



HOAI 202X - Auf dem Weg in den reinen Preiskampf!?

Erfolgreiche Strategien für Auftragnehmer

Dr. Klaus Greb

Übersicht der Themen

1. Rechtsschutz im Vergaberecht
2. Leistungsbeschreibung
3. Auftragswertschätzung
4. Verfahrensarten
5. Abschnitt 6 VgV
6. Zuschlagskriterien
7. Preisprüfung

Rechtsschutz

Systematik des Primärrechtsschutzes* im Vergaberecht

Haushaltsvergaberecht	EU-Vergaberecht	Besonderes Vergaberecht
<ul style="list-style-type: none">➤ Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten➤ Eingeleitet durch Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz➤ Zwei Instanzen, regelmäßig Landgericht und Oberlandesgericht am Sitz des Auftraggebers	<ul style="list-style-type: none">➤ Nachprüfungsverfahren (§§ 155 ff. GWB)➤ Zwei Instanzen in jedem Bundesland bzw. für Bundesvergaben<ul style="list-style-type: none">○ Vergabekammer (VK)○ Oberlandesgericht (OLG)➤ Divergenzvorlage an den BGH durch OLG bei unterschiedlicher Rechtsprechung auf OLG-Ebene➤ Vorabentscheidungsverfahren mittels Vorlage an EuGH durch VK oder OLG	<ul style="list-style-type: none">➤ Primärrechtsschutz abhängig vom einschlägigen Rechtsrahmen Bsp.: Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Streit um Zuwendungsbescheid, ordentliche Gerichtsbarkeit bei Streit um Zuwendungsvertrag

*Auf Erhalt des Auftrags gerichtet

Rechtsschutz

Rügerfordernis

- Sowohl im EU-Vergaberecht als auch im Haushaltsvergaberecht muss ein Rechtsschutzsuchender für Primärrechtsschutz vor Einlegung des eigentlichen Rechtsmittels eine sogenannte Rüge gegenüber dem Auftraggeber erheben
- Eine Rüge muss nicht “Rüge“ heißen – es reicht die Mitteilung eines konkreten Sachverhalts, den man für nicht in Ordnung hält und den der Auftraggeber ändern sollte
- Z. B. könnte man „rügen“: „Die Höhe der Vergütung für die mit Angebot abzugebenden Konzeptionen erscheint nicht angemessen. Eine Orientierung an der HOAI wäre sachgerecht. Der Auftraggeber wird gebeten, die Vergütungshöhe nochmals zu überdenken.“
- Dies kann auch Teil einer Fragenliste und damit noch konstruktiver formuliert sein – wichtig ist, auf diese Weise die Bedingungen zu beeinflussen und zugleich seine Rechte zu wahren!

Übersicht der Themen

1. Rechtsschutz im Vergaberecht
2. Leistungsbeschreibung
3. Auftragswertschätzung
4. Verfahrensarten
5. Abschnitt 6 VgV
6. Zuschlagskriterien
7. Preisprüfung

Leistungsbeschreibung

Erstellung der Leistungsbeschreibung

- Die zentrale vergaberechtliche Anforderung an die Leistungsbeschreibung ist die Vorgabe einer eindeutigen und erschöpfenden Formulierung
- Bei der Vergabe von Architektenleistungen ist eine genaue Definition der zu erbringenden Leistung häufig nicht im Vorhinein möglich, da deren Gegenstand regelmäßig eine Aufgabe ist, die nicht im Voraus eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann
- Dem Auftragnehmer (AN) soll schöpferischer und gestalterischer Freiraum verbleiben, um eine Lösung zu entwickeln

