

Kommission im Flensburger Fall zumindest als äußerst gering einzustufen sein.

Was die Folgen anbetrifft, könnte das relative Unwirksamkeitsrisiko durch die Vertragsparteien in zweifacher Hinsicht gemindert werden:

- Zum einen könnte (und sollte) ein Rücktrittsrecht für den Fall vereinbart werden, dass ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet wird.
- Zum anderen sollte vorgesehen werden, dass der Vertragspartner (Investor) sich verpflichtet, Kosten auslösende Maßnahmen in Vollzug des geschlossenen Vertrages erst nach Ablauf der genannten Fristen (sechs Monate nach Vertragsschluss oder dreißig Tage nach Mitteilung im EU-Amtsblatt) zu veranlassen.

Sollte die Kommission im Übrigen ihrerseits später ein EU-Vertragsverletzungsverfahren einleiten, gäbe es angesichts der langen Zeitläufe dieser Verfahren einerseits und des Umstandes andererseits, dass die Bauleistungen dann regelmäßig bereits erbracht wurden, durchaus auch gute Gründe anzunehmen, dass mit der Fertigstellung der entsprechenden Bauarbeiten der EU-Vergaberechtsverstoß – so er denn überhaupt vorgelegen haben sollte – seine praktische Erledigung erfahren hat, jedenfalls aber nicht länger andauert, so dass ein Rückbau kein Bedrohungsszenario darstellen dürfte.

Auf jeden Fall sollte der „öffentliche Auftraggeber“ auf die Vereinbarung eines Schadensersatzausschlusses für derartige Fallkonstellationen drängen.

## Resümee

Der aufgezeigte Weg stellt sicher keinen Königsweg dar, insbesondere für die öffentlichen Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen und den Bundesländern, in denen die Alhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf von den Vergabesenaten geteilt wird und man hier unter Umständen bei eingeleiteten Nachprüfungsverfahren ebenfalls mit Vorlagebeschlüssen an den EuGH rechnen muss. Andererseits sollte mit den vorstehenden Ausführungen ein Diskussionsversuch unternommen und eine Möglichkeit aufgezeigt werden, wie man der Dilemmasituation nach Inkrafttreten der Vergaberechtsnovelle bis zu einer abschließenden Entscheidung des EuGH Rechnung tragen und einen weiteren Stillstand von bedeutsamen Stadtentwicklungsprojekten vielleicht verhindern kann. Die weitere Entwicklung bleibt jedenfalls spannend.

■ *Dipl.-Ing. Ulrich Welter, inside, Berlin*

# Ein paar Tage Vergabepaxis

## Konkrete Fälle aus dem Ingenieuralltag

**Das deutsche Vergaberecht ist sehr kompliziert und wird auch durch die Rechtsprechung der Gerichte und Vergabekammern nicht gerade anwenderfreundlich. Selbst gutwillige öffentliche Auftraggeber haben kaum mehr eine Chance, alles richtig zu machen. Auftragsvergaben werden mehr und mehr angreifbar. Aber auch die Vergabestellen suchen die Rosinen und picken sie sehr gern. In der Praxis kommt alles das vor, was man eigentlich für nicht vernünftig hält. Und immer heißt es: „Tja, das Vergabe- und das Haushaltsrecht lassen dies zu oder lassen dies nicht zu“. Die Rolle des Vergaberechts in der praktischen Beratung von Ingenieur- und Consulting-Unternehmen – ein Erfahrungsbericht.**

### Vergabe trotz fehlender Einheitspreise

Eine Baumaßnahme wird im südlichen Niedersachsen ausgeschrieben. Die Bau-summe beträgt etwa 1,4 Mio. Euro. Es handelt sich um eine kombinierte, innerörtliche Kanal- und Straßenbaumaßnahme.

Ein Ingenieurbüro ist mit den Leistungen zur Planung, zur Ausschreibung und zur Bauüberwachung beauftragt, also dem kompletten Leistungsbild im Teil VII HOAI. Im Rahmen der Leistungsphase 7, Mitwirken bei der Vergabe, stellt das Ingenieurbüro fest, dass Bieter A in seinem Angebot 4 Einheitspreise nicht angegeben hat, der Platz dafür ist leer. Es empfiehlt dem Auftraggeber, der Kommune B, das Angebot von der Wertung auszuschließen. Im Vergleich mit den anderen Angeboten zeigt sich, dass bei in etwa gleichen Einheitspreisen, Bieter A das niedrigste Angebot abgegeben hätte. Diese Erkenntnis ruft den Bürgermeister auf den Plan. Dieser lässt sich kurzerhand von Bieter A nachträglich solche Einheitspreise bestätigen, die mit den übrigen Angeboten vergleichbar sind. Aufgrund dieser Bestätigung beschließt der zuständige Ratsausschuss die Vergabe an Bieter A.

Dem Ingenieurbüro habe ich auf Nachfrage empfohlen, wegen völlig unvorhersehbarer Haftung und Unzuverlässigkeit des Auftraggebers den Ingenieurvertrag zu kündigen. Es ist nicht bekannt, ob dieser Rat angenommen wurde.

### Vertragsänderungen – neues VOF-Verfahren erforderlich?

Ein Ingenieurbüro hat im Jahr 1994 mit einer Kommune 2 Ingenieurverträge zur Modernisierung und Erweiterung je einer kommunalen Kläranlage geschlossen. Die Auftragssummen lagen unterhalb der VOF-Schwelle (die es 1994 noch gar nicht gab).

Nach der Vorplanung hat die Gemeinde die Pläne auf Eis gelegt. Nunmehr soll ein Kläranlagenstandort aufgegeben werden. Der andere fällt dafür etwas größer aus. Es wird gefragt, ob nunmehr eine neue Ausschreibung unter Beachtung der VOF erfolgen muss?

Die Bayerische Ingenieurkammer Bau und der Bayerische Kommunale Prüfungsverband teilen darauf hin mit, dass ein neues VOF-Verfahren durchzuführen ist. Die Auftragsberatungsstelle und zwei Rechtsanwälte vertraten die Meinung, es sei unschädlich, wenn einer der beiden Verträge nun etwas erweitert würde. Ein neues VOF-Verfahren sei nicht erforderlich. Letztere Meinung vertrete ich auch.

Aber was denn nun? Muss man den bereits geschlossenen Ingenieurvertrag erst einmal vor Gericht prüfen lassen ob er noch Bestand hat? Was ist, wenn im Nachhinein entschieden wird, dass die Vergabe fehlerhaft war und deshalb Zuschüsse verloren gehen? Wer haftet hierfür? Wem ist dieses Prozedere überhaupt zuzumuten? Ist das Vergaberecht nicht

mehr in Lage auf solche Fragen eindeutige Antworten zu geben?

## Honorare und die Fürsorge des Auftraggebers

Die Stadt Münster, eigentlich für HOAI-Treue bekannt, teilt den von ihr regelmäßig beauftragten Ingenieurbüros im Spätsommer 2008 mit, dass ab sofort nur noch 47,50 Euro je Stunde Ingenieurleistung für angestellte Ingenieure gezahlt werden. Zunächst fällt auf, dass es sich exakt um den Mittelsatz von § 6 Abs. 2 Nr. 2 HOAI handelt. Der in der völlig veralteten HOAI aus dem Jahr 1996 vorgegebene Rahmen ist also nicht ausgeschöpft worden. Bei etwas Nachrechnen fällt weiter auf, dass bei einem Gemeinkostenfaktor von 3,0 – 3,4 (je nach Bürogröße) (hier werden im Beispiel 3,3 verwendet) als Bruttomonatsgehalt für den angestellten Ingenieur bei 165 Stunden/Monat  $47,50 * 165 / 3,2 = 2.449,22$  Euro verbleiben. Dafür hat die Person ein schwieriges und anstrengendes Studium durchgestanden, ist womöglich 50 Jahre alt und hat 25 Jahre Berufserfahrung. Die gleiche Person erhält im öffentlichen Dienst wahrscheinlich ein Gehalt in etwa der doppelten Höhe.

Dabei stehen sich die Ingenieurbüros, die die Stadt Münster als Auftraggeber haben noch gut. Der Bau- und Liegenschaftsbetrieb NRW und der Stadtentwässerungsbetrieb Köln AöR zahlen Stundensätze, die noch darunter liegen.

