

Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

Postvertriebsstück – Entgelt bezahlt – G 70516

HERAUSGEBER

Ltd. städt. Rechtsdirektor a.D.
Martin Krämer

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Ralf Leinemann

Rechtsanwalt
Dr. Rainer Noch

Beigeordneter a.D., DStGB
Norbert Portz

Leitender Rechtsdirektor
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.
Ulrich Welter



■ *Rechtsanwalt Oliver Hattig, Rechtsanwalt Tobias Oest*

Ein Schritt vor, einer zurück?

Das Vergabebesleunigungsgesetz soll kommen. Ein erster Überblick.

5

■ *Rechtsanwalt Dr. Martin Büdenbender*

Ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteil

EuGH: Einstellung eines Mitarbeiters des Konkurrenten ist problematisch

25

■ *Dr. Rainer Noch*

Unbrauchbares Wertungssystem

Kein tragfähiger Zuschlag möglich:

Verfahrenskorrektur „von Amts wegen“

28

525

≡ Reguvis

ISSN 1861-6658 Reguvis Fachmedien GmbH, Postfach 100534, 50445 Köln

Der Teufel steckt im Detail

Zur Abgrenzung der technischen Beratung von der Rechtsdienstleistung



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum, Prof. Dr. Matthias Einmahl, Fachhochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW

Rechtsberatung im Vergabeverfahren birgt für Planer erhebliche Risiken. Das war der Tenor unseres Beitrags in der vorigen Ausgabe 4/24 des VergabeNavigators. Wie stets steckt der Teufel aber im Detail, und eine nähere Betrachtung lohnt, auch über das Vergabeverfahren hinaus.

In den Ingenieurverträgen öffentlicher Auftraggeber sind in der Regel die Grundleistungen der jeweiligen Leistungsbilder der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ganz oder teilweise vereinbart.

Bei der Frage, was zu den Grundleistungen gehört und was der Ingenieur deshalb schuldet, kommt es häufig zu unterschiedlichen Auffassungen. Nachfolgend werden wichtige Grundleistungen vertieft betrachtet.

Der Grundsatz

In den Grundleistungen der HOAI können Rechtsdienstleistungen nicht enthalten sein, weil das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) regelt, dass grundsätzlich nur Rechtsanwälte solche Leistungen erbringen dürfen (näher hierzu „Der direkte Weg in die Haftung“, VergabeNavigator 4/25, S. 5 ff.).

Es stellt sich die Frage, wie genau die Rechtsberatung aussehen kann /soll/ muss? Kann der Bauherr ausschließen? Muss er ausschließen? Sollte er ausschließen? Dürfen Unterlagen nachgefordert werden? Müssen Unterlagen nachgefordert werden? Muss Aufklärung über den vermeintlichen Fehler verlangt werden? Oder darf das alles nicht sein?

Wo hört schematisches Anwenden einer Rechtsnorm auf? Wo fängt Rechtsdienstleistung an? Das entscheiden im Einzelfall Gerichte. Allgemeingültige Empfehlungen sind schwierig. Bis auf eine, nämlich:

Ingenieure und Architekten sollten grundsätzlich und immer Empfehlungen nur aus der technischen Sicht abgeben. Sie sollten zudem ihrem Auftraggeber stets empfehlen, den Vorgang noch juristisch prüfen zu lassen. Das ist mittlerweile erforderlich, um die erheblichen Risiken zu minimieren und den direkten Weg in die Haftung zu vermeiden.

Die besonders empfindlichen Grundleistungen werden nachfolgend am Beispiel des HOAI-Leistungsbildes Ingenieurbauwerke (vgl. Anlage 12 zu § 43 Absatz 4, § 48 Absatz 5 HOAI) betrachtet.

Leistungsphase 1 – Grundlagenermittlung

b) Ermitteln der Planungsrandbedingungen sowie Beraten zum gesamten Leistungsbedarf

Der Planer hat hier den Bauherrn über ggf. noch erforderlichen zusätzlichen Leistungsbedarf zu beraten. Das sind zum Beispiel Vermessungs-, Tragwerksplanungs- und andere Fachplanungsleistungen. Aber auch Baugrund- und andere Fachgutachten. Ob jedoch auch ein Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinator (SiGeKo) zu beauftragen ist oder ein Bauleiter nach den Bestimmungen der Landesbauordnung (LBO), kann der Planer ggf. gar nicht beurteilen.

Muss der Planer Ausnahmeregelungen kennen? Muss er aktuelle Rechtsprechung zu diesen Themenkreisen kennen?

Und wenn er sie kennt, handelt es sich dann um eine schematische Anwendung von Rechtsnormen?

Dem Planer ist zu empfehlen, seinen Auftraggeber etwa so zu beraten:

„... teilen wir mit, dass aus unserer fachlichen Sicht nach derzeitigem Erkenntnisstand noch folgende Fachleistungen erforderlich werden: (zum Beispiel Vermessung, Tragwerk usw.). Wir vertreten zudem aus unserer fachlichen Sicht die Auffassung, dass ein Bauleiter nach LBO nicht zu bestellen ist und SiGeKo-Leistungen nach der Baustellenverordnung nicht erforderlich sind. Bitte lassen Sie dies noch juristisch prüfen.“

Bei der nächsten Grundleistung sind die Grenzen enger gesteckt.

c) Formulieren von Entscheidungshilfen für die Auswahl anderer an der Planung fachlich Beteiligter

Keinesfalls handelt es sich bei den Entscheidungshilfen um eine Beratung zum Beschaffungsvorgang. Dies ist immer und grundsätzlich eine Rechtsdienstleistung.

Der Planer teilt hier aus seiner fachlichen Sicht mit, in welchem Umfang und in welcher Tiefe, mit welcher Genauigkeit etc. die noch fehlenden Fachplanungen erforderlich sind. Mehr nicht.

e) Ortsbesichtigung

Hier sollte der Auftraggeber darauf aufmerksam gemacht werden, dass aus der fachlichen Sicht des Planers nachbarschaftsrechtliche Aspekte nicht zu erkennen sind. Der Auftraggeber möge dies aber prüfen.

Leistungsphase 2 – Vorplanung

g) Vorabstimmen mit Behörden und anderen an der Planung fachlich Beteiligten über die Genehmigungsfähigkeit, gegebenenfalls Mitwirken bei Verhandlungen über die Bezuschussung und Kostenbeteiligung

Auch hier gilt, dass der Planer die Genehmigungsfähigkeit ausschließlich aus seiner fachlichen Sicht mit den betreffenden Behörden abstimmt. Er sollte keinerlei Aussagen zur ggf. erforderlichen Beteiligung weiterer Behörden (z.B. Naturschutz, Denkmalschutz u.a.m.) treffen.

i) Überarbeiten des Planungskonzepts nach Bedenken und Anregungen

Zu dieser Grundleistung gehört nicht das Prüfen und Werten der Bedenken bzw. Anregungen. Will der Auftraggeber den Planer im Rahmen einer Besonderen Leistung damit beauftragen, kann dieser seine Prüfungs- und Wertungsleistungen nur aus der technischen Sicht erbringen.

Fragen hinsichtlich Zulässigkeit, Rechtsgrundlagen u.a.m., wie sie in der Praxis immer wieder vorkommen, kann und sollte der Planer nicht beantworten.

Leistungsphase 3 – Entwurfsplanung

d) Ermitteln und Begründen der zuwendungsfähigen Kosten, Mitwirken beim Aufstellen des Finanzierungsplans sowie Vorbereiten der Anträge auf Finanzierung

Der Planer kann nicht bestimmen, welche Förderprogramme und anträge gestellt werden sollten bzw. nicht gestellt werden können. Erst wenn dies festgelegt ist, kann er die zuwendungsfähigen Kosten ermitteln und aus seiner fachlichen Sicht begründen.

f) Vorabstimmen der Genehmigungsfähigkeit mit Behörden und anderen an der Planung fachlich Beteiligten

Wie oben Leistungsphase 2 lit. g).

