

Praxisbeispiele VOF

Wege – Irrwege – Umwege – Auswege



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

Anspruch und Wirklichkeit klaffen oft auseinander. Das ist auch bei der Vergabe von Planungsleistungen nach der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) so.

Der Markt sucht und findet Wege, dem jeweiligen Akteur eigene Vorteile zu verschaffen, sei es für Auftraggeber, sei es für Auftragnehmer. Dabei spielen Machtverhältnisse ebenso eine Rolle wie der gute Wille, nicht im Bürokratiedickicht zu enden. Und immer ist die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) zu beachten. Beispiele für typische VOF-Vergaben aus der Praxis.

Die VOF ist nach mehreren Novellierungen und Anpassungen seit 17 Jahren in Gebrauch. Die anfänglichen praktischen Schwierigkeiten sind überwunden. Nun sucht jeder freiwillige oder gezwungene Anwender seinen Vorteil in diesem Vergabeverfahren.

Die drei Arten des VOF-Verfahrens

Bei der täglichen Anwendung der VOF bei der Vergabe von Planungs- und/oder Überwachungsleistungen haben sich drei Arten von VOF-Verfahren herauskristallisiert.

1. Unterdrücktes Verfahren

Ein öffentlicher Auftraggeber steht vor der Aufgabe, ein für ihn größeres Vorhaben zu realisieren. Er stellt fest, dass der Schwellenwert für die Bauleistung (5,186 Mio. €) nicht erreicht wird, aber das Gesamthonorar für die Planungs- und Überwachungsleistungen den hierfür geltenden Schwellenwert (207.000,- €) übersteigt. Er müsste die Ingenieurleistungen EU-weit ausschreiben und in einem VOF-Verfahren vergeben. Das bedeutet zusätzlichen Aufwand. Zudem hat er ein VOF-Verfahren noch nie durchgeführt. Es droht, dass er im Bürokratiedickicht den rechten Weg aus den Augen verliert.

Der Auftraggeber weiß jedoch durchaus, welche Planer für seine Aufgabe in Frage kommen. Am liebsten würde er sich einige Angebote vorlegen lassen und dann entscheiden, wem er den Auftrag erteilt. Weil er das aber nicht darf, sucht er Wege, dies dennoch tun zu können.

Mit etwas Kreativität findet man solche Wege leicht. Sehr oft werden die Planer

direkt darauf angesprochen, bei der Suche nach solchen Wegen zu helfen.

Im Ergebnis wird der Auftrag nach einer Preisanfrage bei mehreren Planern erteilt. Derjenige, der den Auftrag erhält wird sich nicht wehren. Die unterlegenen Bieter tun dies auch nicht. Zum einen kennen sie den Auftraggeber und wollen auch beim nächsten Mal wieder angefragt werden. Zum anderen sind die Maßnahmen zu klein, um hier das große Rad der Justiz in Gang zu setzen – und zuletzt bekäme derjenige, der dies dennoch tut, ganz sicher den Auftrag auch bei einem ggf. dann erzwungenen VOF-Verfahren nicht.

Die „Unterdrückung“ von VOF-Verfahren wird zumeist von kleineren öffentlichen Auftraggebern praktiziert. Der Markt regt sich über diese „Unterdrückung“ nicht auf und erfährt sie im Zweifel gar nicht.

2. Vorherbestimmtes Ergebnis

Nach wie vor kann man die Masse aller VOF-Verfahren für die Vergabe von Planungs- bzw. Überwachungsleistungen als Alibi-Veranstaltung bezeichnen. Es steht nämlich schon vorher fest, wer den Auftrag erhalten soll. Betroffen sind davon meist kleinere Maßnahmen.

In Gesprächen mit Bietern hört man Aussagen wie: „So ist das Leben“, oder „Schweineerei, wenn wir das gewusst hätten...“, oder „Beim nächsten mal sind wir dran“. Alle unterlegenen Bieter berichten, man hätte ihnen mitgeteilt, ihr Angebot sei das technisch beste gewesen aber leider ...

Tatsächlich hat der Auftraggeber denjenigen, den er ohnehin beauftragen wollte, im Verfahren so bewertet, dass er den Auftrag dorthin erteilen kann. Dabei spielt die Wahl der Vergabekriterien eine große Rolle. Das Verfahren wird darüber hinaus dazu genutzt, den bevorzugten Bieter im Preis zu drücken. Er ist durch die Wettbewerbssituation gezwungen, das Honorar sehr attraktiv zu gestalten. Dabei muss er noch nicht einmal der Billigste sein. Alle anderen Bieter haben keine Chance, den Auftrag zu erhalten.

Viele mittelgroße Büros (20 – 50 Mitarbeiter) nehmen wegen der leidvollen Erfahrungen mit solcher Vorgehensweise an VOF-Verfahren gar nicht mehr teil. Sie konstatieren: „Wir haben ohnehin nie eine echte Chance“.

3. Möglichst billige Vergabe

Im Gegensatz zu den eher kleineren Vorhaben verläuft ein VOF-Verfahren bei größeren Projekten immer mit dem gleichen Ziel, wonach der Billigste gewinnt.

Im Markt bestehen folgende Bedingungen:

- große Vorhaben sind in Deutschland eher selten,
- große Planungsgesellschaften benötigen große Vorhaben (Honorarvolumen > 1 Mio. €),
- der Wettbewerbsdruck der Planer steigt mit der Größe des Vorhabens und
- große VOF-Verfahren werden aus Wettbewerbsgründen nur noch von Planungsgemeinschaften gewonnen.

Diese Bedingungen führen dazu, dass bei diesen Verfahren die Honorarangebote der Planer auf Dumpingniveau liegen. Anders sind solche VOF-Verfahren nicht zu gewinnen.

Häufig genug finden sich in den sehr umfangreichen Unterlagen der Aufforderungen zur Angebotsabgabe Formulierungen wie:

„Entgegen der Bestimmungen der HOAI wird festgelegt, dass mitverarbeitete Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten unberücksichtigt bleibt.“

oder

„Die nachfolgenden Bauwerke und Anlagen (Ingenieurbauwerke, Freianlagen, Verkehrsanlagen) stellen insgesamt eine funktionale Einheit dar und sind damit zu einem einzigen Objekt i.S. der HOAI zusammenzufassen.“

oder

„Die anrechenbaren Kosten werden vom Auftraggeber mit xy € vorgegeben. Eine spätere honorarwirksame Erhöhung ist ausgeschlossen.“

Der Bieter muss dann entscheiden, ob er ein Angebot überhaupt abgibt oder versucht, sich gegen diese Praxis zur Wehr zu setzen. Wer sich für Letzteres entscheidet, verliert. Zwar kann er erreichen, dass das Verfahren wiederholt oder einzelne Vorgaben geändert werden. Aber ein solcher Sieg ist ein Pyrrhussieg. Er hat nämlich keine Chance, den Auftrag zu erhalten. Deshalb entscheiden sich die Planer regelmäßig dafür, diese Ansinnen der Auftraggeber mitzumachen und dann später im Weg eines konsequenten Nachtragsmanagements das Honorar nachzubessern. Auftraggeber, die wie beschrieben verfahren, erreichen dadurch lediglich, dass die Planer sich entwickeln wie die Bauwirtschaft. Die frühere fruchtbare Beziehung zwischen Bauherrn und dem Planer als Berater geht verloren.

Dabei greifen die Planer diese Rolle durchaus aktiv auf und versuchen, dem Spiel die eigenen Regeln zu verpassen.

Die Stellschrauben

Sie nutzen nämlich die ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Beeinflussung des Wettbewerbsergebnisses aus nachvollziehbaren Gründen. Dabei drehen sie an den gleichen Stellschrauben wie die Auftraggeber.

Leistungsschraube

Es ist feststellbar, dass Auftraggeber die vom Planer anzubietenden Leistungen ständig erweitern. Dabei verknüpfen sie die von der HOAI erfassten Grundleistungen und zusätzliche Leistungen so geschickt, dass Planer, die für die zusätzlichen Leistungen Honorar beanspruchen, sofort zu teuer werden. An folgendem Beispiel soll dies verdeutlicht werden. Die nebenstehende Tabelle ist so oder ähnlich zunehmend häufig anzutreffen.

Trägt der Planer im Rahmen seines Angebotes Vornhundertsätze ein, steht praktisch fest, dass er den Auftrag nicht erhalten wird, weil er gegenüber den Mitbewerbern zu teuer sein wird. Trägt er aber eine Null ein, so kommt eine Vereinbarung über 0,00 € Honorar für die zusätzlichen Besonderen Leistungen wirksam zustande.

Die Planer ihrerseits versuchen, die Leistungsseite so zu reduzieren, dass sie zu einem verminderten Honorar und damit verbesserten Auftragschancen kommen. Auch wenn der Auftraggeber 100 % der Grundleistungen einer Leistungsphase angefragt hat, behaupten Planer, dass die ein oder andere Leistung gar nicht erforderlich sei und sie deshalb den Teilleistungssatz der Leistungsphase entspre-

Leistungsphase 3 – Entwurfsplanung			
Leistung		Anteil [v.H.]	
		gem. HOAI	gem. Bieter
a)	Erarbeiten des Entwurfs auf Grundlage der Vorplanung durch zeichnerische Darstellung im erforderlichen Umfang und Detaillierungsgrad unter Berücksichtigung aller fachspezifischen Anforderungen, Bereitstellen der Arbeitsergebnisse als Grundlage für die anderen an der Planung fachlich Beteiligten sowie Integration und Koordination der Fachplanungen		
b)	Erläuterungsbericht unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter		
c)	fachspezifische Berechnungen ausgenommen Berechnungen aus anderen Leistungsbildern		
d)	Ermitteln und Begründen der zuwendungsfähigen Kosten, Mitwirken beim Aufstellen des Finanzierungsplans sowie Vorbereiten der Anträge auf Finanzierung		
e)	Mitwirken beim Erläutern des vorläufigen Entwurfs gegenüber Dritten an bis zu drei Terminen, Überarbeiten des vorläufigen Entwurfs auf Grund von Bedenken und Anregungen		
f)	Vorabstimmen der Genehmigungsfähigkeit mit Behörden und anderen an der Planung fachlich Beteiligten		
g)	Kostenberechnung einschließlich zugehöriger Mengenermittlung, Vergleich der Kostenberechnung mit der Kostenschätzung		
h)	Ermitteln der wesentlichen Bauphasen unter Berücksichtigung der Verkehrslenkung und der Aufrechterhaltung des Betriebes während der Bauzeit		
i)	Bauzeiten- und Kostenplan		
j)	Zusammenfassen, Erläutern und Dokumentieren der Ergebnisse		
	Zwischensumme	25	25
k)	zusätzliche Leistung, z.B. Kostenberechnung bis zur dritten Ebene		
l)	zusätzlich Leistung, z.B. Zusammenstellen der Anforderungen an die Planung wegen Aufrechterhaltung des Betriebes während der Bauzeit		
m)	zusätzlich Leistung, z.B. Darstellung der Planung in einem 3-D-Datenmodell		
n)	zusätzlich Leistung, z.B. Planungsoptimierung nach Anforderungen des AG		
	Summe	25	

chend reduzieren können. Sie nutzen dazu so genannte Teilleistungstabellen die in vielfältiger Form (z.B. von Locher/Koebler/Frik oder Siemon u.a.m.) vorliegen. Tatsächlich verändern sie aber die Leistungsanfrage des Auftraggebers einseitig, was vergaberechtlich gar nicht zulässig ist. Diese Angebote müssten sofort von der Wertung ausgeschlossen

werden. Das geschieht aber nicht, weil der Auftraggeber hieran gerade kein Interesse hat. Er würde ja ein niedriges Angebot ausschließen, was er gerade nicht will.

Preisschraube

Neben der Leistung versuchen Auftraggeber und Auftragnehmer auch den Preis

zu manipulieren, um ein möglichst niedriges Honorar zahlen zu müssen bzw. durch ein niedriges Honorarangebot bessere Chancen auf die Auftragserteilung zu haben.

Auftraggeber stützen dies auf § 8 Abs. 2 HOAI. Nach dieser Vorschrift ist nur ein vermindertes Honorar zu entrichten, wenn nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase in Auftrag gegeben werden.

Zum einen nehmen Auftraggeber solche Leistungen, die gar nicht erforderlich sind, aus dem Leistungskatalog heraus und verringern das Honorar um einen Betrag, der sich aus den oben bereits erwähnten Teilleistungstabellen ergibt. Das ist aber gar nicht möglich. Das Honorar für eine Leistungsphase ist vollständig zu entrichten, wenn das mit dieser Leistungsphase verfolgte Ziel erreicht wurde. Ein Abzug ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine geschuldete Teilleistung nicht erbracht wurde. Dazu muss aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) das Leistungsbild der HOAI als geschuldet vereinbart sein. Eine Teilleistung aus einem Leistungsbild, die nicht erforderlich ist, kann nicht „nicht beauftragt“ werden. Andernfalls könnten so die Mindestsätze der HOAI legal unterschritten werden.

Zum anderen setzen Auftraggeber von vornherein z.B. Zuschläge für Umbauten bzw. Modernisierungen auf null Prozent. Das ist zwar möglich, verfolgt aber einzig und allein das Ziel, das Honorar so gering wie möglich zu halten. Ob es dann noch „angemessen“ ist, wird nicht hinterfragt.