Leistungsbeschreibung

Einbeziehung der Leistungsbilder der HOAI

- Bei Architektenleistungen bestimmt der Auftraggeber (AG) daher regelmäßig einen Rahmen, innerhalb dessen die Leistung zu erbringen ist
- Statt etwa Einzelheiten z. B. einer zu planenden technischen Anlage vorzugeben, beschreibt der AG den Einsatzzweck und die Rahmenbedingungen, aus denen dann im Laufe des Planungsprozesses konkrete Anforderungen entwickelt werden müssen
- Hierfür kann der AG auch nach der Novelle der HOAI auf die etablierten Leistungsbilder der HOAI zurückgreifen und damit Inhalt / Umfang der Leistungen vergaberechtskonform definieren
= man kann den AG dazu nicht verpflichten, aber falls der AG auf die HOAI zurückgreift (was landläufig in der Praxis stattfindet), hat das weitere Konsequenzen, die nachfolgend beschrieben werden

Übersicht der Themen

1. Rechtsschutz im Vergaberecht
2. Leistungsbeschreibung
3. Auftragswertschätzung
4. Verfahrensarten
5. Abschnitt 6 VgV
6. Zuschlagskriterien
7. Preisprüfung

Auftragswertschätzung

Grundsätze der Auftragswertschätzung

- Nach § 3 VgV gilt das Maximalschätzungsprinzip, womit alle Zahlungen einzubeziehen sind, die im Leistungszeitraum an den avisierten AN zu entrichten sind
- Für die Prognose kann man regelmäßig die Kosten für ähnliche Leistungen in der Vergangenheit heranziehen und die ermittelte Summe mittels einer Indexierung in die Zukunft anreichern
- Bislang konnte der AG hierfür auf die Honorarsätze der HOAI rekurrieren, da diese verbindliche Vorgaben zur Bepreisung verschiedener Leistungen enthielten

Auftragswertschätzung

Einbeziehung der Orientierungshonorarsätze der HOAI

- Zwar bildet die HOAI 2021 nicht mehr einen verbindlichen Preisrahmen
- Allerdings enthalten die Preissätze nach wie vor Praxiswerte, mit welcher Auftragssumme der AG für bestimmte nachgefragte Leistungen rechnen kann
- Es ist daher für AG immer noch sinnvoll, sich bei der Auftragswertschätzung an den Honorarsätzen der HOAI zu orientieren
- Das gilt natürlich zwingend in dem Fall, wo der AG die Leistungsbeschreibung unter Rückgriff auf die Leistungsbilder der HOAI verfasst hat
= in einem solchen Fall kann der AG bieterseitig angehalten werden, nach dem Vergaberegime auszuschreiben, welches sich nach Zugrundelegung zumindest der Basishonorarsätze der HOAI ergibt

Übersicht der Themen

1. Rechtsschutz im Vergaberecht
2. Leistungsbeschreibung
3. Auftragswertschätzung
4. **Verfahrensarten**
5. Abschnitt 6 VgV
6. Zuschlagskriterien
7. Preisprüfung

Verfahrensarten

EU-Vergaberecht	Haushaltsvergaberecht
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Offenes Verfahren 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Öffentliche Ausschreibung
<ul style="list-style-type: none"> = unbeschränkte Anzahl von Bietern, kein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb (TW) 	
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Nicht offenes Verfahren 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Beschränkte Ausschreibung
<ul style="list-style-type: none"> = zwingend mit vorgeschaltetem TW 	<ul style="list-style-type: none"> = TW ist grundsätzlich durchzuführen = ausnahmsweise ohne TW unter best. Bedingungen
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Verhandlungsverfahren 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Verhandlungsvergabe (UVgO)
<ul style="list-style-type: none"> = regelmäßige Durchführung eines TW zur Vorauswahl geeigneter Bewerber = Verhandlungen über den Auftragsgegenstand und den Preis sind möglich 	
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Wettbewerblicher Dialog (nur im EU-Vergaberecht) 	
<ul style="list-style-type: none"> = für komplexe Vorhaben, bei denen es dem AG nicht möglich ist, die technischen Mittel, mit welchen seine Ziele erfüllt werden können, oder die rechtlichen und/oder finanziellen Konditionen des Auftrags anzugeben = die Lösung wird dann im Dialog mit den Bietern erarbeitet 	

