

Vergaberecht

April 2017

Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach neuem Vergaberecht

Mit der umfassenden Reform des Vergaberechts, die am 18. April 2016 in Kraft getreten ist, wurde das Rechtssystem für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EU Schwellenwerte reformiert. Architekten und Ingenieure, die sich um öffentliche Aufträge bemühen, sind hiervon ebenso betroffen wie öffentliche Auftraggeber, die Aufträge über Architekten- und Ingenieurleistungen ausschreiben.

Die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ist im Zuge der Reform vollständig entfallen. Architekten- und Ingenieurleistungen sowie die diesbezüglichen Verfahren und Wettbewerbe sind nunmehr in den §§ 73 ff. VgV geregelt, die die VOF ersetzen. Auch wenn die Reform des EU-Vergaberechts mittlerweile seit fast einem Jahr in Kraft ist und viele öffentliche Auftraggeber die neuen Bestimmungen anwenden, ist das neue Recht für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen noch nicht bei allen Beteiligten in der Praxis angekommen. Auch im Frühjahr 2017 finden sich im EU-Amtsblatt noch Auftragsbekanntmachungen, die auf die außer Kraft getretenen Regelungen der VOF Bezug nehmen.

Am 7. Februar 2017 ist zudem die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden. Die Reform des Vergaberechts ist damit auch für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte eingeleitet und muss lediglich noch durch den Haushaltsgesetzgeber in Bund und Ländern umgesetzt werden. Nachdem ursprünglich eine Einbeziehung von freiberuflichen Leistungen in den Anwendungsbereich der UVgO beabsichtigt war, ist nunmehr – im Einklang mit der bisherigen Rechtslage und Rechtspraxis – vorgesehen, dass öffentliche Aufträge über freiberufliche Leistungen grundsätzlich in einem formlosen wettbewerblichen Verfahren („im Wettbewerb“) zu vergeben sind.

Dies alles ist – neben weiteren Entwicklungen auf EU-Ebene, die durch die EU-Kommission angestoßen wurden – Anlass genug, sich noch einmal die für die Praxis wichtigsten Neuregelungen für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zu vergegenwärtigen.

Die wichtigsten Änderungen im Überblick

Die neue VgV ist umfangreicher und regelt die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen weitaus detaillierter als der bisherige 2. Abschnitt der VOL/A. Die Unterscheidung zwischen freiberuflichen und sonstigen Dienstleistungen wurde weitestgehend aufgehoben. Lediglich in § 29 Abs. 2 S. 2 VgV werden freiberufliche Leistungen noch erwähnt. Danach muss Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/B) nicht in Verträge über freiberufliche Leistungen einbezogen werden.

Zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen finden sich nunmehr Sonderregelungen in Abschnitt 6 der VgV, die die allgemeinen Vorschriften für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen er-

gänzen und teilweise ersetzen. Bei Widersprüchen haben sie Vorrang vor den allgemeinen Regelungen. In den §§ 78 ff. VgV werden die Planungswettbewerbe, die nun in §§ 69 ff. VgV für alle Dienstleistungsarten geregelt sind, für die besonderen Leistungen der Architekten und Ingenieure konkretisiert und zum Teil verändert, z. B. bei den Bestimmungen über das Preisgericht.

Architekten- und Ingenieurleistungen EU-weit oder national ausschreiben?

Öffentliche Auftraggeber stehen in der Praxis in der Regel zunächst einmal vor der Entscheidung, ob sie Architekten- und Ingenieurleistungen EU-weit ausschreiben müssen oder ob sie die Leistungen – weitestgehend formfrei – nach nationalem Recht beauftragen dürfen.

