

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



■ *Norbert Portz*

Eine gute Grundlage für gute Verfahren

„Evergreens“: Die Markterkundung –
Ein Instrument mit (viel) Luft nach oben 5

■ *Dipl.-Ing. Ulrich Welter*

Der große Umbruch

Wie es war und wie es sein wird –
Herausforderungen der Planerbranche 14

■ *Rechtsanwältin Annett Hartwecker*

Dringlichkeit bei Organisationsversagen

OLG Frankfurt: Interimsvergabe auch
bei Versäumnissen der Vergabestelle? 27

223

≡ Reguvis

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

	NACHRICHTEN • AKTUELLES	3
	GRUNDSÄTZE DER BESCHAFFUNG UND VERGABE	
	<i>Norbert Portz</i>	
	Eine gute Grundlage für gute Verfahren	
	„Evergreens“: Die Markterkundung – Ein Instrument mit (viel) Luft nach oben	5
	<i>Oberverswaltungsrat Julian Pfeuffers</i>	
	Darum prüfe, wer sich (ewig) bindet ...	
	Zu den Rechtsfolgen beim Verstreichen der Bindefrist – mögliche Reaktionen	12
	<i>Dipl.-Ing. Ulrich Welter</i>	
	Der große Umbruch	
	Wie es war und wie es sein wird – Herausforderungen der Planerbranche	14
	RECHTSPRECHUNG	
	<i>Rechtsanwalt Tobias Köhler</i>	
	Keine Pflicht zur Rücksichtnahme?	18
	<i>Rechtsanwalt Armin Preussler</i>	
	(Un)kalkulierbare Lufttrettung	19
	<i>Rechtsanwalt Kai Blume</i>	
	Zuschlagskriterien nachträglich präzisiert	22
	<i>Rechtsanwalt Simon Gesing</i>	
	Schrittweise Aufklärung	24
	<i>Rechtsanwalt Moritz Schmidt</i>	
	(Nicht) plausibles Leistungsversprechen	25
	<i>Rechtsanwältin Annett Hartwecker</i>	
	Dringlichkeit bei Organisationsversagen	27
	DER TYPISCHE FALL	
	<i>Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch</i>	
	Vom objektiven Empfängerhorizont	29
	DER VERGABE-CHECK	
	<i>Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch</i>	
	Paradiesische Aussichten	31
	MEDIENNAVIGATOR	34
	TERMINE	35

IMPRESSUM

Vergabe Navigator

Öffentliche Aufträge rechtssicher vergeben – Fachinformationen für die Vergabestelle – herausgegeben in Verbindung mit RA Norbert Dippel, Abteilungsleiter Vergabe bei der HL 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, inside, 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

Lea Rasche
Telefon: 0221 97668-423, Telefax: 0221 97668-271
E-Mail: lea.rasche@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

Einzelheft 45,- € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 1,40 € pro Ausgabe/Ausland 4,50 € pro Ausgabe). Der Jahresabopreis beträgt 244,20 € 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 201,80 € 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 97668-240, Telefax: 0221 97668-271
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: © Andrei Apoev / AdobeStock

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.

Anzeigenleitung

André Fischer, andre.fischer@reguvis.de
Reguvis Fachmedien GmbH
Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln
Telefon: 0221 97668-343, Telefax: 0221 97668-288

Anzeigenpreise

Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 17 vom 01.01.2022

Herstellung

Günter Fabritius, Telefon: 0221 97668-182

Satz

TKG Wienpahl, Köln

Druck

Appel & Klinger Druck und Medien GmbH

ISSN:1861-6658

Beispiele für Regelungen zur Verlängerung der Bindefrist

Das OLG hat aber darauf hingewiesen, dass die Rechtslage anders beurteilt werden könne, wenn die Vergabeunterlagen einen Ausschluss verfristeter Angebote vorschreiben. Insofern können öffentliche Auftraggeber durch folgende beispielhafte Regelung in Bewerbungsbedingungen für Klarheit sorgen:

