

# Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

## HERAUSGEBER

Rechtsanwalt  
Norbert Dippel

Ltd. städt. Rechtsdirektor a.D.  
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



■ *Norbert Portz*

## Ohne Kooperation geht's nicht

Wie Vergabeakteure ihrer spezifischen  
Verantwortung gerecht werden können 5

■ *Rechtsanwalt Moritz Schmidt*

## Verführter Kontakt

VK Westfalen: Interessenskonflikt  
durch „sonstige Unterstützung“ 17

■ *Rechtsanwalt Armin Preussler*

## Marginale Mischkalkulation

VK Südbayern: Nicht jeder auffällige  
Einzelpreis rechtfertigt den Ausschluss 21

324

≡ Reguvis

Kooperationspartner des  
Bundesanzeiger Verlages

# Preiswettbewerb bei Planungsleistungen?

## Ingenieur- und Architektenleistungen erfordern den Leistungswettbewerb



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

**In der Praxis werden Planungs- und Überwachungsleistungen von Ingenieuren und Architekten überwiegend im Preiswettbewerb vergeben. Nach den vergaberechtlichen Vorschriften ist das untersagt. Der Preis soll bei der Wertung der Angebote mit einer Wichtung von nicht mehr 20 oder 30 % eingehen. Tatsächlich wird der Preis sehr häufig mit 80 oder 100 % gewichtet.**

### Die Ausgangslage

Eigentlich ist es ganz einfach und in der Vergabeverordnung (VgV) geregelt.

#### § 76 VgV – Zuschlag

(1) Architekten- und Ingenieurleistungen werden im Leistungswettbewerb vergeben. Ist die zu erbringende Leistung nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten, ist der Preis im dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen.

Damit ist klar, dass der Leistungswettbewerb vorgeschrieben ist und für den Preiswettbewerb kein Raum ist. Die amtliche Begründung zu § 76 VgV führt insoweit aus, dass das wesentliche Zuschlagskriterium „die Qualität“ sein soll (BT-Drs. 18/7318, 205, 206). Daraus ergibt sich, dass das Honorar nicht als alleiniges Kriterium vorgesehen und auch nicht mit einem übergeordneten Gewicht versehen werden darf (Fuchs/van der Hout/Opitz NZBau 2019, 483, 490).

Entsprechendes ergibt sich auch aus § 50 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO).

#### § 50 UVgO – Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen

Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so

viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.

Auch diese Regelung ist abschließend. Schon aus der Überschrift „Sonderregelung“ ergibt sich, dass die Vergabevorschriften im zweiten Abschnitt der UVgO bei der Vergabe von Ingenieur- und Architektenleistungen nicht zur Anwendung kommen.

Zudem ist in den Erläuterungen (BAnz. AT 7.2.2017 B2, S. 14) zu § 50 UVgO klargestellt:

*„Die Vergabe von freiberuflichen Leistungen ist in § 50 speziell geregelt. Die Vorschrift greift die Regelung Nummer 2.3d der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 des Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) – ähnliche Regelungen finden sich teils auf Landesebene – auf und stellt klar, dass auch freiberufliche Leistungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind. Dabei ist ohne Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“*

Da sich die UVgO nach dem Bekanntmachungsvorwort strukturell an der VgV orientiert, ist klar, dass der in der VgV für den Oberschwellenbereich vorgeschriebene Leistungswettbewerb für den Unterschwellenbereich ebenso gelten soll. Um im Rahmen der nach § 50 UVgO gebotenen Wettbewerbsvergabe den gebotenen Qualitätswettbewerb si-

cherzustellen, dürfte sich insbesondere das Zuschlagskriterium „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals gemäß § 43 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UVgO anbieten.