Im Ausgangspunkt gilt für Architekten- und Ingenieurleistungen, wie für alle anderen Dienstleistungen auch, dass eine Pflicht zur Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens erst bei Erreichen des maßgeblichen Schwellenwerts nach § 106 Abs. 1 Nr. 1 GWB von derzeit EUR 209.000,00 besteht. Bei der Schätzung des Auftragswertes stehen öffentliche Auftraggeber dann aber oftmals vor großen Herausforderungen. Wenn der Auftrag unterschiedliche Leistungen der Objekt- und Fachplanung umfasst, stellt sich die Frage, ob diese Leistungen bei der Auftragswertschätzung zusammengerechnet werden müssen. § 3 Abs. 7 S. 2 VgV hält eine Antwort auf diese Frage bereit: Danach muss eine Gesamtbetrachtung erfolgen, wenn es sich um gleichartige Planungsleistungen handelt. Sofern Leistungen der Objekt- und der unterschiedlichen Fachplanungsdisziplinen nicht als gleichartig angesehen werden, könnten die Werte der Einzelleistungen getrennt betrachtet werden und bei Unterschreiten des EU-Schwellenwertes eine formfreie Ausschreibung nach nationalem Recht gerechtfertigt sein.

Die EU-Kommission hält diese Regelung des deutschen Rechts allerdings für europarechtswidrig. Ein gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren hat sie im vergangenen Jahr zwar nicht weiter verfolgt. Das hatte jedoch formale Gründe. An ihrer Auffassung zur Europarechtswidrigkeit von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV hält die Kommission ausdrücklich fest. Auch das OLG München hat in einer aktuellen Entscheidung Bedenken an der Übereinstimmung der gleichlautenden Regelung des § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO mit den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien geäußert (OLG München, Beschluss vom 13.03.2017, Verg 15/16). Das OLG München weist darauf hin, dass sich eine Einschränkung wie im deutschen Recht nach §§ 3 Abs. 7 S. 2 VgV, 2 Abs. 7 S. 2 SektVO, wonach nur gleichartige Planungsleistungen zu addieren sind, in der Richtlinie 2014/25/EU nicht findet. Dasselbe gilt für die allgemeine Vergaberichtlinie 2014/24/EU.

Ob sich die vom OLG München angedeutete Tendenz in der Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. In dem vom OLG München entschiedenen Fall war die Frage der Europarechtswidrigkeit von § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO letztlich nicht entscheidungserheblich. Es ist aber zu erwarten, dass dieses Thema bei nächster Gelegenheit erneut aufgegriffen wird. Eine Vorlage einer Vergabekammer oder eines Vergabesenats an den EuGH

ist möglich. Der mit einem solchen Verfahren beim EuGH für öffentliche Auftraggeber verbundene Zeitverlust kann vermieden werden, wenn die Werte unterschiedlicher Leistungsbilder für die Planung eines Objektes zusammengerechnet und die Planungsleistungen bei Erreichen des Schwellenwertes insgesamt EU-weit ausgeschrieben werden. Diese Vorgehensweise erscheint insbesondere auch für die öffentlichen Auftraggeber am sichersten, deren Projekte mit EU-Fördergeldern realisiert werden. Anderenfalls kann die Rückforderung von Fördergeldern drohen.

Unabhängig davon kann nach allgemeinen europarechtlichen Grundsätzen eine EU-weite Vergabe erforderlich sein, selbst wenn der geschätzte Auftragswert im Einzelfall den maßgeblichen EU-Schwellenwert unterschreitet. Der Europäische Gerichtshof hat hierfür als Voraussetzung aufgestellt, dass ein Auftrag trotz Unterschreitens des Schwellenwerts ein eindeutig grenzüberschreitendes Interesse aufweisen muss. Es wird in diesem Zusammenhang auch von der Binnenmarktrelevanz eines Auftrags gesprochen. Dieses eindeutig grenzüberschreitende Interesse ist nicht abstrakt zu bestimmen, sondern bemisst sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Es reicht nicht aus, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse hypothetisch möglich ist und nicht ausgeschlossen werden kann. Es muss vielmehr durch konkrete Tatsachen positiv belegbar sein. Ein schematisches Vorgehen nach dem Grundsatz „Im Zweifel für die Binnenmarktrelevanz“ ist daher weder praxisgerecht noch rechtlich geboten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH können ein gewisses Volumen des fraglichen Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, technischen Merkmalen des Auftrags oder Besonderheiten der betreffenden Waren ein eindeutig grenzüberschreitendes Interesse begründen. Wenn in anderen Mitgliedstaaten ansässige Wirtschaftsteilnehmer Beschwerden gegen Auftraggeberentscheidungen im Zusammenhang mit dem Beschaffungsvorgang eingelegt haben, kann dies ebenfalls für ein eindeutig grenzüberschreitendes Interesse sprechen, sofern diese Beschwerden real und nicht fiktiv sind. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass Bieter aus anderen Mitgliedstaaten im Auftragsfall gezwungen wären, sich an den Rechts- und Verwaltungsrahmen des Mitgliedstaats des Leistungsorts und an die dortigen sprachlichen Anforderungen anzupassen, womit regelmäßig zusätzliche Belastungen und zusätzliche Kosten verbunden sein können.