Bindefrist/-verlängerung

- a) *Der Ablauf der Frist für die Geltung der Angebote (Bindefrist) steht einer Zuschlagserteilung nicht entgegen. Der Bieter hat in diesem Fall den Auftrag gegenüber der Vergabestelle unverzüglich zu bestätigen bzw. abzulehnen. Erfordert die verzögerte Zuschlagserteilung eine Verschiebung der Ausführungsfristen, hat der Bieter die Vergabestelle hierauf vor der Auftragsbestätigung hinzuweisen. Unterbleibt der Hinweis, gelten die Ausführungsfristen der Vergabeunterlagen als vereinbart.*
- b) *Auf Verlangen der Vergabestelle haben Bieter innerhalb der von der Vergabestelle vorgegebenen Frist zu erklären, ob sie einer Verlängerung der Bindefrist bis zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt zustimmen. Soweit es aufgrund der verzögerten Zuschlagserteilung erforderlich erscheint, kann die Vergabestelle die Ausführungsfristen des Auftrags in diesem Zusammenhang angemessen verlängern.*
- c) *Angebote von Bieter, die einer Verlängerung der Bindefrist nicht bzw. nicht rechtzeitig zustimmen, werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.*

Während a) lediglich die aktuelle Rechtsprechung wiedergibt, ist unter b) und c) ein zwingender Ausschluss bei fehlender Zustimmung vorgesehen. Dies sorgt für die notwendige Klarheit und Transparenz (vgl. § 97 Abs. 1 GWB). Nachstehende alternative Musterformulierung erscheint für Vergabestellen flexibler, lässt aber Raum für Interpretationen und Anwendungsschwierigkeiten:

„Die Vergabestelle behält es sich vor, Angebote von Bieter, die einer Verlängerung der Bindefrist nicht zustimmen, vom Vergabeverfahren auszuschließen.“

Das Transparenzgebot verlangt von Bewerbungsbedingungen, dass Bewerber und Bieter den Ablauf und die Anforderungen des Verfahrens erkennen können, um über ihre Teilnahme am Verfahren entscheiden zu können (Beck VergabeR/ Mehltitz, 3. Aufl. 2019, VgV § 29 Rn. 31).

Ein Vorbehalt hinsichtlich eines Ausschlusses ohne konkrete Umsetzungsanforderungen wird dem Grundsatz der Transparenz nicht gerecht.

Fazit

Vergabestellen öffentlicher Auftraggeber haben die genaue Bemessung der Bindefrist bereits im Vorfeld eines Vergabeverfahrens auf Angemessenheit zu prüfen und festzulegen. Während der Prüfung der Angebote sollte stets auch das Ablaufdatum der Bindefrist im Auge behal-

ten werden, um gegebenenfalls schnell reagieren zu können.

Zwar steht der Ablauf der Bindefrist einem Zuschlag nicht entgegen, aber der öffentliche Auftraggeber ist dem Willen der Bieter uneingeschränkt ausgeliefert. Um diesem „Damokles-Schwert“ entgegenzutreten, können öffentliche Auftraggeber jedoch Regelungen in Bewerbungsbedingungen zum Umgang von Bindefristverlängerungen und Verweigerungen diesbezüglich treffen, um so für Klarheit zu sorgen.

Der große Umbruch

Wie es war und wie es sein wird – Herausforderungen der Planerbranche



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

Mit der Weiterentwicklung des Vergaberechts und insbesondere der diesbezüglichen Rechtsprechung, gepaart mit dem Wegfall der verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), dem Fachkräftemangel und der großen Nachfrage nach Planerleistungen, richtet sich die Branche zurzeit neu aus. Es entstehen größere und große Einheiten, die künftig selbstbewusster auftreten werden. Die Planer holen nach, was die Bauwirtschaft in den 70er und 80er Jahren vollzogen hatte.

Wie es war, bis Ende der 90er Jahre

Die Planer hatten gute Zeiten. In den 80er und der ersten Hälfte der 90er Jahre gab es ausreichend viele Aufträge. Die HOAI war im Jahr 1985 mit ihren zwingenden Mindest- und Höchstsätzen eingeführt und Aufwand und Ertrag standen in einem Planungsbüro in einem angemessenen Verhältnis. Man machte ein Angebot, verhandelte mit dem Auftraggeber, stellte ggf. sein Angebot in einer Ratssitzung vor und erhielt den Auftrag.

Auch den Auftraggebern ging es gut. Sie kannten die Büros, die sie beauftragten, wussten, welche Leistung sie erhielten, und sie erhielten sie. Vergabevorschriften gab es im Bereich der VOB, nicht aber bzgl. der Planerleistungen. Das begann erst ab dem Jahr 1997 mit der Verdienungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

Wie es war, in den 2000er Jahren

Nun mussten für Maßnahmen mit einem Auftragswert, der über dem Schwellenwert lag, auch die Planungsleistungen europaweit ausgeschrieben werden. Man wollte einen breiteren, aber geregelten Wettbewerb. Die Planer mussten nun Bewerbungen schreiben und Angebote erstellen, diese präsentieren und eine Punktebewertung ihrer Unterlagen hinnehmen. Die VOF wurde umbenannt in „Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen“ und der Aufwand für die Akquise stieg rasant an. Gleichzeitig wurden Aufträge knapp und der Markt verlor 30 % der Büros durch Insolvenz oder Aufgabe.

Die VOF-Verfahren waren geprägt durch schlechte Unterlagen, keine Leistungsbeschreibungen, die eine wirkliche Kalkulation zuließen. Warum auch, es galt ja



noch die HOAI. Auch wenn sich niemand mehr daran hielt und der Preis mit bis zu 100 % gewichtet wurde, berief man sich immer auf die HOAI. Und tatsächlich gab es eine große Zahl so genannter Aufstockungsklagen. Die Planer klagten die Mindestsätze der HOAI ein und die Gerichte sprachen ihnen diese regelmäßig zu.

Die Honorare der HOAI waren mittlerweile nicht mehr auskömmlich, auch wegen der deutlich gestiegenen Akquisekosten. Die geringfügige Erhöhung in der HOAI-Novelle 2009 glich das nicht aus.

Auftraggeber mussten sich mit dem „neuen“ Vergaberecht auseinandersetzen. Sie machten sich angreifbar und setzten Fördergelder aufs Spiel, wenn sie sich nicht daran hielten.

Zudem wurden für Vergaben unterhalb des Schwellenwertes eigene länderspezifische Vergaberegeln eingeführt. Das ging soweit, dass Planungsleistungen in so genannten „vereinfachten VOF-Verfahren“ vergeben werden mussten. Was das sein sollte, wusste niemand und so wurden auch für Vergaben mit einem Wert (Honorar) von 20.000,- € praktisch komplette VOF-Verfahren durchgeführt. Das konnte nicht gehen.

Gleichzeitig hatte die Rechtsprechung auch bezüglich der Vergabe von Planerleistungen Tritts gefasst und treibt seither jeden Monat eine neue Sau durchs Dorf. Spezialisten bildeten sich auch unter den Juristen heraus. Und sie wurden benötigt, weil Widersprüche, Rügen und Klagen zunahm. Öffentlicher Auftraggeber hätte man in dieser Zeit nicht sein wollen.

Wie es war, in den 2010er Jahren

Die Zeiten wurden besser. Planungsaufträge waren nun wieder ausreichend da. Es zeigte sich schnell, dass es zu einem Engpass kommen würde. Die Nachfrage nach Planungsleistungen würde größer werden als das Angebot. Aber noch war es nicht so weit.

Im Sommer 2013 trat die neue HOAI 2013 in Kraft, diesmal verbunden mit einer signifikanten Erhöhung der Honorare. Und doch war die HOAI 2013 die schlechteste aller Zeiten: Zu viele Fehler, zu viele Ungereimtheiten. Und noch immer jede Menge erfolgreicher Aufstockungsklagen.

Mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz ging die VOF im Jahr 2016 gemeinsam mit der VOL/A in der Vergabeverordnung (VgV) auf. Inhaltlich änderte sich nicht viel. Die losweise Vergabe war

in § 97 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für den Regelfall vorgeschrieben und so konnten und mussten öffentliche Auftraggeber auch die Planungsleistungen nach Losen getrennt vergeben.

Objektplanungs- und Fachplanungsleistungen mussten nicht zu einem Gesamtauftragswert addiert werden (vgl. § 3 Abs. 7 S. 2 VgV: Addierung nur von Losen über „gleichartige Leistungen“). Die Zahl der europaweiten Ausschreibung hielt sich damit in Grenzen. Die Qualität der Verfahren (Anfragen, Leistungsbeschreibungen) war deutlich gestiegen, wenngleich nicht immer gut.

Die Kosten für die Teilnahme an einem VgV-Verfahren konnten leicht 20.000,- bis 30.000,- € betragen. Das war in den Honorartafeln der HOAI nicht enthalten. Die Planer mussten mehr und mehr auf Nachträge setzen und taten das auch.

Die der HOAI-Novelle 2013 zugrundeliegenden Daten stammten aus dem Jahr 2010 und waren am Ende des Jahrzehnts schon 10 Jahre alt. Der reine Preiswettbewerb nahm deutlich zu, aber auch die Schlechtleistungen. Die Schadensquote bei den Berufshaftpflichtversicherungen stieg.

Mit dem neuen Werkvertragsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), das am 1.1.2018 in Kraft getreten ist, ergaben sich zunächst keine Änderungen. Erst seit dem Ende 2020 entdeckte die Bauwirtschaft so langsam die Honigtöpfe in den §§ 650b und 650c BGB. Man verlangte nun ein „Nachtrags-LV“, bevor man ein Nachtragsangebot machte. Man fing an, sich zu eigen zu machen, dass es der Auftraggeber ist, der eine Änderung begehrt, und nicht der Werkleister, der einen Nachtrag anbietet.

Wie es jetzt ist

Genau das entdecken nun auch die Planer. Will der Auftraggeber eine Änderung oder eine Ergänzung, so muss er diese neue Leistung zunächst beschreiben, bevor er ein Angebot erhält. Und genau dies ist seine Achillesferse. Er muss nämlich nicht nur den Bedarf zuvor ermitteln, sondern auch seine Ziele beschreiben. Und dann, wenn er ein Angebot hat, muss er im Zweifel 30 Tage verhandeln.

Das alles geht zu seinen Lasten, vor allen Dingen auf die Zeit. Aber es ist geltendes Recht und bietet den Planern ebenso wie der Bauwirtschaft einen sehr langen Hebel. Die Auftraggeber haben das noch nicht verstanden und versuchen, in ihren Vertragsmustern zum Beispiel die Zielfindungsphase gem. § 650p Abs. 2 BGB vertraglich auszuschließen.

Das wird nicht gelingen, weil es nicht gelingen kann, und auf das Nachtragsverhalten kann dies ohnehin keinen Einfluss haben, weil es immer der Auftraggeber ist, der eine Änderung oder Ergänzung begehrt. Und dazu muss er eben die für eine ordnungsgemäße Kalkulation erforderlichen Angaben machen.

Alle Beteiligten werden nicht müde zu betonen, dass die HOAI gut ist, sich bewährt hat und man tunlichst daran festhalten solle. Das gelte auch für die HOAI 2021, die kein zwingendes Preisrecht mehr darstellt, sondern angewendet werden kann, aber nicht muss.