Im Newsletter der Auftragsberatungsstelle Schleswig-Holstein e. V. Nr. 2 vom Februar 2024 ist hierzu unter der Überschrift „Wissenswertes: Relevanz von Honorarangeboten in der Vergabe“ zu lesen:

*„Es ist vermehrt zu beobachten, dass bei der Vergabe von Planungsleistungen, das Honorarangebot als wesentliches oder sogar ausschließliches Zuschlagskriterium gewählt wird. Selbst im Regelungsbe- reich der VgV kommt das vor, obwohl das öffentliche Vergaberecht an dieser Stelle eindeutig auf den Leistungswettbewerb abstellt. Der Vergabegrundsatz gilt damit auch im Unterschwellenbereich, dennoch ist das vermehrte Aufkommen ausschließlicher Honorarabfragen dort bereits länger zu beobachten. Zumeist geschieht dies gegen die Überzeugung der Mitarbeitenden in den Bauverwaltungen, die entsprechende Vorgaben ihrer Vergabestellen umzusetzen haben, denen die fachlichen Zusammenhänge leider nicht immer klar sind.“*

### Was ist ein Preiswettbewerb?

Der vorgeschriebene Leistungswettbewerb wird verlassen und der Preiswettbewerb beginnt spätestens dann, wenn der Preis (das Honorar) mit 50 % oder mehr gewichtet wird und in die Wertung der Angebote eingeht. Es liegt dann ein Preiswettbewerb vor. Bei einer Wichtung des Preises von 100 % liegt ein reiner Preiswettbewerb vor. Das ist noch nicht einmal bei Bauvergaben nach VOB ohne Weiteres sinnvoll; vielmehr kommen selbst bei Bauaufträgen, die mittels konstruktiver Leistungsbeschreibung vergeben werden und bei denen der Auftraggeber nicht nur die Funktionsziele, sondern durch eine eigene Ausführungsplanung auch die Umsetzung detailliert vorgibt, neben dem Preiskriterium andere – nicht monetäre – Zuschlagskriterien in Betracht (Opitz, in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 16d EU VOB/A Rn. 61).

Gemäß § 127 Abs. 1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Dieses Angebot wird durch Prüfung und Wertung bzgl. der Übereinstimmung mit den Zuschlagskriterien identifiziert. Ein reiner Preiswettbewerb ist das gerade nicht. Ein solcher ist zwar rechtlich möglich, aber gerade nicht das Ziel der Vorschrift.

Wenn also selbst bei Bauvorhaben ein reiner Preiswettbewerb nicht sinnvoll ist, fragt man sich, warum dies bei der Vergabe von geistig-schöpferischen Leistungen, wie es Ingenieur- und Architektenleistungen nun einmal sind, möglich und sinnvoll sein soll.

Festzustellen ist, dass eine Wichtung des Preises mit 50 % und mehr vergaberechtswidrig sind. Eine Vergabe auf dieser Grundlage verstößt jedenfalls gegen § 76 Abs. 1 VgV. Ein solcher Verstoß kann fatale Folgen wie zum Beispiel den vollständigen Verlust von Fördermitteln zur Folge haben. So sind etwa die von einem Landesbetrieb für die Planung einer Ortsumgebung veröffentlichten Zuschlagskriterien:

*Kriterium 1: Honorar/Preis Wichtung 80 %*

*Kriterium 2: Projektorganisation/Ablaufplan Wichtung 20 %*

rechtswidrig (vgl. VergabeNavigator 5/2019, S. 5 ff., Norbert Portz – HOAI-Mindestsätze sind EU-rechtswidrig).

Dort heißt es:

*„Das Gebot des Leistungswettbewerbs bei der Vergabe von komplexeren und nicht vorab eindeutig beschreibbaren Leistungen spricht dafür, dass Leistungs- und Qualitätsvorgaben bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien durch öffentliche Auftraggeber den Hauptanteil bilden müssen.“*

Die Kriterien bei der o.a. Ortsumgebung müssten andersherum lauten, um Rechtssicherheit zu erlangen und angemessene Angebote zu erhalten.

