



# Mitwirkung bei der Vergabe

## Was genau ist – auch bezüglich der Gestaltung von Bauverträgen – Aufgabe des Architekten?

Die Vergabe der Aufträge an die bauausführenden Unternehmen ist nicht nur mit Blick auf Kosten, Zeitpläne und Qualität von besonderer Bedeutung. Sie stellt den Bauherrn auch vor eine Vielzahl rechtlicher und tatsächlicher Herausforderungen. Dies gilt zumal dann, wenn es sich bei dem Bauherrn um einen an das Vergaberecht gebundenen öffentlichen Auftraggeber handelt oder wenn das Bauvorhaben aus öffentliche Mitteln gefördert wird und nach den Förderbestimmungen die Vorgaben des Vergaberechts zu beachten sind.

Auch die Frage der Gestaltung der Bauverträge – VOB oder BGB? Vereinbarung besonderer Gewährleistungsfristen, zu Vertragsstrafen oder Sicherheiten? – kann, vor allem bei privaten Bauherren, den Reflex auslösen, sich zunächst einmal an den Architekten zu wenden und diesen um Rat zu fragen. Doch was ist tatsächlich Architektenaufgabe in diesem Bereich?

### ***I. Vorrang ausdrücklicher Vertragsregelungen***

Die Frage, welche Leistungen in diesem Zusammenhang von Seiten des Architekten zu erbringen sind, richtet sich nach den zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen Regelungen. Insofern ist zunächst durch Blick in den jeweiligen Architektenvertrag zu prüfen, ob sich dort besondere Regelungen zur Aufgabenverteilung im Zusammenhang mit der Vergabe finden. Klare Vereinbarungen können dabei Konflikten vorbeugen.

Die von den Architektenkammern herausgegebenen Orientierungshilfen zur Vertragserstellung beinhalten zum Beispiel die explizite Klarstellung, dass vom Architekten nur berufsspezifische Leistungen zu erbringen sind, und dass eine vergaberechtliche Beratung nicht hierzu zählt. Auch die von öffentlichen Auftraggebern gelegentlich verwendeten Zusätzlichen Vertragsbestimmungen für Architekten-/Ingenieurleistungen (ZVB) beinhalten dezidierte Regelungen dazu, was Aufgabe der Planer sein soll.

### ***II. Leistungsbild der LPH 7 nach HOAI***

Sofern der Vertrag keine detaillierten Regelungen zur Aufgabenverteilung beinhaltet, wird man sich zur Auslegung der wechselseitigen Leistungspflichten an den allgemeinen Grundsätzen und auch dem Bild der Grundleistungen nach dem Katalog in Anlage 10 der HOAI orientieren können bzw. müssen. Die Leistungsphase 7 bezieht sich auf die Mitwirkung an der Vergabe, wobei schon aus dem Begriff ersichtlich wird, dass eine

vollständige Aufgabenübertragung auf den Architekten nicht gemeint ist. Dieser mutiert also nicht zur Vergabestelle. Soweit als Grundleistung in Leistungsphase 7 das Einholen von Angeboten vorgesehen ist, bedeutet dies, dass der Architekt bei öffentlichen Bauvergaben entsprechende Leistungen im Sinne einer Unterstützung des Bauherrn zu erbringen hat (vgl. Haack/Heinlein, in: Messer-schmidt/Niemöller/Preußner, HOAI, Rz. 137 zu § 34), dem aber die Vergabe im eigentlichen Sinne obliegt.

### **1. Verfahrensleitende Entscheidungen hat der Bauherr zu treffen**

Nicht vorgesehen ist somit, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren praktisch als Ganzes auf den Architekten delegiert. Bei öffentlichen Auftraggebern folgt dies bereits aus haushalts- und vergaberechtlichen Grundsätzen:

„Allein der Auftraggeber hat (...) die bestimmenden Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren vorzubereiten, zu treffen und auszuführen. Daraus folgt als zentrale Verpflichtung des Auftraggebers, eine eigene verantwortliche Prüfung, Angebotswertung und vor allem Überprüfung des Beauftragten durchzuführen. Wesentliche Entscheidung im Vergabeverfahren sind vom Auftraggeber also bereits nach allgemeinen Vergabegrundsätzen selbst zu treffen.“ (Seifert/Fuchs, in: Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechts-Kommentar, 3. Aufl., Rz. 247 zu § 34 m.w.N.).

Der Auftraggeber darf sich also kaufmännischer, technischer oder juristischer Unterstützung bedienen, die Kernkompetenz muss jedoch bei ihm verbleiben (vgl. OLG München, Beschluss vom 21.08.2008 – Verg 13/08, Rz. 47 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2000 – Verg 3/00, Rz. 72 ff bei juris).

Dementsprechend wird davon ausgegangen, dass der Auftraggeber beispielsweise die Angebotsöffnung nicht komplett an Dritte outsourcen darf (VK Südbayern, Beschluss vom 02.01.2018 - Z3-3-3194-1-47-08/17, IBR 2018, 343). Er hat insgesamt die verfahrensleitenden Entscheidungen selbst durchzuführen (vgl. Vergabekammer Sachsen, Beschluss vom 01.03.2004 – 1/SVK/005-04).

Zu diesen wesentlichen Entscheidungen dürfte nicht zuletzt die Wahl der zutreffenden Vergabeart zählen. Dies auch deshalb, weil hierfür eine vergaberechtliche Prüfung notwendig ist, die vom Architekten schon mit Blick auf die Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes und im Hinblick auf die Beschränkung seines Haftpflichtversicherungsschutzes nicht vorgenommen werden darf. Hierfür spricht ferner, dass etwa im Vergabehandbuch des Bundes VHB 2017, Stand 2019, Ordnungsziffer 111, ein auftraggeberseitiger Vermerk zur Wahl der Vergabeart vorgesehen ist.

### **2. Einholen von Angeboten**

Ob die vom Architekten geschuldete Unterstützung ohne entsprechende ausdrückliche vertragliche Abrede die ggf. gebotene öffentliche Ausschreibung über spezielle Vergabeplattformen beinhaltet, ist bislang – soweit ersichtlich – noch nicht gerichtlich ent-



schieden worden. Die in LPH 7 benannte Grundleistung „Einholen von Angeboten“ wird in der Literatur z.T. als Indiz für eine solche Verpflichtung angesehen (vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 13. Aufl., Rz. 192 zu § 34).

Im Rahmen der Veröffentlichung über solche Vergabeplattformen sind aber in der Regel eine Reihe von Entscheidungen zu treffen, die der Auftraggeber im Sinne seiner verfahrensleitenden Funktion selbst fällen muss, wie z. B. die endgültige Festlegung der Vergabeart, der Submissionstermin etc. Zudem ist eine Reihe von Veröffentlichungsplattformen nur für die Vergabestellen der öffentlichen Auftraggeber zugänglich. Überdies hat der Auftraggeber in Leistungsphase 6 bereits die vom Architekten zusammengestellten Vergabeunterlagen erhalten. Dem Auftraggeber dürfte es in der Regel also ohne weiteres möglich sein, die Veröffentlichung – bei Bedarf mit begleitender weiterer Unterstützung des Architekten – über das von ihm zu nutzende Ausschreibungsportal selbst vorzunehmen, wie es wohl auch der Üblichkeit entspricht.

### **3. Weitere Leistungspflichten des Architekten, insbesondere: Dokumentation**

Sofern nicht anders vereinbart verbleiben dem Architekten unabhängig hiervon die in LPH 7 benannten Grundleistungen, also insbesondere das Prüfen und Werten der Angebote, das Führen von Bietergesprächen sowie das Erstellen von Vergabevorschlägen und die Mitwirkung im Hinblick auf die Dokumentation des Vergabeverfahrens.

Der letztgenannte Punkt ist insbesondere bei öffentlich geförderten Baumaßnahmen von erheblicher Relevanz und nicht zu unterschätzen. Hierzu sei auf den Beitrag von Hartmann im DAB 11-2014 „Dokumentieren oder Haftung riskieren“ verwiesen.

### **4. Mitwirken bei der Auftragserteilung**

Was Bauverträge zwischen dem Bauherrn und den ausführenden Firmen betrifft, so gilt, dass schon die Grundleistung aus LPH 6 „Zusammenstellen der Vergabeunterlagen“ nicht die eigentliche Vertragserstellung meint (vgl. Seifert/Fuchs, a.a.O., Rz. 239 zu § 34). Die Erstellung von Vertragswerken oder deren Anpassung im Einzelfall sowie die Aufklärung des Bauherrn über Details gesetzlicher Regelungen oder Möglichkeiten zu deren vertraglicher Abänderung sind – ebenso wie der Entwurf von Preisgleitklauseln – also nicht Sache des Architekten (vgl. Sonntag, in: Fuchs/Berger/Seifert, a.a.O., Syst. G Rz. 36; Zahn, BauR 2020, 361, 369). Sie sollte dementsprechend schon aus haftungstechnischen Gründen abgelehnt werden. In der LPH 7 gilt im Hinblick auf das Mitwirken bei der Auftragserteilung nichts anderes.

Hier, wie auch bei sonstigen Rechtsfragen, die ohne juristische Fachkenntnisse nicht zu lösen sind, kann der Architekt allerdings verpflichtet sein, dem Bauherrn die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als „Sonderfachmann Recht“ zu empfehlen.

Als ohne vertragliche Vereinbarung zwar womöglich nicht geschuldet, gemäß § 5 RDG aber noch erlaubt, wird allerdings anzusehen sein, dass der Architekt einen privaten Bauherrn auf allgemein verfügbare, gängige Vertragsmuster, wie z.B. das zwischen

dem ZDB und Haus & Grund ausgehandelte Muster für Verbraucherbauverträge ([www.zdb.de](http://www.zdb.de)) hinweist, sofern nicht der Bauunternehmer seinerseits einen Vertragsentwurf vorlegt. Dieses Muster stellt im Kern einen Bauvertrag nach BGB dar, was sinnvoll ist, da gerade die Verwendung von VOB/B-Verträgen durch den Bauherrn mit besonderen Risiken behaftet sein kann (zu den Einzelheiten siehe: <http://dabonline.de/2011/07/18/riskanter-rat/>).

Die Prüfung solcher Vertragsmuster oder ihre Anpassung auf den Einzelfall jenseits der Ergänzung der rein technischen Angaben bleibt indes stets anwaltliche Aufgabe.

Sofern Preisgleitklauseln in Bauverträgen enthalten sind, zählen nach der einschlägigen Kommentarliteratur insbesondere das Ausfüllen erforderlicher Formblätter und Vordrucke (etwa Formblatt 225 nach VHB Bund) sowie die Mengenermittlung bestimmter Baustoffe oder die Abfrage von Referenzpreisen bei Lieferanten nicht zu den planerseitig geschuldeten Grundleistungen (vgl. Seifert/Fuchs, a.a.O., Rz. 225a, 239, 249 zu § 34).

### **III. Versicherungsschutz**

Eine über das Spektrum der berufsspezifischen Leistungen hinausgehende Übernahme von Aufgaben im Bereich der Auftragsvergabe kann Haftungsrisiken mit sich bringen, die nicht vom Schutz der Berufshaftpflichtversicherung des Architekten gedeckt sind. Insofern kann sich im Einzelfall zusätzlich die Rücksprache mit dem Versicherer empfehlen

Weitere Informationen gibt Ihnen gerne die

#### **Architektenkammer Nordrhein-Westfalen**

Zollhof 1

40221 Düsseldorf

Tel: (0211) 49 67 - 0

Fax: (0211) 49 67 - 99

E-Mail: [info@aknw.de](mailto:info@aknw.de)

Internet: [www.aknw.de](http://www.aknw.de)