Leistungsphase 4 – Genehmigungsplanung

f) Mitwirken beim Abfassen von Stellungnahmen zu Bedenken und Anregungen in bis zu zehn Kategorien

Auch hier betrifft die Mitwirkungspflicht als Unterstützung des Bauherrn die Zuarbeit des Planers allein aus seiner fachlichen Sicht. Die rechtliche Beurteilung von Sachverhalten gehört nicht dazu.

Leistungsphase 6 – Vorbereiten der Vergabe

Siehe hierzu Vergabenavigator 4/25, S. 6 f.

b) Aufstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere Anfertigen der Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen sowie der Besonderen Vertragsbedingungen

Das Aufstellen der Vergabeunterlagen über das Leistungsverzeichnis hinaus bezieht sich ausschließlich auf das Ausfüllen vom Auftraggeber vorgegebener Formblätter und das Aufstellen technische Regelungen wie zum Beispiel zusätzliche technische Vertragsbedingungen.

Leistungsphase 7 – Mitwirken bei der Vergabe

Siehe hierzu VergabeNavigator 4/25, S. 8 f.

b) Prüfen und Werten der Angebote, Aufstellen des Preisspiegels

Die rechnerische Prüfung eines Angebots ist technischer Natur und vom Ingenieur/Architekt leicht zu erbringen. Das ist bei der formalen Angebotsprüfung nicht der Fall. Schon bei der Prüfung auf Vollständigkeit eines Angebots tauchen Fragen auf, die rein rechtlich zu beantworten sind.

Dürfen, müssen fehlende Unterlagen nachgefordert oder gerade nicht nachgefordert werden? Wenn noch nicht einmal Juristen solche Fragen abschließend verlässlich beantworten können, weil ein Gericht möglicherweise zu einer anderen Entscheidung kommt, dann können Ingenieure und Architekten als juristische Laien dies sicher gar nicht.

e) Erstellen der Vergabevorschläge, Dokumentation des Vergabeverfahrens

Technische Prüfung und technisch begründeter Vergabevorschlag ist das eine und geschuldete Leistung des Ingenieurs/Architekten. Unterläuft ihm dabei ein Fehler, haftet er ggf. (Beispiele OLG München, Urteil v. 30.1.2001 – 13 U 4744/00; LG Duisburg, Urteil v. 10.2.2009 – 1 O 415/01), ist aber versichert. Die Vergabe selbst ist das andere und strotzt nur so vor Rechtsfragen. Mischt der Planer sich unzulässigerweise in die Klärung von Rechtsfragen ein, genießt er für eine etwaige Haftung keinen Versicherungsschutz.

Leistungsphase 8 – Bauoberleitung

c) Veranlassen und Mitwirken beim Inverzugsetzen der ausführenden Unternehmen

Nicht umsonst beschränkt sich die Leistung auf Mitwirken. Das Inverzugsetzen ist ein rein rechtlicher Vorgang. Planer sollten niemals empfehlen, einen Dritten in Verzug zu setzen. Sie können allenfalls empfehlen, dies zu prüfen, weil sie aus der fachlichen Sicht die Meinung vertreten, derjenige sei in Verzug.

e) Abnahme von Bauleistungen, Leistungen und Lieferungen unter Mitwirkung der örtlichen Bauüberwachung und anderer an der Planung und Objektüberwachung fachlich Beteiligter, Feststellen von Mängeln, Fertigung einer Niederschrift über das Ergebnis der Abnahme

Es handelt sich nicht um die rechtsgeschäftliche Abnahme, sondern ausschließlich um die technische Abnahme. Auch hierzu kann der Planer eine fachliche Meinung haben und damit dem Auftraggeber begründen, dass er abnehmen

könne oder die Abnahme verweigern sollte.