Vergabeverfahrensarten

Architekten- und Ingenieurleistungen werden gemäß § 74 VgV in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 17 VgV oder im wettbewerblichen Dialog nach § 18 VgV vergeben. Erwägungsgrund 43 der Richtlinie 2014/24/EU sieht diese beiden Verfahren als die empfehlenswerten an. Öffentliche Auftraggeber können bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen neben dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog nunmehr jedoch auch das offene und das nicht offene Verfahren wählen. Nach dem alten Recht war umstritten, ob § 3 Abs. 1 VOF allein das Verhandlungsverfahren zuließ und andere Verfahrensarten im Umkehrschluss ausschloss.

Die Entscheidung über die Verfahrensart und die Zuschlagserteilung auf die ersten Angebote im Verhandlungsverfahren unterfällt dem Verfahrensgestaltungsrecht des öffentlichen Auftraggebers. Solange die übergeordneten Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung eingehalten werden, können Bieter jedenfalls keine bestimmte Verfahrensart für sich beanspruchen.

Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Die Bewerber, die ihre Eignung gemäß den festgelegten Eignungskriterien nachgewiesen haben, werden vom öffentlichen Auftraggeber aufgefordert, vor der Verhandlung ein Erstangebot abzugeben. In der Regel folgt ein dynamischer Prozess, in dem Auftraggeber und Bieter so lange über die Angebote verhandeln, bis die Erwartungshaltung des Auftraggebers und das Leistungsversprechen der Bieter so miteinander in Einklang gebracht worden sind, dass das Verfahren durch Zuschlagserteilung beendet werden kann.

Wenn der Auftraggeber in Verhandlungen eintritt und dann beabsichtigt, diese abzuschließen, so muss er gemäß § 17 Abs. 14 VgV die verbleibenden Bieter hiervon unterrichten und allen eine einheitliche Frist zur Überarbeitung oder Erneuerung ihrer Angebote setzen.

Bemerkenswert ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach § 17 Abs. 11 VgV, wenn er sich dies in der Bekanntmachung vorbehalten hat, den Zuschlag sofort und ohne in Verhandlungen zu treten auf das erste Angebot erteilen kann. Bereits das Erstangebot muss in diesem Fall somit vollständig durchgeplant und wirtschaftlich durchkalkuliert sein. Ob und inwieweit diese Vorgehensweise gerade bei der Vergabe von Planungsleistungen zweckmäßig sein kann, wird im Einzelfall von öffentlichen Auftraggebern sorgfältig zu prüfen und zu dokumentieren sein.

Wettbewerblicher Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Er ist unter denselben Voraussetzungen zulässig wie das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Nach einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb tritt der Auftraggeber gemäß § 119 Abs. 6 GWB mit den ausgewählten Bewerbern in einen Dialog zur Erörterung der Auftragsvergabe ein.

Nach Erwägungsgrund 42 der Richtlinie 2014/24/EU soll der wettbewerbliche Dialog zum Beispiel bei innovativen Projekten, bei der Realisierung großer, integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder bei Projekten mit einer komplexen, strukturierten Finanzierung in Betracht kommen.

Planungswettbewerbe

Planungswettbewerbe für Architekten und Ingenieure sind nun in § 78 ff. VgV geregelt. Sie können dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgeschaltet sein. Bei den in § 78 Abs. 2 VgV genannten Aufgaben (Hoch-, Städte- sowie Brückenbau und – was neu ist – in der Landschafts- und Freiraumplanung) müssen öffentliche Auftraggeber stets im Voraus prüfen, ob ein Planungswettbewerb durchgeführt werden soll. Die Entscheidung muss dokumentiert werden.