## Der Preis und seine Rolle

Natürlich spielt auch der Preis eine Rolle, wie in jedem Wettbewerb. Schließlich ist es möglich, dass nicht nur zu niedrige Angebote, sondern auch zu teure Angebote eingehen. Es entspricht dem Wesen eines Wettbewerbs, dass jeder Teilnehmende sein Bestes geben kann und soll. Aber das muss auf die Summe seiner Argumente und eben nicht nur auf den Preis bezogen sein.

Dabei muss und soll der Preis eine gewichtige Rolle spielen. Er kann sicher auch mit 30 % gewichtet werden. Das hängt vom Einzelfall ab. Zum Beispiel davon, ob es sich um besonders schwierige oder besonders komplexe Vorhaben handelt, bei denen der Preis eine eher nachgeordnete Rolle spielt. Oder ob es sich um eher einfache Aufgaben handelt wie zum Beispiel die Planung eines Parkplatzes.

Dies festzulegen und den Preis angemessen in die Wertung einzubeziehen, ist Sache und Aufgabe des Auftraggebers.

Wenn aber Vergabestellen ohne die erforderlichen Kenntnisse zum Beschaffungsgegenstand die Vergabekriterien festlegen, dann ist es kaum verwunderlich, dass das harte Kriterium Preis eine herausragende Stellung einnimmt (s.o. Newsletter der Auftragsberatungsstelle Schleswig-Holstein).

Immerhin kann der Preis konkret nachgerechnet und eine eindeutige Reihenfolge ermittelt werden. Das ist bei den so genannten weichen Kriterien so einfach nicht und verlangt eben das Wissen und die Kompetenz bezüglich der ausgeschriebenen und angebotenen Leistung, die bei den Vergabestellen häufig nicht vorhanden ist.

## Der Markt

Und doch ist im Markt festzustellen, dass ein großes Aufbegehren gegen solche Vergaben ausbleibt. Zwar hat die Bundesarchitektenkammer einen Leitfaden herausgegeben:

*„Begründungshilfen für den Öffentlichen Auftraggeber: Warum der günstigste Anbieter nicht automatisch die beste Wahl ist.“*

Sie empfiehlt darin einmal mehr, dass das Planungshonorar in der Regel mit nicht mehr als 20 % gewichtet und leistungsbezogene Kriterien mit 80 % herangezogen werden sollten.

Solche Leitfäden und Empfehlungen gibt es viele, zum Beispiel:

„Vergabe von Architektenleistungen Leitfaden zur Vergabeverordnung (VgV)“, 3. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage Berlin, 2022, mit Vorwort des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Herausgeber: Bundesarchitektenkammer (BAK), Bund Deutscher Architektinnen und Architekten (BDA), Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure (BDB), Bund Deutscher Innenarchitekten (BDIA), Bund Deutscher Landschaftsarchitekt: innen (bdla), Verband Deutscher Architekten- und Ingenieurvereine (DAI), Vereinigung für Stadt-, Regional- und Landesplanung (SRL), Vereinigung freischaffender Architekten Deutschlands (VfA), Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung (AHO), abzurufen unter [www.vgv-architekten.de](http://www.vgv-architekten.de).

Oder auch: Bayerische Ingenieurkammer Bau, Newsletter vom 5.3.2020 „Leistungs- statt Preiswettbewerb.“

Dort heißt es:

*„Vorrang des Leistungswettbewerbs: Sofern Sie die Festpreisvergabe nicht nutzen, achten Sie gleichwohl darauf, dass der Preis bei der Gewichtung der Zu-*

*schlagskriterien weiterhin nur eine untergeordnete Rolle spielt. Wegen des Grundsatzes des Leistungswettbewerbs darf er auch künftig kein wesentliches Kriterium sein. Die in der Rechtspraxis weit verbreitete Empfehlung einer Einstufung des Preises mit 10 % bei der Vergabe von Planungsleistungen bleibt somit aktuell (Greb, VergabeR 2019, 623 ff. (626)).“*

Außer diesen Empfehlungen geschieht leider nicht viel. Kein Aufschrei bezüglich der Rechtsverstöße, keine Klagen vor Gericht – nichts. Und alle machen mit. Auch die Planer geben bei solchen Anfragen ihre Angebote ab. Und wie es im Preiswettbewerb so ist, der Billigste erhält den Zuschlag. Also muss und will man der Billigste sein.