Da mit einer Abnahme viele und starke Rechtswirkungen verbunden sind, sollte der Empfehlung des Überwachers immer die Einschränkung „vorbehaltlich einer juristischen Prüfung“ beigefügt werden.

Leistungsphase 9 – Objektbetreuung

b) Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen für Mängelansprüche gegenüber den ausführenden Unternehmen

Muss der Ingenieur/Architekt zur Objektbegehung die ausführende Firma einladen? Muss er den Auftraggeber nach bekannten Mängeln fragen? Und wie verhält es sich in dem Fall, dass die ausführende Firma zwischenzeitlich insolvent ist? Ist dann der Bürge (Gewährleistungsbürgschaft), zum Beispiel eine Bank, auch einzuladen? Wer weiß das schon? Und muss der Ingenieur/Architekt das wissen? Sicher nicht. Seine Aufgabe ist die Begehung. Alles andere sollte er dem Auftraggeber überlassen.

Besonderheit auf der Baustelle

Das Prüfen von Bau-Nachträgen ist in den Leistungsbildern der HOAI unterschiedlich geregelt. So ist dies in den Leistungsbildern Gebäude, Freianlagen und Technische Ausrüstung jeweils eine Grundleistung in der Leistungsphase 7. In den Leistungsbildern Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlage ist dies aber eine Besondere Leistung. Aber auch dort werden die Büros regelmäßig mit der Prüfung der Nachträge beauftragt.

Zu unterscheiden sind grundsätzlich zwei Arten von Nachträgen, nämlich:

- Nachträge gem. § 2 Abs. 5 u 6 VOB/B für geänderte oder zusätzliche Leistungen,
- rein bauwirtschaftlich begründete Nachträge.

Letztere sind auch in den Leistungsbildern Gebäude, Freianlagen und Technische Ausrüstung Besondere Leistungen (vgl. Anlage 10.1 zur HOAI, Lph. 7 rechte Spalte und Anlage 15.1 zur HOAI, Lph. 7 rechte Spalte). Solche Nachträge kann der Ingenieur/Architekt nicht prüfen. Es handelt sich um reine Rechtsfragen. Der Ingenieur/Architekt kann lediglich bei der Prüfung mitwirken, dadurch, dass er sein technisches Wissen einbringt.

Das ist bei den VOB-Nachträgen (s.o. Pkt. a) teilweise anders. Der Ingenieur/Architekt kann diese Nachträge auf tech-

nische Richtigkeit prüfen. Er kann auch prüfen, ob die angebotenen Mengen zutreffend sind und ob der Preis angemessen ist. Aber er kann nicht prüfen, ob das Unternehmen überhaupt berechtigt ist, den Nachtrag zu stellen. In vergaberechtliche Fragen im Zusammenhang mit Nachträgen darf er sich ebenfalls nicht einmischen (Beispiel für Haftung OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.8.2015 – 23 U 13/13).

Fazit

Das alles führt dazu, dass alles noch viel schlimmer wird und länger dauert. Noch mehr Bürokratie, keine Entscheidungen mehr. Juristen achten streng darauf, dass niemand anderes als sie selbst Rechtsberatungen erbringen. Das ist gut und richtig so.

Es ist an den Ingenieuren und Architekten und an deren Auftraggebern zu lernen, dass sie eben keine Juristen sind. Sie sollten sich auf ihr Metier, die technische Projektbearbeitung, konzentrieren und zurückziehen. Es ist dann am Auftraggeber, rechtzeitig Entscheidungen zu treffen, herbeizuführen und/oder Vorlagen und technische Empfehlungen juristisch prüfen zu lassen.

Ob das Ergebnis dieser Prüfungen dann vor einem Gericht standhält, ist eine ganz andere Frage.

Empfehlung

Ingenieuren und Architekten ist zu raten, bei jeder Empfehlung, die sie abgeben, bei jeder Entscheidung, die sie treffen, darauf hinzuweisen, dass sie ausschließlich aus der fachlichen/technischen Sicht abgegeben/getroffen wurde. Und dies sollten sie ihrem Auftraggeber schriftlich an die Hand geben. Auftraggebern ist zu empfehlen, diese Hinweise nicht als Leistungsverweigerung zu verstehen, sondern sie positiv aufzunehmen und die erforderlichen juristischen Prüfungen durchzuführen.

Hat man das verstanden, geht der Rest von allein einen guten Weg mit einer deutlich reduzierten Haftungsgefahr.

■ Rechtsanwältin Armin Preussler, Leinemann & Partner Rechtsanwältinnen mbB, Berlin

Nachprüfbare Konzeptbewertung

BayObLG: Nachprüfungsinstanzen können Plausibilität überprüfen

Trotz des dem Auftraggeber bei der Bewertung und Benotung von Konzepten zustehenden Beurteilungsspielraums sind seine Bewertungsentscheidungen auch daraufhin überprüfbar, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden. Dies hat das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) im Beschluss vom 7.5.2025 (Verg 8/24) entschieden.

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin betreibt ein Klinikum. Die spätere Antragstellerin und die spätere Beigeladene sind große miteinander konkurrierende Einkaufsgemeinschaften im Gesundheitswesen.

Im Juni 2024 schrieb die Auftraggeberin die Erbringung von Beschaffungsdienstleistungen im Gesundheitswesen europaweit im offenen Verfahren aus. Zuschlagskriterium waren der Preis zu 30 % und die Servicequalität zu 70 %.

Ausweislich der Leistungsbeschreibung waren bei der Wertung maximal 220 Punkte zu vergeben; hiervon sollten maximal 66 Punkte auf den Preis in Gestalt des Kriteriums „Rückvergütung“ und die restlichen maximal 154 Punkte auf die von den Bietern für die qualitativen Wertungskriterien jeweils zu erstellenden Konzepte entfallen.

Die Vergabeunterlagen enthielten eine Wertungsmatrix mit näheren Informationen zu den von den Bietern vorzulegenden Konzepten, deren Gewichtung und den pro Konzept maximal zu vergebenden Punkten. Vorzulegen waren sieben teilweise in Unterkategorien weiter aufgeteilte Konzepte zu den Themen „Rückvergütung“, „Betreuung und Dienstleistung“, „Digitalisierung“, „innovative Produkte“, „Netzwerk und Weiterbildungsangebote“, „Lieferengpassmanagement“ sowie „Umstellungsprozess“.

Mittels Vorabinformation teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, der

Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Zwar bleibe das Angebot der Beigeladenen beim Zuschlagskriterium Preis (= umsatzabhängige Rückvergütung) hinter dem Angebot der Antragstellerin zurück, jedoch liege es bei der Bewertung der Konzepte so weit vorn, dass sich das Angebot der Beigeladenen in der Gesamtwertung aller Zuschlagskriterien als wirtschaftlicher erweise.

In einer ersten Rüge beanstandete die Antragstellerin die Bieterinformation als unzureichend und rügte in einem zweiten Schreiben, die Vergabestelle habe bei der Bewertung der Konzepte die rechtlichen Grenzen ihres Beurteilungsspielraums verlassen und gegen das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot sowie das Wirtschaftlichkeits-, das Transparenz- und das Verhältnismäßigkeitsgebot verstoßen.

Da die Vergabestelle der Rüge nicht abhalf, reichte die Antragstellerin bei der Vergabekammer (VK) Nordbayern einen Nachprüfungsantrag ein.

Nachdem ihr unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen Akteneinsicht erteilt worden war, rügte die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren, die Vergabestelle habe in mehrfacher Hinsicht gegen die Dokumentationspflichten des § 8 der Vergabeverordnung (VgV) verstoßen und habe bei der Bewertung der Konzepte der Antragstellerin zudem die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums verletzt.