Das vergaberechtliche Problem ergibt sich daraus, dass öffentliche Auftraggeber darauf angesprochen stets erwidern, man habe die Büros auf die Auskömmlichkeit ausdrücklich angesprochen und von dort eine positive Bestätigung erhalten. Warum also sollte man das Angebot des Ingenieurbüros ausschließen?

Dass doppelt so viele Stunden abgerechnet werden wie angefallen sind, weiß jeder. Aber, es wird nichts unternommen.

Fazit: Was muss eigentlich noch passieren, damit wir wieder ehrlich miteinander umgehen und das Vergaberecht bei der auskömmlichen Entlohnung geistig-schöpferischer Leistungen keine Deckmantelfunktion mehr hat?

Ich verweise an dieser Stelle ausdrücklich auf den Beitrag „VOF-Vergabe verlangt vertieftes Verhandeln“ von Rechtsanwalt Dr. Thomas Kirch, VergabeNavigator 6/2008, S.17 ff.

## Geld verdienen mit einer Lieferantendatenbank

Viele Kommunen führen sogenannte Lieferantendatenbanken. Darin sind die Erfahrungen mit den beauftragten Unter-

nehmen aufgelistet. Je nach Bewertung wird ein Unternehmen dann für weitere Aufträge zugelassen, eingeschränkt zugelassen oder ausgeschlossen. Man kann trefflich darüber streiten ob das Sinn macht. Tatsache ist, solche Systeme existieren und breiten sich aus.

Das Problem ist, dass die gespeicherten Daten sich stets und ausschließlich auf die Vergangenheit beziehen. Bei der Wertung von Angeboten zum Beispiel nach § 25 VOB (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) ist aber immer auf die Zukunft, nämlich den Ausführungszeitraum für die beabsichtigte Auftragsvergabe abzustellen. Diese „Prognose“ ist schwierig und bleibt weitgehend subjektiv, trotz oder gerade wegen der auf die Vergangenheit gerichteten Bewertungssysteme.

Um eine Chance im Wettbewerb zu haben sind die Unternehmen (Baufirmen ebenso wie Ingenieurbüros oder reine Lieferanten) gezwungen, in diesen Systemen „gelistet“ zu sein.

Die Stadt Köln hat nun erkannt, dass man daraus ggf. ein Geschäft machen kann. Sie beabsichtigt nämlich, für den Eintrag in die Datenbank einerseits eine Gebühr zu erheben. Andererseits aber hat sie angekündigt, dass sie die Eintragungen anderen Kommunen gegen ein Entgelt zugänglich machen will. Sie begründet das den gelisteten Unternehmen gegenüber damit, dass sich dadurch deren Akquisitionsaufwand verringern würde.

Ein starkes Stück und ein beredter Beweis für die Erfindungskraft öffentlicher Auftraggeber.

## Ein Mehr an Referenzen ist häufig entscheidend

Immer dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber sich entscheidet eine Leistung im Wettbewerb anzufragen (auch unterhalb der VOF-Schwelle) fordert er die Bieter auf, Referenzen vorzulegen. Diese müssen (natürlich) mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sein.

Referenzen sind der Nachweis eines Unternehmens, dass es eine bestimmte Leistung bereits erfolgreich erbracht hat. Dreimal erfolgreich gewesen ist sicher höher zu bewerten als nur einmal erfolgreich gewesen. Wo aber ist die Grenze? Ist zehnmal tatsächlich besser als achtmal?

In der Praxis können große Unternehmen naturgemäß mehr Referenzen vorlegen als kleinere Firmen. Dabei wird oft völlig außer Acht gelassen, dass die Referenzen ggf. gar nicht von der konkreten, sich um

den Auftrag bemühenden Niederlassung stammen. Die Leistungen sind vielleicht in der Unternehmensgruppe irgendwo anders erbracht worden. Und das kleinere Büro mit nur 8 Referenzen, hat sie alle tatsächlich selbst erarbeitet.

Und doch führt ein Mehr an Referenzen in der Praxis sehr oft zu einer höheren Bewertung und damit zur Auftragsvergabe. Dies wird zum Beispiel in Niedersachsen beklagt.

## HOAI: Keine echte Strukturänderung in Sicht

Noch einmal und noch einmal unmissverständlich:

„Die HOAI ist reines Preisrecht. In ihr sind KEINE Leistungen sondern ausschließlich Honorare geregelt. Die Leistungsvereinbarung hat im Ingenieurvertrag zu erfolgen. Und dann, und nur dann, wenn es sich um Leistungen handelt sie in der HOAI erwähnt sind, dann MUSS das Honorar nach dieser Rechtsverordnung berechnet werden. Das ist alles.“

Apropos HOAI, nach den letzten inoffiziellen Informationen sind im Rahmen der anstehenden HOAI-Novellierung folgende Neuerungen zu erwarten:

- Die HOAI bleibt wie sie ist
- Die Regelung des § 6 (Zeithonorare) entfällt ersatzlos
- Die sogenannten Beratungsleistungen Vermessung, Baugrund etc. werden in einen unregelmäßigen Anhang übernommen und nur zur Anwendung empfohlen
- Alle Honorartafeln werden um 10% angehoben

Damit wird leider die große Chance einer wirklichen Novellierung vertan. Die Honorarerhöhung nach dem Gießkannenprinzip ist nicht zeitgemäß und viel zu niedrig. Eine differenzierte Honoraranpassung wäre erforderlich gewesen.

Eine Strukturnovelle soll nach Mitteilung des Bundeswirtschaftsministeriums nach einem erneuten Gutachten in Angriff genommen werden. Beim letzten Mal hat das Gutachten 7 Jahre gedauert.

Es muss angenommen werden, dass damit alles so weitergeht wie bisher. Das wäre wahrlich kein Erfolg.

## Der schwerste Fehler in den Ingenieurverträgen

„Der Auftraggeber hat uns gesagt, unser Angebot sei das Beste gewesen. Leider hätte ein Mitbewerber einen leicht attraktiveren Preis angeboten“ – Aussagen wie diese sind oft zu hören, verbunden mit der Nachfrage: „Was können wir jetzt

tun? Der Kollege muss nämlich ein Dumpingangebot gemacht haben“.

Die Antwort lautet: Man kann gar nichts tun. Man kann den Auftraggeber allenfalls bitten, die Ablehnungsgründe möglichst konkret zu fassen. In einem VOF-Verfahren hat der Bewerber ein Recht hierauf. Ansonsten gilt die Markt-Grundregel von Angebot und Nachfrage, mit oder ohne Vergaberecht, mit oder ohne HOAI. Und wer das nicht glauben will, der soll sich einmal die öffentliche Auftragsvergabe in der Praxis und nicht vom Elfenbeinturm anschauen.

**Risiko Vergabevorschlag**

Ingenieurbüros, die mit den Leistungen zur Mitwirkung bei der Vergabe beauftragt sind, müssen selbstverständlich die eingegangenen Angebote rechnerisch prüfen und einer den Vorschriften (zum Beispiel der VOB) entsprechenden Wertung unterziehen.

Am Ende dieser Leistungsschritte wird ein Prüfbericht erstellt, in dem alle Ergebnisse schriftlich aufgeführt werden. Dieser Prüfbericht ist eine wichtige Grundlage für die Vergabeentscheidung des Auftraggebers.

Es stellt sich die wichtige Frage, ob der Ingenieur dem öffentlichen Auftraggeber eine „Vergabeempfehlung machen muss“. Die erfolgt oft durch den letzten Satz in dem vorgenannten Prüfbericht „Wir empfehlen der Fa. XY den Auftrag zu erteilen.“

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vergabeempfehlung (Vergabevorschlag) lediglich in der Leistungsphase 7 des Teils IX HOAI (§ 73 Abs. 3 Nr. 7) ist. In allen anderen Leistungsbildern der HOAI ist diese Grundleistung nicht aufgeführt. Daraus folgt, dass der Auftraggeber, der Wert auf eine Vergabeempfehlung des Ingenieurs legt, diese im Ingenieurvertrag ausdrücklich vereinbaren muss, sofern es sich nicht um Leistungen handelt, die zum Leistungsbild des Teils IX HOAI gehören. Daraus folgt aber auch, dass der Ingenieur, in dessen Ingenieurvertrag eine solche Leistung nicht vereinbart ist, einen Vergabevorschlag nicht zu machen braucht. Das kann haftungsrechtlich sehr bedeutsam sein, nämlich dann, wenn sich später herausstellt, dass das beauftragte Unternehmen mangelhafte Leistungen abgibt.