Verfahrensarten

§ 74 VgV

- Voraussetzung für die Anwendung von § 74 VgV ist nach § 73 Abs. 1 VgV, dem Eingangsparagrafen für Abschnitt 6 VgV, eine nachgefragte Leistung, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, nach der die Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann
- Regelmäßig vergeben werden sollen derartige Architekten- und Ingenieurleistungen gemäß § 74 VgV in Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog – laut Verordnungsbegründung kommen die anderen Verfahren „faktisch kaum in Frage“
- Das enthebt jedoch nicht von der Aufgabe, im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren vorliegen

Verfahrensarten

§ 74 VgV

- Es gilt nämlich das „Toolbox“-Prinzip, wonach der AG im „Baukasten“ der möglichen Verfahrensarten je nach Beschaffungsgegenstand wählt (siehe Slide 12)
- Es gibt somit auch keine Pflicht zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens bzw. eines Wettbewerblichen Dialogs
- Weil zur Anwendung des Abschnitts 6 die Nachfrage einer geistig-schöpferischen Leistung vorausgesetzt wird, werden solche Leistungen regelmäßig nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder als wettbewerblicher Dialog durchführbar sein („konzeptionelle Lösungen“)

Verfahrensarten

Die HOAI hilft bei der Bestimmung der Verfahrensart

- Bei einem „Vollauftrag“ über alle Leistungsphasen der HOAI hinweg geht man von einem Auftrag i. S. d. Abschnitt 6 VgV aus (vgl. VK Südbayern, B. v. 31.10.2002, 42-10/02, damals noch zur VOF)
- Anders ist dies bei „Vorableistungen“ wie Vermessungsleistungen, Schallschutzplanung, Wärmebedarfsberechnung, Erstellung von Standsicherheitsnachweisen, Baugrundbeurteilung, Gründungsberatung (vgl. Lotz, in: BeckOK VergabeR, 21. Ed., Stand: 31.01.2021, VgV § 73, Rn. 10 m. w. N.)
- Ebenso gelten Leistungen der Vergabe, Objektüberwachung/Bauoberleitung, Objektbetreuung (Leistungen der Leistungsphasen 6 – 9 der Leistungsbilder der HOAI) regelmäßig als Leistungen, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (vgl. Stolz, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 73, Rn. 1 m. w. N.)

= falls statt eines Offenen/Nichtoffenen Verfahrens fälschlich ein Verhandlungsverfahren gewählt werden würde, könnte ein interessiertes Unternehmen dies rügen

Übersicht der Themen

1. Gesamtsystem des Vergaberechts
2. Leistungsbeschreibung
3. Auftragswertschätzung
4. Verfahrensarten
5. Abschnitt 6 VgV
6. Zuschlagskriterien
7. Preisprüfung

Abschnitt 6 VgV

Anwendbarkeit – Rückgriff auf HOAI

- Die Bestimmungen des Abschnitts 6 der VgV gelten zusätzlich für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen
- Es gibt u.a. Sonderregeln zur Vergütung von nachgefragten Lösungsvorschlägen in Angeboten (vgl. § 77 VgV)
- Voraussetzung ist zunächst eine Architektenleistung, die laut § 73 Abs. 2 Nr. 1 VgV jedenfalls vorliegt, wenn eine in der HOAI dargestellte Leistung nachgefragt wird
- Auch wenn der AG sich nicht ausdrücklich oder bewusst an der HOAI orientiert, ist § 73 Abs. 2 Nr. 1 VgV anwendbar, wenn eine ausgeschriebene Leistung ihrem Inhalt nach in den Bereich eines Leistungsbildes der HOAI fällt (vgl. Lotz, in BeckOK Vergaberecht, 21. Ed. Stand 31.01.2021, VgV § 73, Rn. 15)

Abschnitt 6 VgV

Anwendbarkeit – zusätzlich geistig-schöpferische Leistung

- Zusätzliche Voraussetzung für die Anwendung von Abschnitt 6 VgV ist laut § 73 Abs. 1 VgV die Beschaffung von Leistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann
- Es kommt darauf an, dass der AG hinsichtlich der noch nicht existierenden Lösung auf das fachspezifische Wissen und die Fähigkeiten des AN angewiesen ist (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 15.06.2016, VII Verg 49/15, NZBau 2016, 653)
- Zu den Einzelfällen siehe Slide 15

Abschnitt 6 VgV

Eignungsprüfung nach den Spezialregelungen Abschnitt 6

- Zur Eignungsprüfung kann der AG Referenzen über vergleichbare Projekte einfordern (§ 75 Abs. 5 S. 2 VgV)
- Vergleichbarkeitsmaßstab für Referenzen darf nicht sein, ob zuvor die gleiche Nutzungsart realisiert wurde (§ 75 Abs. 5 S. 3 VgV)
- Grund dafür ist laut Gesetzesbegründung, der „gedankenlosen“ Forderung der gleichen Nutzungsart vorzubeugen – naheliegender soll laut Gesetzgeber eine Bezugnahme auf Honorarzonen der HOAI sein
z. B. eine Referenz aus der Honorarzone III („durchschnittliche Planungsanforderungen“) ist grundsätzlich mit dem ausgeschriebenen Vorhaben vergleichbar, wenn die Planungsanforderung des ausgeschriebenen Vorhabens ebenfalls dieser Honorarzone zuzuordnen ist
= wenn ein AG dem nicht folgt und ein Unternehmen davon negativ betroffen ist, sollte die fehlerhafte Eignungsanforderung gerügt werden

Abschnitt 6 VgV

Angebotsvergütung nach den Spezialregelungen Abschnitt 6

- In Abweichung von geltenden Grundsatz des fehlenden Kostenersatzes für die Angebotserstellung setzt § 77 Abs. 2 VgV die Pflicht des AG, eine angemessene Vergütung für bestimmte Lösungsvorschläge vorzusehen
- Dabei ist die HOAI gemäß § 77 Abs. 3 VgV auch nach dem EuGH-Urteil aus 2019 zu den Mindest- und Höchstsätzen nach dem Willen des Gesetzgebers immer noch eine Orientierungsgröße
- Infolge dessen ist die HOAI Berechnungsgrundlage für eine Vergütung, wenn im Angebot planerische Leistungen verlangt werden, die Leistungsphasen der HOAI entsprechen
= der AG kann in einem solchen Fall aufgefordert werden, Vergütungen analog der HOAI für jeden Bieter vorzusehen (vgl. VK Westfalen, B. v. 07.03.2019, VK 1-4/19)

Übersicht der Themen

1. Rechtsschutz im Vergaberecht
2. Leistungsbeschreibung
3. Auftragswertschätzung
4. Verfahrensarten
5. Abschnitt 6 VgV
6. Zuschlagskriterien
7. Preisprüfung

Zuschlagskriterien

Grundregeln

- Preis-Leistungs-Verhältnis (vgl. § 127 Abs. 1 GWB)
„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“
- Dies entspricht nicht gänzlich dem haushaltsrechtlichen Gebot der Wirtschaftlichkeit, bei dem das Sparsamkeitsprinzip (= Minimalprinzip) gegenüber dem Ergiebigkeitsprinzip (= Maximalprinzip) im Vordergrund stehen soll (vgl. VV Nr. 1.1 zu § 7 LHO-NRW)
- Auch deshalb hat der AG einen Beurteilungsspielraum darin, was das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ist

Zuschlagskriterien

Wandlung der Bedeutung der HOAI bei der Preiswertung

- Nach der alten HOAI war es dem AG nur sehr begrenzt möglich, den Preis als Wertungskriterium in das Vergabeverfahren zu integrieren, da die Angebote sich im Rahmen der Mindest- und Höchstthonorarsätze bewegen mussten
- Mit der HOAI 2021 ist der verbindliche Preisrahmen weggefallen
- Folgerichtig hat der Gesetzgeber den zwingende Ausschluss eines Angebots bei Abweichung vom (ehemaligen) Preisrahmen der HOAI gestrichen (vgl. § 76 Abs. 1 S. 2 VgV alte Fassung)

Zuschlagskriterien

Wandlung der Bedeutung der HOAI bei der Preiswertung

- Jedoch sollen auf die zu erbringende Leistung anwendbare Honorar- und Gebührenordnungen nach der neuen Fassung des § 76 Abs. 1 S. 2 VgV „unberührt“ bleiben
- Dieser Verweis hat einen deklaratorischen Charakter, d.h. es kommt letztlich darauf an, was der AG nachfragt und inwieweit er die HOAI in seine Nachfrage einbindet
- Insofern muss der AG eine Berechnungsmethode für den Preis, insbesondere den Wertungspreis, klar bestimmen, um der Transparenz und dem Wettbewerb gerecht zu werden (vgl. Hattig/Oest, ZfBR 2021, 364)
= die Bieter haben einen Anspruch auf eine klare Preisberechnungs- und -bewertungsgrundlage

Zuschlagskriterien

Die Gewichtung des Preises bei Architekten- und Ingenieurleistungen

- Unangetastet gelassen hat der Gesetzgeber die Vorgabe eines Leistungswettbewerbs (§ 76 Abs. 1 S. 1 VgV)
- Damit darf der Preis – nach wie vor – nur eine untergeordnete Rolle spielen
- Eine konkrete Gewichtungsvorgabe existiert nicht, der Gesetzgeber gibt eine „wesentliche“ Rolle der Qualität vor (BT-Drs. 18/7318, 205/206)
- Die Rechtspraxis schwankt zwischen Werten von 10 % bis 30 % für die Gewichtung des Preises bei Architekten- und Ingenieurleistungen (vgl. Voppel, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, VgV § 58, Rn. 57)
 - = jedenfalls wenn ein AG den Preis mit mehr als 30 % gewichtet, bewegt er sich außerhalb des gesetzlich zulässigen Preis-Leistungs-Verhältnisses

Zuschlagskriterien

Festpreis

- Der AG darf das Preiskriterium aber auch vollständig ausschließen und über die Vorgabe eines Festpreises nach § 58 Abs. 2 S. 3 VgV einen reinen Leistungswettbewerb veranstalten (u.a. Greb, VergabeR 2019, 629)
- Ein Festpreis ist gegeben, wenn der AG klar vorgibt, wie der Preis zu bestimmen ist, d.h. es muss keine bestimmte Summe genannt werden, sondern es muss eine Berechenbarkeit mit dem Erhalt vergleichbarer Preisangebote gewährleistet werden (u.a. Renner, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VgV § 58, Rn. 13)
- Zielgerichtet wäre z. B. die Heranziehung der HOAI unter Vorgabe der Honorarparameter – wie Honorarsatz, Anzahl der Objekte, nötigenfalls Umbauszuschlag, Höhe eines Stundensatzes für Besondere Leistungen etc. – für alle Bieter in gleicher Höhe bzw. Weise (vgl. Stolz, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 76, Rn. 3)
= der AG muss den Preis so fix wie möglich definieren, damit es ein Festpreis i. S. d. VgV ist

Übersicht der Themen

1. Rechtsschutz im Vergaberecht
2. Leistungsbeschreibung
3. Auftragswertschätzung
4. Verfahrensarten
5. Abschnitt 6 VgV
6. Zuschlagskriterien
7. Preisprüfung

Preisprüfung

Grundlagen

- Vor allem zum Schutz vor eigenen wirtschaftlichen Risiken hat der AG dafür Sorge zu tragen, dass er nur solche Angebote beauftragt, bei denen eine ordnungsgemäße Leistungserbringung gesichert ist
- Dadurch soll sichergestellt werden, dass nicht nach der Beauftragung zusätzliche Kosten auf den AG zukommen oder die Leistung nicht oder nur mangelhaft erbracht wird
- Dafür hat der AG im Zweifelsfall die „Auskömmlichkeit“ des Angebotes zu prüfen (vgl. § 60 VgV)

Preisprüfung



BGH, B. v. 31.01.2017, X ZB 10/16

- Wenn der Preis oder die Kosten eines Angebotes im Verhältnis zur angefragten Leistung unverhältnismäßig niedrig erscheinen, ist der AG verpflichtet, vom Bieter Aufklärung zu verlangen
 - die Frage der Angemessenheit kann nicht an festen Prozentzahlen festgemacht werden, sondern ist im Einzelfall zu ermitteln
 - jedoch ist nach der gefestigten vergaberechtlichen Rechtsprechung bei einer Abweichung von ca. 20% von einer Pflicht des AG zur Preisprüfung auszugehen
 - hierbei ist dem AG ein gebundenes Ermessen einzuräumen; kann der AG die geringe Höhe des Preises mit der Prüfung nicht zufriedenstellend aufklären, muss er das Angebot vom Zuschlag ausschließen
- Die Auskömmlichkeitsprüfung schützt zum einen den haushaltsrechtlichen Grundsatz des Interesses des AG und der Öffentlichkeit an der jeweils wirtschaftlichsten Beschaffung
- Auf die Einhaltung der Überprüfungspflicht haben allerdings auch Mitbewerber nach § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch aus dem Wettbewerbsprinzip

Preisprüfung

Prüfregeln

- Kein Zuschlag auf Angebote mit unangemessen hohen oder niedrigen Preisen
- Unangemessen beginnt ab ca. 20%iger Abweichung des Gesamtpreises in einem Angebot von den anderen Angeboten bzw. von der Auftragswertschätzung
- Wenn dann Zweifel an der Angemessenheit bestehen und anhand des Angebots nicht ausgeräumt werden können, muss der Bieter um Aufklärung gebeten werden
- Nur wenn ein Angebot mit seinem Preis die Gewähr für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung erfüllt, darf es im Wettbewerb verbleiben – gibt es umgekehrt daran keinen Zweifel, wenn dies der Bieter z. B. ausdrücklich und nachvollziehbar erklärt, darf er nicht ausgeschlossen werden

Preisprüfung

Einfluss der HOAI auf die Auskömmlichkeitsprüfung

- Schreibt ein AG Leistungen aus, die er nach den Leistungsbildern der HOAI beschreibt, so ist davon auszugehen, dass ihn bei Angeboten, die unterhalb der Basissätze liegen, die Überprüfungspflicht bzgl. der Auskömmlichkeit trifft (vgl. Orłowski, ZfBR 2021, 315)
- Dies begründet sich mit der Funktion der Honorarsätze der HOAI als Orientierungswerte
- Auch von Bundesseite wird diese Funktion der HOAI betont (vgl. Hinweis des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 22.07.2019, abrufbar unter https://bingk.de/wp-content/uploads/2019/08/Erlass-BMI-vom-5.8.2019_Anwendung-HOAI-aufgrund-EuGH-Urteil-4-Juli-2019.pdf, Stand 04. 04. 2021)
 - = betroffene Bieter sollten unauskömmliche Angebote anderer Bieter rügen – die Auskömmlichkeit wird im Zweifel nach den Basiswerten der HOAI bemessen

VERGABEPARTNERS
Partnerschaft von Rechtsanwälten
mbB Greb Hölzl

Leipziger Platz 15
10117 Berlin
www.vergabepartners.de



Dr. Klaus Greb
Dipl.-Verwaltungswirt (FH)
Fachanwalt für Vergaberecht

T +49 (0)30 / 25 89 44 47
F +49 (0)30 / 25 89 41 00
E klaus.greb@vergabepartners.de