Man negiert standhaft, dass Honorarvereinbarungen deutlich unterhalb der Mindestsätze (40 % bis 50 %, je nach Leistungsbild) die Regel sind. Die Aufträge werden nahezu ausschließlich im reinen Preiswettbewerb statt dem in § 76 Abs. 1 VgV und § 50 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) vorgeschriebenen Leistungswettbewerb vergeben. Zuschlagskriterien von 80 % Preis sind keine Seltenheit, dürften aber rechtswidrig sein, weil sie eben nicht mehr den Leistungswettbewerb vorsehen.

Leistungen und Honorare werden „in Anlehnung an die HOAI“ ausgeschrieben, angefragt und vergeben, obwohl die HOAI nicht mehr angewendet werden muss. Man hat nichts Besseres, will aber die neue Freiheit auskosten.

Dabei werden einzelne Honorarregelungen der HOAI einfach ausgeschlossen. So werden mehrere Objekte zu einem einzigen zusammengefasst. Das Honorar wird nicht auf der Grundlage der Kostenberechnung, sondern auf der Grundlage der Kostenfeststellung abgerechnet, die mitzuverarbeitende Bausubstanz vertraglich ausgeschlossen, ebenso wie ein Umbauschlag und vieles mehr.

Das birgt die Gefahr, dass die verbleibenden und vereinbarten Teile der HOAI der AGB-Inhaltskontrolle unterliegen, denn die HOAI ist nur insgesamt schlüssig und führt nur bei einer Anwendung aller Regelungen zu einem angemessenen Honorar. Es ist so wie bei der VOB/B: „Alles oder Nichts“ – „Rosinenpicken“ geht nicht.

Das wird über kurz oder lang ein Gericht zu entscheiden haben und es ist davon auszugehen, dass es für die Planer und gegen die Auftraggeber ausgeht. Jedenfalls ist davon nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) auszugehen (BGH, Urteil v. 9.7.1981 – VII ZR 139/80 zur HOAI 1976, bestätigt vom BGH mit Urteil v. 13.2.2020 – IX ZR 140/149 zum RVG).

Nachträge, Behinderungen und Bedenken prägen das derzeitige Marktverhalten. Hinzu kommen die deutlichen Preissteigerungen durch Corona, Krise und Krieg, die natürlich auch die Planer bewältigen müssen. Einmal mehr zeigt sich, dass das System der HOAI an sein Ende kommt.

Dem System ist immanent, dass sich Honorarsteigerungen durch allgemeine Kostensteigerungen und damit auch durch den Anstieg der anrechenbaren Kosten sozusagen von allein ergeben. Dass aber Kosten in so großem Umfang wie heute so schnell steigen, das Honorar aber an Kostenberechnungen gebunden ist (vgl. § 6 Abs. 1 HOAI), die teilweise Jahre alt sind, führt zu Schwierigkeiten, die zuvor völlig unbekannt waren. Der Druck im Kessel steigt. Das liegt auch daran, dass die Nachfrage nach Planungsleistungen höher ist als das Angebot.

Die EU-Kommission hat Deutschland aufgefordert, eine generelle Additionsspflicht von Auftragswerten zu veranlassen. Damit würde § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV, der vorsieht, dass bei der Schätzung des Auftragswertes von Planungsleistungen nur Lose über „gleichartige Leistungen“ zu addieren ist, wegfallen.

Hiergehen haben sich die kommunalen Spitzenverbände gemeinsam mit 16 Verbänden und Kammern der Planer in einer Resolution vom 14.12.2022 gewandt.

Die Resolution weist darauf hin, dass – wie sich derzeit abzeichne – die Bundesregierung sich dem Druck der Europäischen Kommission im laufenden Vertragsverletzungsverfahren zur Abschaffung des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV beugen werde. Diese Streichung hätte zu Folge, dass bereits Planungsleistungen aller Fachgebiete für Bauvorhaben mit Baukosten ab ca. 1 Mio. Euro europaweit nach der VgV ausgeschrieben werden müssten.