Sollten Auftraggeber und Ingenieur den Vergabevorschlag als Leistung im Ingenieurvertrag explizit vereinbaren, so ist es selbstverständlich, dass hierfür ein gesondertes Honorar vereinbart wird.

Die Höhe des Honorars richtet sich nach dem Risikopotenzial.

**Und der private, industrielle oder gewerbliche Auftraggeber?**

Anders als öffentliche Auftraggeber sind Private nicht an das Vergaberecht gebunden. Sie können die Aufträge nach eigenen Regeln erteilen. Anderes gilt nur bei der HOAI. Hier ist jedermann zur Anwendung verpflichtet. Anderes kann auch gelten, wenn zum Beispiel öffentliche Fördergelder fließen. Im Normalfall aber vergeben industrielle oder gewerbliche Auftraggeber Aufträge an Firmen ihres Vertrauens.

Die Erfahrung hier zeigt, dass die Verhandlungen in der Sache deutlich härter geführt werden. Es ist aber auch feststellbar, dass zu einer professionellen Betrachtung ein Kostenverständnis für die andere Seite gehört. Auftraggeber und Auftragnehmer arbeiten nämlich im eigenen Betrieb nach den gleichen betriebswirtschaftlichen Regeln. Das ist beim öffentlichen Auftraggeber grundlegend anders.

Der Private hat zudem den Vorteil für den Ingenieur, dass er Entscheidungen zeitnah und verlässlich trifft. Unterbrechungen bei der Auftragsabwicklung

kommen deutlich weniger vor als bei öffentlichen Auftraggebern.

**Schlussbemerkung**

Die nun seit Jahren anhaltende „miese“ Entlohnung von Bauingenieuren und die Aussicht, dass dies keineswegs besser wird (siehe oben zum Thema Stundensätze und HOAI-Anpassung) führt dazu, dass wir trotz erheblichem Ingenieurmangel unseren eigenen Kindern empfehlen müssen, diesen schönen Beruf nicht mehr zu ergreifen. Eine Anerkennung schlägt sich im Entgelt nicht wider, das Risiko wird nicht honoriert und die Gehälter bleiben weit hinter anderen Studiengängen zurück.

Das ist sehr bedauerlich, zumal wir in Deutschland noch viel zu leisten haben bei den Infrastrukturanlagen.

Wenn der Staat nun die Wirtschaft (Finanzen und Automobil) mit sehr, sehr viel Geld unterstützt, dann bleibt zu hoffen, dass der Bau, statt ihn gesundzuschrumpfen (Kanzler Schröder) als Schlüsselbranche wiederentdeckt wird.

Bei neuer Verantwortung und neuer Anerkennung kann Vergabe dann auch wieder Spaß machen.

■ *Rechtsanwältin und Dipl.-Verwaltungswirtin (FH) Julia Zerwell, Leinemann & Partner Rechtsanwälte, Frankfurt am Main*

# Wettbewerbsvorteil Wissensvorsprung

## OLG Koblenz zum Vergabevermerk und dem Ausschluss wegen Vorbefasstheit

**Muss ein Bieter, der zu einem früheren Zeitpunkt Planungsleistungen für ein Objekt erbracht hatte, in dem nachfolgenden Vergabeverfahren ausgeschlossen werden? Diese Frage hatte das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz im Beschluss vom 6. November 2008 (1 Verg 3/08) zu entscheiden. Das Gericht präzisiert erneut auch die Anforderungen, die an einen Vergabevermerk zu stellen sind.**

**Der Sachverhalt**

Die Vergabestelle beabsichtigte, einen Generalplaner und -unternehmer für die Abwicklung künftiger Baumaßnahmen bei der Sanierung und Erweiterung eines Gebäudes einzusetzen. Hierfür sah sie

ein zweistufiges Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb und anschließender Angebotsphase vor. Nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbes überließ die Vergabestelle den ausgewählten Bewerbern Unterlagen, die u.a. Vorplanungen enthielten. Diese Vorpla-