Auch Bieter, also Planungsbüros/-gesellschaften suchen Möglichkeiten, vermeintlich legal die Mindestsätze der HOAI unterschreiten können. Sie wollen so ihre Chancen im Wettbewerb erhöhen. Häufig wird dann der sogenannte „Linienfaktor“ ins Spiel gebracht und das Honorar dadurch verringert. Übersehen bzw. ausgeblendet wird dabei, dass die HOAI keinen Linienfaktor kennt. Zwar gibt es seit der HOAI 2013 in den §§ 44 Abs. 7, 52 Abs. 5 und 56 Abs. 6 neue Vorschriften zur Unterschreitung des Mindestsatzes in bestimmten Fällen. Die erforderlichen drei Bedingungen, nämlich dass es sich

- a) um ein Ingenieurbauwerk mit einer großen Längenausdehnung,
- b) bei stets gleichen baulichen Bedingungen und

c) einem Missverhältnis von Aufwand und Honorar handelt,

liegen bei Auftragserteilung nicht vor bzw. können gar nicht vorliegen. Es zeigt sich nämlich immer erst bei der Planung, welche Verhältnisse tatsächlich herrschen und es zeigt sich immer erst nach Abschluss der Planung, welcher Aufwand entstanden ist. Gleichwohl wenden Planer diese Vorschriften an und die Auftraggeber nehmen dies in dieser Phase des Verfahrens gern entgegen.

Risiken

Die genannten Vorgehensweisen beinhalten erhebliche Risiken, sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer.

Es ist nur eine Frage der Zeit, wann ein Mitbewerber die Leistungsreduzierung seines Konkurrenten als vergaberechtlich unzulässig enttarnt und den Auftraggeber damit zwingt, diesen Konkurrenten aus der Wertung zu nehmen.

Auch die Mehrleistungsforderung der Auftraggeber bei gleichbleibendem Honorar beinhaltet ein Qualitätsrisiko. Es gibt keine Leistungen zum Nulltarif – nirgendwo.

Zuletzt kann der Planer stets die Mindestsätze der HOAI einfordern, unabhängig davon, was vertraglich vereinbart wurde. Das vermeintlich niedrige Angebot kostet dann im Nachhinein genau das, was man vorher hätte wissen können.

Wer also versucht das Ergebnis eines VOF-Verfahrens in irgendeiner Weise zu beeinflussen, kann sich eines erheblichen Risikos sicher sein.

Vier Verbesserungsvorschläge

Was und wie könnte man VOF-Verfahren besser machen. Dazu liegen aus der Erfahrung vier Punkte vor:

Bedarfsplanung

Hier ist gegenüber früheren Jahren schon vieles besser geworden. Dennoch mangelt es noch zu oft an einer vollständigen Bedarfsermittlung des Auftraggebers als verlässliche Wettbewerbs- und Vertragsgrundlage. Die Bedarfsplanung (z.B. nach DIN 18205) sollte aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit für VOF-Verfahren zwingend vorgeschrieben sein.

Leistungsänderungen ausschließen

Jeder Bieter, der die vom Auftraggeber angefragten Leistungen verändert, muss-

te sofort von der Wertung ausgeschlossen werden.

HOAI einhalten

Nach dem Willen des Ordnungsgebers ist das Honorar nach den Vorschriften der HOAI ausgewogen und angemessen und berücksichtigt die berechtigten Interessen von Bauherrn und Planer. Es ist nicht zu erkennen, warum dies bei VOF-Verfahren anders sein sollte. Sich an geltendes Recht zu halten, dient auch der Vermeidung von Nachträgen.

Schwellenwert anheben

Der Schwellenwert für eine EU-weite Ausschreibung von Bauleistungen beträgt aktuell 5.186.000,- Mio. €. Der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge beträgt aktuell 207.000,- €. Die nun mittlerweile 17-jährige Erfahrung im Umgang mit der VOF zeigt, dass sich bei Vergaben nach der VOF bei einem Auftragsvolumen < 1 Mio. € keine europäischen Bieter bewerben. Dies sollte dazu führen, dass der Schwellenwert angehoben wird und zwar auf z.B. den Wert, der dem Anteil des Honorars an den Baukosten entspricht. Das sind rd. 10 %. Der Schwellenwert sollte demnach zumindest 10 % von 5 Mio. (für Bauleistungen), also 500.000,- € betragen. Dies wäre für alle Marktteilnehmer, Auftraggeber und Auftragnehmer, eine Erleichterung.

Fazit

Die Praxis sucht sich ihre Wege. Das gilt auch für VOF-Verfahren. Während von kleineren öffentlichen Auftraggebern VOF-Verfahren „umgangen“ werden, steht bei kleineren Verfahren mit Auftragssummen bis zu 500.000,- € sehr häufig der „Gewinner“ schon von vornherein fest.

Bei Verfahren für größere Vorhaben dienen VOF-Verfahren einzig und allein dem Zweck, den Preis zu drücken. Die letztlich abgegebenen Angebote sind im Bereich des Dumpings anzusiedeln. Das erforderliche Honorar wird nach Auftragserteilung im Nachtragswege generiert.

Die Risiken dieser Vorgehensweise verteilen sich auf Auftraggeber und Auftragnehmer gleichermaßen. Der eine muss im Zweifel den Mindestsatz nach der HOAI bezahlen und der andere läuft Gefahr, wegen allzu kreativer Angebotsgestaltung von der Wertung ausgeschlossen zu werden.