jahren abgeschlossen werden wird, kann ein Ingenieur/Architekt die Stundensätze für zum Projektende ggf. noch beauftragte Besondere Leistungen nicht kalkulieren. Es ist gar nicht klar, mit welchen Preissteigerungen er rechnen kann/soll/muss.

Selbst wenn man den Standpunkt vertritt, dass die seinem unternehmerischen Risiko zuzurechnen sei, sind fest vereinbarte Stundensätze nicht vernünftig. Sind sie mit hohen Preissteigerungsraten kalkuliert, werden bei Projektbeginn beauftragte zusätzliche Leistungen zu „teuer“ bezahlt“, weil die Stundensätze zum Projektende hin auch noch auskömmlich sein müssen.

Sind die Stundensätze zu gering kalkuliert, führen sie bei zu Projektende beauftragten zusätzlichen Leistungen zu Verlusten beim Planer. Beides ist nicht vernünftig. Den Parteien ist deshalb zu raten, Stundensätze dynamisch zu vereinbaren, zum Beispiel:

„Die Stundensätze werden jeweils zu Jahresbeginn der tatsächlichen Kostenentwicklung angepasst. Dabei wird der Index ... des statistischen Bundesamtes zugrunde gelegt.“

Will man so eine Vereinbarung nicht, ist davon auszugehen, dass der Planer dem Risiko angemessene Zuschläge kalkulieren muss. Unternehmen, die keine Risikozuschläge kalkulieren, arbeiten nach dem Prinzip Hoffnung und geben keine verlässlichen Angebote ab. Sie sind deshalb für Auftraggeber keine erstrebenswerten Vertragspartner.

Im Ergebnis kommt es darauf an, Risiken klar zu benennen, sie zu bewerten und im besten Fall die möglichen Folgen der Risiken zu teilen.

Wissen für Praktiker:innen



Reguvis

Bestellen Sie direkt online unter
www.reguvis.de