Das zu erreichen, verlangt Kreativität oder die Bereitschaft zu hohen Nachlässen. Zurzeit ist festzustellen, dass Nachlässe in Höhe von bis zu 50 % auf die Basishonorare der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) weit verbreitet sind. Das sendet das fatale Signal, dass Auftraggeber und Auftragnehmer der Meinung sind, dass die Basishonorare der HOAI viel zu hoch sind.

Das stimmt andererseits nicht überein damit, dass Planer zurzeit auch Zuschläge von bis zu 50 % auf das zuvor ermittelte Basishonorar verlangen. Und auch öffentliche Auftraggeber stellen teilweise fest, dass das „immer der Billigste“ keine Zukunft hat.

Es sind a) freie Planungskapazitäten erforderlich, die bei Ingenieurgesellschaften derzeit nicht oder nur kaum vorhanden sind. Und es ist b) eine möglichst hohe Planungsqualität notwendig, um wirtschaftlich und nachhaltig bauen zu können. Und eine hohe Planungsqualität hängt nun einmal auch mit dem Honorar zusammen.

## Das oft zu beobachtende Eigentor

*„Was sollen wir denn machen, wenn die Planer von sich aus so niedrige Angebote abgeben?“*

hört man den Quasi-Hilferuf der Auftraggeber. „Schreiben Sie anders aus“, möchte man ihnen sagen. „Wichten Sie den Preis mit 20 % oder gar nur 10 %, legen Sie mehr Wert auf die Qualitätsmerkmale. Hinterfragen Sie den Preis, so wie Sie es ja ohnehin bei der Prüfung und Wertung tun müssen.“

Es ist und bleibt Aufgabe des Auftraggebers, die Bedingungen des Wettbewerbs zu definieren. Dabei hat er sich an Recht und Gesetz zu halten, braucht aber seine eigenen Interessen nicht hintan zu stel-

len. Vielmehr kann und muss er die Wettbewerbsbedingungen an den Anforderungen des Beschaffungsgegenstands ausrichten.

Tut er das, indem er den Preis als überwiegendes oder einziges Zuschlagskriterium bestimmt, kommt er davon nicht mehr weg und muss dann den Zuschlag auf das niedrigste Angebot erteilen. Dabei gilt als sicher, dass der Bieter um sein Risiko genau wusste und darauf eingestellt ist, mit einem ausgefuchsten Nachtragsmanagement das Honorar im Nachhinein zu generieren, das er bei Angebotsabgabe nachgelassen hat.

### Und nun?

Das alles ist nicht neu. Schon 2011 schrieb Kaufhold (Die Vergabe freiberuflicher Leistungen ober- und unterhalb der Schwellenwerte, 2. Auflage, Dezember 2011) unter der Überschrift „3.5.2 Wichtung und Wertung“, bereits bei der Erläuterung des § 2 VOF sei darauf hingewiesen worden, dass der Preis/das Honorar für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen nicht allein entscheidend sein könne. Dies sei deswegen schlüssig, da die Wirtschaftlichkeit freiberuflicher Leistungen in der Minimierung der verursachten Investitions- oder Folge-/Nutzungskosten und nicht in der Vergütung des freiberuflich Tätigen ihren Ausdruck finde.