Dies führe zu einer deutlichen Mehrbelastung – auf Vergabe- und auf Auftragnehmerseite – und sei zudem mit einem Mehr an Bürokratie samt Folgekosten verbunden. Solche kleineren Vorhaben richteten sich an kleine und vor allem regionale Planungsbüros und entfalteten keinerlei Binnenmarktrelevanz.

Die Resolution fordert die Bundesregierung daher auf, nicht im voreuseilenden Gehorsam den Argumenten der EU-Kommission zu folgen, sondern eine Klärung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) herbeizuführen, um die sich ohnehin abzeichnende schwierige wirtschaftliche Lage im Planungs- und Bausektor nicht zusätzlich durch

wirkungslose, aber aufwendige bürokratische Verfahren auf europäischer Ebene zu erschweren.

Die unterzeichnenden Verbände halten es im Übrigen für erforderlich, dass die Bundesregierung kurzfristig eine Klarstellung der Vergabeverordnung (VgV) dahingehend vornimmt, dass die EU-weite Vergabe von freiberuflichen Leistungen/Planungsleistungen erst ab einem EU-Schwellenwert in Höhe von 750.000,- € (netto) erfolgt.

Anknüpfungspunkt ist die bereits geltende Regelung für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhang XIV der EU-Richtlinie 2014/24/EU.

Es sei sachgerecht, heißt es in der Resolution, dass Planungsleistungen/freiberufliche Leistungen als sonstige Dienstleistungen klassifiziert und dem Anwendungsbereich der vorgenannten Vorschrift zugeordnet würden. Dies würde die Anzahl europaweit auszuschreibender Aufträge aufgrund des für diese Dienstleistungen geltenden höheren Schwellenwerts in Höhe von derzeit 750.000,- € deutlich verringern.

Die Resolution verweist insoweit auf den gleichlautenden Entschließungsantrag des Freistaates Bayern im Bundesrat vom 23.11.2022 (BR-Drs. 602/22).

In § 97 GWB sind die allgemeinen Grundsätze der Vergabe enthalten, sie lauten u.a.:

- Wettbewerbsgrundsatz (= Vergabe im Wettbewerb)
- Transparenzgebot
- Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgrundsatz
- Förderung mittelständischer Interessen (Pflicht zur Losaufteilung)

Die Pflicht zur losweisen Vergabe würde zwar auch weiterhin bestehen, aber wenn alle Planungslose bezüglich des Auftragswertes zu addieren sind, welche Fachlose ergeben sich dann noch? Wenn der Auftraggeber nach wie vor eine Objektplanung, eine Tragwerksplanung und eine Planung der Technischen Ausrüstung als Fachlose gem. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB getrennt vergeben muss, aber für die Vergabe jedes dieser Lose stets alle Lose zu addieren sind, welchen Sinn macht dann eine losweise Vergabe?

Es wäre ein Irrsinn, wenn eine Tragwerksplanung, die für sich genommen einen Wert von zum Beispiel 100.000,- € hat, aber addiert mit den Leistungen der Objektplanung und denen der Technischen Ausrüstung oberhalb des Schwellenwertes liegt, europaweit ausgeschrieben werden muss, um im Anschluss als Fachlos gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB

wieder getrennt vergeben zu werden. Wer soll das verstehen? Und welchem öffentlichen Auftraggeber ist das zuzumuten? De facto würde die verpflichtende losweise Vergabe von Planungsleistungen ausgehebelt und damit auch die unmittelbare und gesetzlich verankerte Förderung des Mittelstandes.

Wie die Sache ausgehen wird? Man weiß es nicht. Die betroffenen Planer und ihre Auftraggeber sollten sich darauf einstellen, dass in wenigen Monaten die Auftragswerte sämtlich zu addieren sind und eine losweise Vergabe nicht mehr den Regelfall darstellen wird.

Es wird einzuwenden sein, dass ein Auftraggeber sehr wohl Interesse an der Vergabe eines getrennten Loses haben kann, wenn zum Beispiel nur spezialisierte Büros in Frage kommen und man eben kein Interesse an einem Generalplaner hat. Das kann im Einzelfall durchaus sinnvoll sein. An einer europaweiten Ausschreibung auch dieses Spezialloses indes ändert dies nichts.

Es sei denn, der öffentliche Auftraggeber macht von der Möglichkeit des § 3 Abs. 9 VgV („80/20-Regelung“) Gebrauch und kann davon Gebrauch machen. Nach dieser Vorschrift kann ein kleineres Los mit einem Wert von bis zu 80.000,- € separat und nur national vergeben werden. Dies aber nur dann, wenn die Summe der kleinen, nur national zu vergebenden Lose nicht mehr als 20 % des Gesamtauftragswertes ausmacht.

Wie auch immer man es dreht und wendet, der Gesamtauftragswert über alle Lose wird zu ermitteln sein. Und öffentliche Auftraggeber, die nicht über die erforderlichen Kapazitäten und das nötige vergaberechtliche Fachwissen verfügen, werden im Tagesgeschäft Generalplanervergaben bevorzugen.

Noch nie wurden so viele Planungsbüros gekauft und verkauft wie derzeit. Überlebensfähig werden Büros sein, wenn sie entweder klein sind und weniger als 10 Mitarbeiter/-innen haben oder wenn sie zumindest 300 Mitarbeiter/-innen beschäftigen. Alle dazwischenliegenden Größen werden entweder als Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften oder als Subplaner arbeiten müssen.

Das ist nur bei privaten Auftraggebern anders. „Groß gewinnt“ hält nun auch Einzug in den Planermarkt. Das widerspricht zwar dem deutschen Marktgefüge, denn auch die rd. 15.000 öffentlichen Auftraggeber mit rd. 30.000 Vergabestellen sind eher klein strukturiert. Aber aufhalten kann den Trend hin zum „Großen“ niemand.

Wie es künftig sein wird

Prognosen haben es an sich, dass sie meist nicht zutreffen, denn erstens kommt es anders und zweitens als man denkt. Und doch sollten wir die Zeichen der Zeit erkennen, ernst nehmen und unser Handeln danach ausrichten.

Wenn die in § 97 GWB vorgeschriebene losweise Vergabe nun fallen wird (siehe oben), ist das gleichbedeutend mit dem Ruf nach Generalplanern.

Selbst wenn der Schwellenwert für die Vergabe von Planungsleistungen auf 750.000,- € angehoben wird, bleibt es dabei, dass auch die öffentlichen Auftraggeber und hier insbesondere die kleineren Kommunen nicht über die erforderliche Sach- und Fachkunde verfügen. Das wird sich tendenziell verschärfen, weil es allerorten an Fachkräften mangelt. Einer für alles, ein Generalplaner, der sich seine Subplaner sucht, wird der Regelfall werden, auch für kleinere Vorhaben.

Damit wird sich zum einen die Gruppe der Generalplaner und zum anderen die Gruppe der Subplaner entwickeln. Auftraggeber werden mit den Generalplanern und nicht mit den Subplanern zu tun haben. Und die Generalplaner werden wissen, wie sie ihre Rechte gegenüber dem Auftraggeber durchsetzen können. Sie werden das auch tun müssen, weil auch die Subplaner genau wissen, welche Rechte sie gegenüber dem Generalplaner haben.

Schon heute ist es so, dass bei fehlender textlicher Honorarvereinbarung ein Subplaner gemäß § 7 Abs. 1 HOAI gegenüber dem Generalplaner nach den Mindestsätzen der HOAI abrechnen kann/muss, der Generalplaner aber gegenüber dem Auftraggeber ggf. nicht, weil er eine andere Honorarvereinbarung wirksam getroffen hat (zum Beispiel Pauschalvereinbarung).

Auch in Zukunft wird sich vieles, wenn auch nicht mehr alles, um die HOAI

drehen, weil die öffentlichen Auftraggeber darauf angewiesen sind. Sie sind meist nicht in der Lage, Angebote, die ohne Bezug zur HOAI abgegeben werden, zu bewerten. Wer die HOAI kennt und sie da anwendet, wo sie von Nutzen ist, gewinnt. Und wer sie da nicht anwendet, wo sie nicht von Nutzen ist, gewinnt noch mehr.

Planer kennen ihre Kosten, sie sind schließlich Wirtschaftsunternehmen. Die Zeit der unwissenden kleinen Büros geht dem Ende zu. Künftig werden es die öffentlichen Auftraggeber mit selbstwussten, wirtschaftlich agierenden Planungsgesellschaften zu tun haben. Behinderungsanzeigen, Bedenkenmeldungen und Nachträge werden noch deutlich zunehmen. Das hat schon begonnen.

Und die Planer müssen das tun, weil die Rechtsprechung das verlangt. So zum Beispiel hinsichtlich eines fehlenden Baugrundgutachtens (OLG Naumburg, Urteil v. 29.1.2014 – 12 U 149/13). Danach ist der Planer gut beraten, dem Auftraggeber, der nicht schon zur Leistungsphase 2 ein Baugrundgutachten zur Verfügung stellt, seine Bedenken anzuzeigen, und zwar schriftlich:

„... melden wir gegen die von Ihnen vorgesehene Art der Planung, nämlich die Vor- und die Entwurfsplanung ohne vorliegendes, aussagekräftiges Baugrundgutachten erstellen zu lassen, Bedenken an. Wichtige Informationen über Baugrund und Untergrund liegen ohne ein solches Gutachten nicht vor. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass dies dazu führen kann, dass unsere gesamte Planung unbrauchbar wird. Wir fordern Sie auf, den Bedenken durch Vorlage eines vollständigen und aussagekräftigen Gutachtens bis zum ... abzuwehren.“

Oder auch, dass ein schriftlicher Auftrag Anspruchsvoraussetzung gegenüber einer Kommune ist. Ist der Auftrag (und

auch der Nachtrag!) nicht schriftlich erteilt, geht der Planer leer aus, so das OLG Hamm im Beschluss vom 26.8.2021 (24 U, vgl. hierzu Vergabenavigator 6/22, S. 10 f., „Jetzt wird's eng“).

Das alles wird nicht nur Spuren hinterlassen, sondern den Markt komplett umkrepeln. Und alle sind betroffen. Die Auftraggeber und die Planer. Jeder muss seine neuen Rollen finden und einnehmen. Ob es besser wird, ist stark zu bezweifeln, aber es wird aufwendiger und vor allen Dingen anders, als es war und als es derzeit ist.

Worauf sich öffentliche Auftraggeber einstellen müssen

- Planer werden das neue BGB entdecken und sich bei ihren Nachträgen danach verhalten.
- Der Auftraggeber schuldet ein Nachtrags-LV, auch gegenüber dem Planer.
- Die Planer schließen sich zu größeren und stärkeren Einheiten zusammen.
- Planer treten entweder als Generalplaner oder als Subplaner auf.
- Die Vergabe wird komplizierter und langwieriger.
- Auftraggeber benötigen mehr Know-how bzgl. der Vergabe.
- Auch Auftraggeber müssen konsequentes Vertragsmanagement betreiben.
- Planer werden darüber hinaus ein konsequentes Nachtragsmanagement installieren.
- Die Projektabwicklung wird mehr Bürokratie und mehr Zeit benötigen.
- Die Kosten werden steigen.

Fazit

Alles wird anders, aber nichts wird besser werden. Stellen Sie sich darauf ein und machen Sie das Beste daraus.



Reguvis

**Wissen und Recherche
über Unternehmen
mit öffentlichen Aufträgen!**



**Jetzt kostenfrei
testen!**