Gemäß § 70 Abs. 2 VgV müssen öffentliche Auftraggeber im Planungswettbewerb den Bewerbern schon in der Wettbewerbsbekanntmachung die Eignungskriterien und die zum Nachweis der Eignung erforderlichen Unterlagen benennen, wenn sie beabsichtigen, im Anschluss daran einen Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu vergeben. Wenn das Ergebnis des Planungswettbewerbs realisiert werden soll, muss

der öffentliche Auftraggeber gemäß § 80 Abs. 1 VgV in der Aufforderung zur Teilnahme an den Verhandlungen die zum Nachweis der Eignung erforderlichen Unterlagen für die in der Wettbewerbsbekanntmachung genannten Eignungskriterien verlangen. Bevor er in die Verhandlungen eintritt, muss der öffentliche Auftraggeber diese Eignungsnachweise prüfen.

Bei einem Planungswettbewerb mit beschränkter Teilnehmerzahl hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 71 Abs. 3 VgV eindeutige und nichtdiskriminierende Auswahlkriterien festzulegen. Wichtig ist, dass die Zulassung von Teilnehmern an einem Planungswettbewerb nicht auf das Gebiet eines Mitgliedstaates der EU beschränkt werden darf.

Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung

Mit der Aufgabe der VOF ist auch der dort verwendete Begriff der Aufgabenbeschreibung weggefallen. Maßgebliche Vergabe- und Vertragsunterlage ist nunmehr auch bei Architekten- und Ingenieurauftragsvergaben die Leistungsbeschreibung. Auch Architekten- und Ingenieurleistungen sind nach der zentralen Vorschrift des § 121 Abs. 1 S. 1 GWB eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Ziel ist, wie in anderen Dienstleistungsbereichen auch, dass die Leistungsbeschreibung von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden werden kann und die auf dieser Grundlage erstellten Angebote miteinander vergleichbar sind. Soweit es bei der Vergabe von Planungsleistungen nicht möglich ist, den Planungsinhalt vorab zu beschreiben, ist es ausreichend, aber auch erforderlich, die zu lösende Planungsaufgabe, die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung insoweit eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Das wird gesetzlich in § 121 Abs. 1 S. 2 GWB klargestellt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich in der Praxis auch nach der Vergaberechtsreform die Frage, ob öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, den Bietern für die Angebotserstellung die anrechenbaren Kosten und auch die Honorarzone nach der HOAI vorzugeben. Hier ist die vergaberechtliche Rechtsprechung nach wie vor nicht einheitlich. Mehrheitlich wird jedoch die Meinung vertreten, dass eine solche Pflicht nicht besteht (vgl. etwa OLG Koblenz, Beschluss vom 29.01.2014, 1 Verg 14/13). Der öffentliche Auftraggeber dürfe darauf vertrauen, dass die Bieter die für die Ermittlung ihres nach der HOAI zulässigen Honorars erforderlichen Grundlagen in eigener Verantwortung prüfen.

Auch wenn dies in der Praxis dazu führen kann, dass Bieter die Planungsanforderungen unterschiedlich beurteilen und ihrem Honorar unterschiedliche Honorarzonen zugrunde legen, erscheint diese Sichtweise überzeugend. Umso mehr sind öffentliche Auftraggeber jedoch gehalten, die Planungsaufgabe und die Rahmenbedingungen so detailliert und präzise wie möglich zu beschreiben, damit das Risiko unterschiedlicher Honorarzonen reduziert werden kann. Wenn sich bei der Angebotsprüfung Fehler oder Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung herausstellen, die dazu geführt haben, dass die Bieter unterschiedliche Honorarzonen angenommen haben, muss der Auftraggeber seine Leistungsbeschreibung notfalls korrigieren, das Verfahren zurückversetzen und allen Bietern die Gelegenheit geben, ihre Angebote zu überarbeiten. Hat ein Bieter aufgrund einer insoweit eindeutigen Leistungsbeschreibung seinerseits fehlerhaft eine nicht zutreffende Honorarzone zugrunde gelegt, droht in der Regel der Ausschluss.

