

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

Leitender Rechtsdirektor
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.
Ulrich Welter



■ *Rechtsanwalt Martin Krämer*

Zeit für Aufklärung

Was tun bei widersprüchlichen und unklaren Angeboten? – „Evergreens“

5

■ *Rechtsanwalt Armin Preussler*

Wenn es sich partout nicht rechnet ...

BayObLG: Wann wird den Bietern eine unzumutbare Kalkulation aufgebürdet?

15

■ *Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch*

Neues vom Nachunternehmer

Die aktuelle Rechtsprechung

26

224

≡ Reguvis

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

Beschluss v. 27.4.2022 – VII-Verg 25/21, NZBau 2023, 409 Rn. 29).

Der mögliche (fakultative) Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB hingegen verlangt keinerlei weitere Festlegungen und Konkretisierungen durch den öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens.

Vielmehr können die fakultativen Ausschlussgründe jederzeit und ohne vorherige Festlegung durch den öffentlichen Auftraggeber herangezogen werden. Dies ist auch der Grund, warum vor Ausschluss gem. § 124 GWB der öffentliche Auftraggeber die Selbstreinigung gemäß § 125 GWB zu prüfen hat.

Die fakultativen Ausschlussgründe sind daher eine Art „Sicherungsseil“ für öffentliche Auftraggeber, welche in jedem Vergabeverfahren und zu jeder Zeit eine Möglichkeit eröffnen, solche Bieter auszuschließen, bei welchen nicht zu erwarten ist, dass sie den öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführen werden (Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/6281, S. 104).

Begrenzung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auf öffentliche Aufträge

Der Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sowie der dahinterstehende Artikel 57 Abs. 4 lit. g der Richtlinie 2014/24/EU sprechen nur von öffentlichen Aufträgen (klarstellend der Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU; vgl. auch EuGH, Urt. v. 3.10.2019 – C-267/18).

Eine mangelhafte Leistung gegenüber privaten Auftraggebern ist nicht erfasst. Vor dem Hintergrund, dass aber § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV als Nachweis der Eignungsanforderungen die Nennung sowohl privater als auch öffentlicher Empfänger der Leistung als Referenzen erlaubt, kann § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB keine Mindestanforderungen an die Schlechtleistung im Rahmen der Eignungsprognose stellen.

Denn ansonsten würde dies ausschließlich für Referenzen hinsichtlich öffentlicher Auftraggeber gelten, während private Empfänger der Leistung von einer (unterstellten) Sperrwirkung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht umfasst wären. Dies würde dem Grundsatz der Gleichbehandlung und Transparenz (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) widersprechen.

Es ist nicht ersichtlich, warum mangelhafte Leistungen gegenüber öffentlichen Auftraggebern in der Eignungsprüfung erst berücksichtigt werden können, wenn diese die Schwelle des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erreichen; Schlechtleistungen gegenüber privaten Auftraggebern

aber ohne jegliche Einschränkung berücksichtigt werden können.

Fazit

Die Eignungsprüfung gemäß § 122 Abs. 1 GWB ist strikt von der Prüfung der Ausschlussgründe gemäß § 123 GWB und § 124 GWB zu trennen (vgl. auch Burgi/Dreher/Opitz/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 124 Rn. 14).

Es ist rechtlich möglich, dass zwar die Eignung bejaht wird, aber ein Ausschlussgrund vorliegt bzw. die Eignung verneint wird, ohne dass die inhaltlichen Anforderungen eines Ausschlussgrundes erreicht werden.

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu der abschließenden Auflistung der Ausschlussgründe (BayObLG,

Beschluss v. 11.1.2023 – Verg 2/21, NZBau 2023, 621, Rn. 62 ff.). Die abschließende Auflistung ist so zu verstehen, dass lediglich die genannten Gründe selbst nicht ergänzt bzw. erweitert werden können. Dies bedeutet aber gerade nicht, dass die Ausschlussgründe *leges speciales* sind und weiteren Gründen, einen Bieter nicht zu bezuschlagen, entgegenstehen (EuGH, Urteil v. 15.9.2022 – C-416/21, Rn. 57 sowie BayObLG, Beschl. v. 11.1.2023 – Verg 2/21, NZBau 2023, 621, Rn. 65 ff.).

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Liegt ein von § 124 GWB erfasstes Fehlverhalten vor, hat dies tatbestandlich nichts mit der von § 124 GWB zu unterscheidenden auftragsbezogenen Eignungsprüfung zu tun (vgl. Roth, NZBau 2016, 672).

Grundleistung oder Besondere Leistung?

Die richtige Zuordnung nach der HOAI – nicht nur eine Frage des Honorars



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

In der Praxis kommt es sehr häufig vor, dass ein Ingenieur/Architekt Leistungen erbringen soll, die der Auftraggeber den Grundleistungen und der Planer den Besonderen Leistungen zuordnet. Der Auftraggeber verlangt sie dann im Rahmen der bereits übertragenen Leistungen. Der Planer begehrt hierfür einen zusätzlichen Auftrag und ein zusätzliches Honorar. Nicht selten kommt es hierüber zu Streit. Kann die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) hier helfen?

Das Wesen der HOAI

Bereits aus der Bezeichnung der HOAI ergibt sich, worum es sich handelt. Die Verordnung hat folgenden Langtitel:

„Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen...“

Es ist also klar, dass es um Honorare und gerade nicht um Leistungen geht.

Noch deutlicher wird dies in § 1 HOAI:

§ 1 Anwendungsbereich

Diese Verordnung gilt für Honorare für Ingenieur- und Architektenleistungen,

soweit diese Leistungen durch diese Verordnung erfasst sind. Die Regelungen dieser Verordnung können

zum Zwecke der Honorarberechnung einer Honorarvereinbarung zugrunde gelegt werden.

Die HOAI enthält keinerlei Leistungs-, sondern ausschließlich reine Vergütungstatbestände (BGH Urteil v. 24.10.1996 – VII ZR 283/95). Natürlich kann eine Rechtsverordnung nicht verbindlich regeln, was ein Planer leisten soll. Das ist allein Sache der Parteien, die dies in einem Vertrag regeln.

Vereinbaren die Parteien lediglich, dass der Planer mit den Leistungsphasen 1 bis x beauftragt wird, so schuldet er alle in diesen Leistungsphasen aufgeführten Grundleistungen aus Teilerfolg (BGH Urteil v. 24.6.2004 – VII ZR 259/02). Erbringt der Planer eine beauftragte Leistung nicht, kann der Auftraggeber das Honorar anteilig kürzen. Das Leistungsstörungsrecht ist dabei zu beachten. Das gilt auch für das Recht des Planers auf Mangelbeseitigung.

Ob das Honorar gekürzt werden kann, wenn beauftragte Leistungen objektiv nicht erforderlich sind und ggf. gar nicht erbracht werden können, ist nicht entschieden. Hierbei sind die Mitwirkungspflicht des Auftraggebers und die sich bei fehlender Mitwirkung daraus ergebenden Folgen zu beachten.

Die HOAI ersetzt also keinesfalls die Leistungsvereinbarung in einem Ingenieur-/Architektenvertrag. Sie regelt vielmehr und ausschließlich das Honorar. Vereinbaren die Parteien jedoch „Leistungen gem. HOAI“, so wird die Preisliste zur Leistungsliste und der Planer muss liefern, was er zugesagt hat, nämlich die tatsächlich vereinbarten Grundleistungen, im Zweifel alle.

Der Leistungsbegriff in der HOAI

Die HOAI unterscheidet in § 3 Abs. 1 nach Grundleistungen und Abs. 2 nach Besonderen Leistungen.

Grundleistungen sind diejenigen Leistungen, die vom Ordnungsrahmen der HOAI umfasst sind. Ist ein Planer mit Grundleistungen beauftragt, aber haben die Parteien eine Honorarvereinbarung nicht getroffen, muss der Planer sein Honorar gem. § 632 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 2 HOAI nach den Bestimmungen der HOAI auf der Grundlage des Basishonorars abrechnen.

Für beauftragte **Besondere Leistungen** ergibt sich dagegen bei fehlender Honorarvereinbarung ein Vergütungsanspruch aus § 632 Abs. 2 BGB i. H. der üblichen Vergütung. Etwas andere gilt, wenn der Auftraggeber die Leistungen gem. § 650b BGB angerordnet hat. Der Vergütungsanspruch ergibt sich dann aus § 650c BGB.

Grundleistungen

Worum es sich bei Grundleistungen handelt, regelt die HOAI in § 3 Abs. 1 HOAI, nämlich:

§ 3 Leistungen und Leistungsbilder

(1) Grundleistungen sind Leistungen, die regelmäßig im Rahmen von Flächen-,

Objekt- oder Fachplanungen auszuführen sind. Sie sind zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich und in Leistungsbildern erfasst. Die Leistungsbilder gliedern sich in Leistungsphasen nach den Regelungen in den Teilen 2 bis 4 und der Anlage 1.

Es sind also die Leistungen, die in der Regel zu erbringen sind, um die gestellte Aufgabe zu lösen. Die Grundleistungen sind in den Anlagen 10.1 bis 15.1 zur HOAI und dort jeweils in der linken Spalte aufgeführt.