Weiter heißt es bei Kaufhold (a.a.O.):

*Der an letzter Stelle der Zuschlagskriterien in Abs. 5 Satz 3 genannte Preis bedeutet jedoch nicht, dass er bzw. das*

*Honorar die geringste Bedeutung der Zuschlagskriterien besäße. Seine Bedeutung und damit sein Gewicht im Verhältnis zu den anderen für geeignet gehaltenen Zuschlagskriterien sollte der Auftraggeber so wählen, wie er dies für den Einzelfall für angemessen hält. Dem Auftraggeber ist dabei ein weitgehender, aber nicht völlig freier Handlungsspielraum zuzugestehen.*

Dieser Handlungsspielraum wäre dann überschritten, so Kaufhold, wenn der Preis nicht mehr in die Wertung einfließen, also die Wichtung null erhalten würde. Der Preis müsse immer dann berücksichtigt werden, wenn unterschiedliche Angebotspreise zu erwarten seien. Selbst bei Leistungen, die in der HOAI verordnet seien, seien Preisunterschiede zwischen den Mindest- und Höchstsätzen, bei den Nebenkosten und bei der Bewertung nicht verordneter Leistungen möglich.

Daher müsse der Preis stets ein Gewicht größer als null erhalten. Auch ein Gewicht von wenig mehr als null (z.B. 4 %) werde als zu gering einzustufen sein. Erst ab einer Größenordnung von 10 % werde der Auftraggeber sicher sein können, dass dem Preis ausreichend Bedeutung beigemessen ist.

Kaufhold betont jedoch zugleich, dass das obere Ende des Handlungsspielraums dann erreicht sei, wenn die Wichtung des Preises zu 100 % gesetzt würde:

*„Auch wenn Auftraggeber dazu neigen, das für sie am einfachsten zu wertende und nach außen darzustellende Kriteri-*

*um „Preis“ am höchsten zu bewerten, ist eine so hohe Wichtung nicht verordnungskonform, weil der Auftraggeber die Entscheidung über die Auftragserteilung nicht mehr unter Bezug auf die erwartete fachliche Leistung träge, sondern unter dem unzulässigen ausschließlichen Bezug auf den Preis.*

Der Auftraggeber müsse also stets die qualitativen Kriterien in die Wertung einbeziehen, die ihm erst die Beurteilung der Angebote nach Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten erlaubt. Dies habe etwa auch die Vergabekammer des Bundes betont (VK Bund, IBR 2004, 723), wonach die Forderung nach dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ nicht dazu führen dürfe, dass der Preis das allein ausschlaggebende Kriterium darstelle.

Auch dürfe der Auftraggeber nicht nur mit den Bewerbern Auftragsverhandlungen führen, die das niedrigste Preisangebot abgegeben haben (vgl. OLG Düsseldorf, IBR 2004, 95), hebt Kaufhold hervor. Selbst bei Leistungen, die der VOL unterliegen, werde eine Wertung von 30 % für den Preis für eine angemessene Größenordnung gehalten, die bei solchen Leistungen dann aber regelmäßig nicht weiter unterschritten werden solle (vgl. OLG Dresden, NZBau 2001, 459, VergabeR 2001, 41, IBR 2001, 140).

Dem ist nichts hinzuzufügen. Leider ist es wie so oft: Ruhe wird erst einkehren, wenn Gerichte entschieden haben und das Risiko für den Bauherrn zu groß wird.

## Wissen und Recherche über Unternehmen mit öffentlichen Aufträgen!

Reguvis



### VORTEILE

- ✓ Sie haben Zugriff auf über 160.000 Unternehmensdaten
- ✓ Die Anzahl der Unternehmen wird kontinuierlich erweitert und aktualisiert
- ✓ Sie erhalten Unterstützung bei der Markterkundung und Gewinnung von Teilnehmern an öffentlichen Ausschreibungen
- ✓ Eine intelligente Suche führt Sie zielsicher durch die Leistungsangebote
- ✓ Sie können Brücken zu Unternehmen und weitere Vergabestellen bauen



Jetzt kostenfrei testen!