Neuerungen bei der Eignungsprüfung

Die Regelungen zur Eignungsprüfung sind nunmehr in die VgV integriert. Für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen finden sich Sonderregelungen in § 75 VgV. Als besondere Ausprägung des übergeordneten Wettbewerbsgebots, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, aber auch des Grundsatzes mittelstandsfreundlicher Vergabe sind die Eignungskriterien gemäß § 75 Abs. 4 S. 2 VgV bei geeigneten Aufgabenstellungen so zu wählen, dass sich auch kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger beteiligen können. Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung zugunsten kleinerer Büros eine noch breitere Wettbewerbsbasis schaffen. In diese Richtung geht auch die Neuregelung in § 75 Abs. 5 S. 3 VgV, wonach es für die Vergleichbarkeit von nachzuweisenden Referenzprojekten „nicht zwangsläufig“ darauf ankommen soll, dass das Referenzprojekt die gleiche Nutzungsart wie das zu planende Projekt aufweist. Danach ist es zwar nicht verboten, auf die Nutzungsart abzustellen. Da die Nutzungsart von Referenzprojekten in der Regel jedoch keinen Aufschluss darüber gibt, ob ein Bewerber mit Blick auf das zu planende Vorhaben die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit aufweist, bedarf es einer besonderen Rechtfertigung, wenn die Nutzungsart gleichwohl maßgeblich sein soll. Die Begründung ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

Eine weitere Möglichkeit zur Schaffung einer breiteren Wettbewerbsbasis besteht gemäß § 46 Abs. 3 S. 1 VgV in der Zulassung eines längeren Referenzzeitraums als drei Jahre, was gerade bei Architekten- und Ingenieurleistungen aufgrund der oftmals langfristigen Vertragsbindungen sinnvoll erscheint.

Für neu gegründete Büros gilt nach der Vergaberechtsreform unverändert, dass sie sich auf die Referenzen eines Vorgängerbüros berufen dürfen, wenn eine weitgehende Identität zwischen den Personen, die für die Referenzaufträge zuständig waren und den Mitarbeitern in dem neu gegründeten Büro, die für die Ausführung des strittigen Auftrags vorgesehen sind, festgestellt werden kann. Bieter und Bewerber sollten sich daher auch von hohen Eignungsanforderungen nicht abschrecken lassen, wenn das erforderliche Know-how bei den Mitarbeitern des neu gegründeten Büros nachweislich vorhanden ist. Ob und inwieweit sich (beispielsweise nach einer Abspaltung) auch ein noch bestehendes Vorgängerbüro ebenfalls auf die Referenzen berufen kann, wird davon abhängen, inwieweit die betreffenden Mitarbeiter auf das Nachfolgebüro übergegangen sind oder weiterhin in dem Vorgängerbüro arbeiten.

Zuschlagskriterien: Vorrang des Leistungswettbewerbs!

§ 76 Abs. 1 VgV legt fest, dass Architekten- und Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb vergeben werden. Nach der Verordnungsbegründung ist Wesensmerkmal dieser Vergabeverfahren die Aufstellung und Beurteilung von Qualitätskriterien. Leistungen außerhalb des Anwendungsbereichs der HOAI, wie Beratungsleistungen, besondere Leistungen nach § 3 Abs. 3 HOAI, gutachterliche Tätigkeiten, Projektmanagementleistungen, die Planung des Abbruchs von Gebäuden und andere Leistungen, für die die Qualifikation eines Architekten oder Ingenieurs erforderlich ist oder vom Auftraggeber gefordert wird, fallen gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 2 VgV ebenfalls in den Anwendungsbereich des Abschnitts 6 der VgV. Auch für sie gilt der Vorrang des Leistungswettbewerbs nach § 76 Abs. 1 VgV.