Auch wenn sich die Grundleistungen in den Leistungsbildern Gebäude, Freianlagen, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen, Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung durchaus ähneln, sind sie doch unterschiedlich. Sie gelten jeweils nur und ausschließlich für das betreffende Leistungsbild. Sie können nicht von einem Leistungsbild in ein anderes übertragen werden. Über die in den Anlagen 10.1 bis 15.1 aufgeführten Grundleistungen hinausgehende Grundleistungen gibt es nicht.

Besondere Leistungen

Während der Katalog der Grundleistungen in den Anlagen zur HOAI abschließend aufgeführt ist, gilt dies für die Besonderen Leistungen ausdrücklich nicht.

§ 3 Abs. 2 HOAI:

„(...) Die Aufzählung der Besonderen Leistungen in dieser Verordnung und in den Leistungsbildern ihrer Anlagen ist nicht abschließend.“

Bei der nahezu endlosen Fülle denkbarer Besonderer Leistungen ist es gar nicht möglich, alle in den Anlagen der HOAI aufzuführen. Das ist auch nicht erforderlich, weil alles, was nicht eine Grundleistung ist, bereits begriffsnotwendig eine Besondere Leistung darstellt.

Die HOAI enthält eine Auswahl häufig erforderlicher Besonderer Leistungen. Weitere Besondere Leistungen hat der AHO Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V. in Berlin (www.aho.de) in seiner Schriftenreihe für nahezu alle Leistungsbilder veröffentlicht.

In den Anlagen 10.1 bis 10.5 zur HOAI sind einige Besondere Leistungen mehrfach aufgeführt, zum Beispiel:

- Bestandsaufnahme (vgl. Anlage 10.1 Leistungsphase (Lph.) 1, Anlage 11.1, Lph. 2 und Anlage 15.1 Lph. 1)
- Anfertigen von Nutzen-Kosten-Untersuchungen (vgl. Anlagen 11.1 und 12.1, jeweils Lph. 2)

u.a.m.

Der § 3 Abs. 2 HOAI regelt auch:

„Die Besonderen Leistungen können auch für Leistungsbilder und Leistungsphasen, denen sie nicht zugeordnet sind, vereinbart werden, soweit sie dort keine Grundleistungen darstellen.“

Das ist Folge der oben angegebene Tatsache, dass nicht alle denkbaren Besonderen Leistungen in den Anlagen zur HOAI aufgeführt werden können. Tatsächlich gibt es – wenn auch nur in sehr wenigen Fällen – Besondere Leistungen, die in anderen Leistungsbildern eine Grundleistung darstellen.

Das ist zum Beispiel bei der Prüfung von Nachträgen der Fall. Dies ist in den Leistungsbildern Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen jeweils in der Leistungsphase 8 eine Besondere Leistung und in den Leistungsbildern Gebäude, Freianlagen und Technische Ausrüstung jeweils in der Leistungsphase 7 eine Grundleistung.

Weitere Fälle, in denen eine Besondere Leistung in einem anderen Leistungsbild eine Grundleistung darstellt, sind dem Autor nicht bekannt. Gleichwohl ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob dies tatsächlich so ist.

Abgrenzung Grundleistung von Besonderer Leistung

Die Grundleistungen sind in der HOAI nur in Ausnahmefällen näher erläutert, insbesondere hinsichtlich ihres Inhalts. Dies führt hin und wieder dazu, dass die Formulierungen auszulegen sind. Fraglich ist dann in der Praxis, ob die ein oder andere Leistung noch zur Grundleistung dazu gehört oder bereits eine Besondere Leistung darstellt. Dies kann immer nur im Einzelfall beantwortet werden. Hilfen zur Auslegung findet sich in ausreichendem Umfang in der Kommentarliteratur.

Ist dann klar, dass es sich zum Beispiel um eine Besondere Leistung handelt, sollten die Parteien unverzüglich eine Leistungs- und eine Honorarvereinbarung treffen. Dabei hat der Auftraggeber anzugeben, welche Leistung er möchte.

Es ist dann nicht so, wie häufig behauptet, dass der Planer einen Nachtrag „möchte“. Vielmehr begehrt der Auftraggeber eine Änderung und hat sich an das Prozedere des § 650b BGB zu halten.

Der Planer kann nur dann ein Angebot unterbreiten, was er, sofern ihm die Leistung zumutbar ist, gemäß § 650b BGB muss, wenn der Auftraggeber die gewünschte Leistung so beschreibt, dass dem Planer eine ordnungsgemäße kaufmännische Kalkulation möglich ist (BayObLG, Beschluss v. 6.12.2023 – Verg 7/23).

Die im Markt weit verbreitete Unsitte, dass die Leistungen „dem Grunde nach“ beauftragt werden, aber das Honorar „der Höhe nach“ erst noch geprüft werden müsse, ist rundweg abzulehnen.

Geschuldete Leistungen

Kurz und bündig lässt sich sagen, geschuldet wird, was vereinbart ist. So einfach und klar dies ist, so schwierig ist genau das in der Praxis. Die Parteien vereinbaren auch heute noch zumeist die Leistungsphasen der HOAI, ohne projektspezifisch zu differenzieren.

Ist dies so und sind die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele vertraglich bestimmt, entfällt die Zielfindungsphase gem. § 650p Abs. 2 BGB und der Planer schuldet lediglich die übertragenen Leistungen.

Haben die Parteien hingegen Leistungen individuell, aber keine Planungs- und Überwachungsziele vereinbart, muss der Planer zunächst in die Zielfindungsphase eintreten. Ggf. sind dann nach Festlegung der Planungs- und Überwachungsziele die übertragenen Leistungen anzupassen, wofür wiederum die Bestimmungen des § 650b BGB gelten.

 Reguvis

**Leistungsbeschreibungen,
Bewertungskriterien und
Netzwerken!**



**Vergabeunterlagen-
Datenbank für die
Öffentliche Hand**

Jetzt kostenfrei testen:
reguvis.de



Rechtsanwalt Simon Gesing, M.A., Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB, Berlin

Über der Aufgreifschwelle

VK Bund: Preisprüfung erst bei 20%-Abstand zum nächsten Angebot

Eine Preisprüfung ist regelmäßig bei Bestehen eines Preisunterschieds von 20 % zum nächsthöheren Angebot durchzuführen. Im Rahmen der Preisprüfung kann der Auftraggeber auch die Einhaltung von sozialrechtlichen Vorschriften überprüfen. Dies hat die Vergabekammer des Bundes (VK Bund) mit Beschluss vom 14.9.2023 (VK 1-61/23) bestätigt.

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin führte ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages für Gebäudereinigungen durch. Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen. Nach dem Hinweisblatt „Wichtige Informationen“ werden der Nettopreis sowie der „optimale Leistungsansatz“ mit jeweils 50 % gewichtet. Dort heißt es auch:

„Der Kalkulation sind die zum Angebotsschlussstermin geltenden Tarifverträge des Gebäudereinigerhandwerks sowie die zum Angebotsschlussstermin geltenden Beitragssätze der Sozialversicherung zu Grunde zu legen.“

Die spätere Antragstellerin wies die Auftraggeberin darauf hin, dass die Auftraggeberin in der übermittelten Datei zum anzuwendenden Stundenverrechnungssatz nicht zwischen den drei verschiedenen Beschäftigungsverhältnissen (voll sozialversicherungspflichtig, Midi-Jobber, Mini-Jobber) unterscheidet. Hierdurch komme es zu unterschiedlichen Arbeitgeberanteilen bei der Sozialversicherung, die sich auf die Kalkulation auswirkten, indem je nach Beschäftigungsverhältnis höhere oder niedrigere Stundenverrechnungssätze (SVS) anzusetzen seien.

Diese Vorgehensweise sei zwar möglich, führe aber zu aufwendigen Aufklärungsersuchen bei der Prüfung der Angebote. Der Kalkulationsdatei sei nicht zu entnehmen, ob die gesetzlich vorgesehenen Arbeitgeberanteile zur Sozialversiche-

rung tatsächlich in der Preisbildung berücksichtigt würden.

Diese Ausführungen solle die Auftraggeberin indes nicht als vergaberechtliche Rüge betrachten, ein Rechtsverstoß sei noch nicht begangen. Die Auftraggeberin wies den Vorhalt zurück.

Die Antragstellerin gab anschließend fristgerecht ein Angebot ab. Die Auftraggeberin versandte im Nachgang an die drei bestplatzierten Bieter – nicht an die Antragstellerin – jeweils ein Aufklärungsschreiben.

Mit weiterem Schreiben wies im Anschluss die Antragstellerin darauf hin, dass es angesichts der vorgegebenen SVS-Matrix der Auftraggeberin zwingend eines Aufklärungsersuchens an die Bieter bedürfe. Dies sei eine drittschützende Regelung des Vergaberechts. Erneut bat sie ausdrücklich darum, ihr Vorbringen nicht als Rüge zu verstehen. Ein zwar noch drohender, aber noch nicht begangener Rechtsverstoß liege noch nicht vor.

Daraufhin teilt die Auftraggeberin gemäß § 134 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) der Antragstellerin mit, dass das Angebot aufgrund der Preisgestaltung den Zuschlag nicht erhalten könne.

Der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden. Die Auftraggeberin half den daraufhin erhobenen Rügen der Antragstellerin nicht ab. Daraufhin beantragte die Antragstellerin bei der VK Bund die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.