Aus dieser Regelung folgt jedoch kein Verbot, auch den Preis bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu berücksichtigen. Im

Gegenteil kann bei haushaltsrechtlich gebundenen Auftraggebern aus dem Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung sogar eine Pflicht abgeleitet werden, der Zuschlagsentscheidung auch preisliche Aspekte zugrunde zu legen. In diesem Fall ist der durch die HOAI vorgeschriebene Rahmen zu berücksichtigen, soweit für die ausgeschriebenen Leistungen das Preisrecht der HOAI gilt. Aus den nur sehr eingeschränkten Spielräumen, die die HOAI bei der Preisgestaltung eröffnet, folgt, dass die Zuschlagsentscheidung weit überwiegend aufgrund der nach dem Angebot zu erwartenden Qualität der Leistung zu treffen ist. Diesen Grundsatz stellt § 76 Abs. 1 VgV klar.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch auch, dass die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen Europarechtswidrigkeit der HOAI eingeleitet und am 17. November 2016 Klage zum EuGH erhoben hat. Die EU-Kommission sieht in den Regelungen der HOAI Verstöße gegen die Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG), gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 Abs. 1 AEUV und die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 Abs. 1 AEUV. Solange der EuGH allerdings nicht festgestellt hat, dass die HOAI gegen höherrangiges EU-Recht verstößt, sind Angebote, die die durch die HOAI vorgegebenen Mindestsätze unterschreiten, zwingend auszuschließen.

§ 58 Abs. 2 S. 3 VgV stellt für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nunmehr ausdrücklich klar, dass es zulässig ist, auf eine Preiswertung vollständig zu verzichten und den Zuschlag ausschließlich aufgrund qualitativer Kriterien zu erteilen. Hierzu zählen gemäß § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Davon ist nach den Erwägungsgründen der zugrunde liegenden Richtlinie 2014/24/EU bei geistig-schöpferischen Tätigkeiten regelmäßig auszugehen.

Damit ist das nach altem Recht auch für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen geltende Verbot der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien weitgehend aufgehoben. Auftraggeber sind allerdings weiterhin gut beraten, im Einzelfall, insbesondere bei nur eingeschränkt planerischen Tätigkeiten, ab Leistungsphase 6 genau zu prüfen und zu begründen, ob und inwieweit der Architekt oder der Ingenieur tatsächlich eine geistig-schöpferische Tätigkeit schuldet, wenn sie die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals bewerten wollen. Darüber hinaus sind Doppelbewertungen zu vermeiden. Auftraggeber müssen sich entscheiden, ob sie die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung betrauten Personals der Eignungsprüfung oder der Angebotswertung zugrunde legen wollen.

Haben Bieter einen Anspruch auf Kostenerstattung und auf Vergütung von Angebotsunterlagen?

Die Erstellung von Angeboten begründet grundsätzlich keinen Anspruch von Architekten und Ingenieuren auf Kostenerstattung oder Vergütung (§ 77 Abs. 1 VgV).

Der Auftraggeber darf jedoch „darüber hinaus“ im Rahmen von Planungswettbewerben, Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen Lösungsvorschläge in Form von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, Berechnungen und anderen Unterlagen fordern. Macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss er gemäß § 77 Abs. 2 VgV hierfür eine für alle Bewerber einheitliche angemessene Vergütung festlegen. Der verwendete Begriff der „Vergütung“ ist in diesem Zusammenhang nicht zutreffend. Bieter können keinen Gewinnanteil

fordern, es handelt sich lediglich um einen Kostenerstattungsanspruch.

Die Unterlagen müssen, um einen vergaberechtlichen Kostenerstattungsanspruch auszulösen, von einer Qualität sein, die über das hinausgeht, was Dienstleister im Rahmen einer rein werbenden Tätigkeit an Angebots- und Bewerbungsunterlagen üblicherweise erstellen. Es muss sich also um eine (teilweise) vorweggenommene Leistungserbringung handeln. Die Forderung des Auftraggebers nach einer städtebaulichen Ideenskizze kann dahinter zurückbleiben (OLG München, Urteil vom 21.07.2015, 9 U 1676/13). Entscheidend ist, dass der Lösungsvorschlag vom Auftraggeber tatsächlich verlangt wurde. Unterlagen, die Bieter eigeninitiativ erstellen und mit dem Angebot einreichen, lösen keine vergaberechtlichen Kostenerstattungsansprüche aus.

Weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen. Insbesondere kann keine Vergütung nach der HOAI verlangt werden, da durch die Teilnahme an einem Vergabeverfahren noch kein Architekten- oder Ingenieurvertrag begründet wird. Wenn Bieter der Meinung sind, dass die gewährte Kostenerstattung unangemessen ist, müssen sie die Festlegung rügen und ggf. Nachprüfung beantragen. Die Vergabekammer kann den Auftraggeber dann evtl. dazu verpflichten, eine Kostenerstattung unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung neu festzulegen. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Vergabekammer, ihrerseits die exakte Höhe einer angemessenen Kostenerstattung zu bestimmen. Versäumt der Bieter die Festlegung der Kostenerstattungshöhe zu rügen und ggf. Nachprüfung zu beantragen, ist er an die tatsächlich festgelegte Höhe gebunden und eine spätere Klage vor den Zivilgerichten hat keine Aussicht auf Erfolg (BGH, Urteil vom 19.04.2016, X ZR 77/14).

Fazit

Die Reform des Vergaberechts für Architekten und Ingenieure hat in vielen Fragen für mehr Klarheit und Sicherheit für öffentliche Auftraggeber und für Bieter gesorgt. Einige strittige Themen sind weiterhin ungelöst, vieles bleibt auch ein Jahr nach Inkrafttreten der Reform im Fluss.

Offen ist nach wie vor, ob der deutsche Sonderweg bei der Schwellenwertberechnung, der auf die „Gleichartigkeit“ von Planungsleistungen abstellt, eine Zukunft haben wird. Um Rügen und Nachprüfungsverfahren zu vermeiden, sind Auftraggeber aus heutiger Sicht jedenfalls gut beraten, Leistungen unterschiedlicher Leistungsbilder nach der HOAI bei der Schwellenwertberechnung insgesamt zu betrachten. Der mit einem EU-weiten Vergabeverfahren verbundene erhöhte Zeitaufwand erscheint geringer als der im Falle eines Nachprüfungsverfahrens und einer möglichen Vorlage zum EuGH drohende Zeitverlust.

Ob sich der wettbewerbliche Dialog nunmehr auch für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen als mögliche Verfahrensart bei der (alleinigen) Vergabe von Planungsleistungen neben dem Verhandlungsverfahren in der Praxis etablieren wird, bleibt abzuwarten. Aus heutiger Sicht erscheint der Mehrwert gegenüber einem Verhandlungsverfahren, das im Anschluss an einen Planungswettbewerb durchgeführt wird, fraglich.

Einzelfallabhängig wird auch zukünftig beurteilt werden müssen, ob öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, den Bietern für die Angebotserstellung die anrechenbaren Kosten und auch die Honorarzone nach der HOAI vorzugeben. Verzichtet der öffentliche Auftraggeber darauf, steigen gleichzeitig die Anforderungen an die Beschreibung der Planungsaufgabe und der Rahmenbedingungen: Je detaillierter

und präziser die Leistungsbeschreibung, desto geringer das Risiko, dass Bieter ihren Angeboten unterschiedliche Honorarzonon zugrunde legen, desto rechtssicherer die Vergabe.

Die Neuregelungen zu Eignungskriterien und Eignungsnachweisen sind noch stärker auf Mittelstandsfreundlichkeit und einen möglichst breiten Bieterwettbewerb ausgelegt. Bei der Entscheidung über den Zuschlag dürfen öffentliche Auftraggeber – das wird nun ausdrücklich geregelt – auch ausschließlich qualitative Kriterien zugrunde legen. Wettbewerbsfördernd kann sich schließlich die Regelung über die Pflicht öffentlicher Auftraggeber auswirken, Bieter eine Vergütung zu gewähren, wenn bereits im Vergabeverfahren Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen und andere Unterlagen zu erstellen sind.

Die Praxis wird zeigen, ob und inwieweit sich die mit der Reform verbundenen Chancen und Risiken verwirklichen. Gerne unterstützt das Team von BEITEN BURKHARDT öffentliche Auftraggeber und Bieter zu allen Rechtsfragen rund um die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen.



Dr. Marc Röbke,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Berlin
E-Mail: Marc.Roebke@bblaw.com



Tanja Johannsen,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München
E-Mail: Tanja.Johannsen@bblaw.com

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2017.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<http://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann • Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten • Stephan.Rechten@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Sascha Opheys • Sascha.Opheys@bblaw.com

Frankfurt am Main • Mainzer Landstraße 36
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen • Hans.VonGehlen@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner • Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier • HansGeorg.Neumeier@bblaw.com



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM