

Viel Neues im Baubereich in den Jahren 2009 und 2010

Verfasser: Michael **Stemmer**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts	70
1.1 Änderungen des § 97 GWB, Allgemeine Grundsätze	70
1.2 Änderungen des § 99 GWB, Öffentliche Aufträge	72
1.3 Novellierungen des § 101 GWB, Arten der Vergabe	74
1.4 Neuer § 101 a GWB, Informations- und Wartepflicht	74
1.5 Neuer § 101 b GWB, Unwirksamkeit von Verträgen	75
1.6 Aufhebung des § 103 GWB a. F., Vergabeprüfstellen	76
1.7 Neufassung des § 103 Abs. 3 GWB, Unzulässige Nachprüfungsanträge	76
1.8 Änderungen des § 113 GWB, Beschleunigung, und des § 114 GWB, Aufhebung des Zuschlags, Zwangsmittel	77
1.9 Änderungen des § 115 GWB, Aussetzung des Vergabeverfahrens	77
1.10 Geänderte Fassung des § 118 Abs. 2 GWB, Wirkung der sofortigen Beschwerde	78
1.11 Änderungen sonstiger Regelungen (§§ 125 ff. GWB)	78
2 Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung)	79
2.1 Zielsetzungen der Sektorenverordnung	79
2.2 Abschnitt 1 SektVO, Allgemeine Bestimmungen	79
2.3 Abschnitt 2, Vorbereitung des Vergabeverfahrens	82
2.4 Abschnitt 3, Bekanntmachungen und Fristen	84
2.5 Abschnitt 4, Anforderungen an die Unternehmen	86
2.6 Abschnitt 5, Prüfung und Wertung der Angebote	87
2.7 Abschnitt 6, Besondere Bestimmungen Abschnitt 7, Übergangs- und Schlussbestimmungen	89

	Seite
3 Novellierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB Teile A und B)	89
3.1 Überblick über die wesentlichen Änderungen der VOB/A 2009	90
3.2 Wesentliche Änderungen im Abschnitt 1 der VOB/A 2009	90
3.3 Wesentliche Änderungen im Abschnitt 2 der VOB/A 2009	97
3.4 Änderungen der VOB/B	98
4 Hinweise zur HOAI 2009	99
4.1 Neue Gliederung der HOAI, Aufteilung in verbindliche und in unverbindliche Regelungen	99
4.2 Neue Struktur des Teils 1, Allgemeine Vorschriften	100
4.3 Struktur der Teile 2 bis 4, Flächenplanung, Objektplanung, Fachplanung	100
4.4 Wesentliche inhaltliche Änderungen	100
4.5 Wegfall des bisherigen § 10 Abs. 3 a zur Anrechnung vorhandener Bausubstanz	105
4.6 Wegfall des Zeithonorars	106
4.7 Leistungen bei raumbildenden Ausbauten	106
4.8 Erhöhter Aufwand bei Planungen, bisheriger § 55 Abs. 4	106
4.9 Örtliche Bauüberwachung	107
4.10 Übergangs- und Schlussvorschriften	107

Im Jahr 2009 haben der Gesetzgeber, der Ordnungsgeber und der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss eine Vielzahl neuer Regelungen geschaffen, die sich erheblich auf die Vergabe und den Vertragsabschluss von Bau- sowie von Architekten- und Ingenieurverträgen auswirken.

Am 24.04.2009 ist das **Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts** vom 20.04.2009 (BGBl I S. 790, ber. S. 1795) in Kraft getreten. Mit ihm sind der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (BGBl I 2005 S. 2140) und die Vergabeverordnung (VgV) vom 01.11.2006 (BGBl I S. 2334) wesentlich geändert worden. Unter anderem wurden die mittelständischen Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte gestärkt. Die Schwellenwerte betragen bis 31.12.2009 5.150.000 € für Bauaufträge, 206.000 € für allgemeine Dienstleistungs- und Lieferaufträge und 412.000 € für Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich. Seit 01.01.2010 betragen sie gemäß Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 vom 30.11.2009 4.845.000 € für Bauaufträge, 193.000 € für allgemeine Dienstleistungs- und Lieferaufträge und 387.000 € für entsprechende Aufträge im Sektorenbereich. Daneben sind durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts die bisher in § 13 VgV geregelte Informations- und Wartepflicht mit etwas geändertem Inhalt in § 101a GWB und die bisherige Nichtigkeit von Verträgen bei unzureichender Information der Mitbieter als schwebende Unwirksamkeit von Verträgen in den § 101b GWB aufgenommen worden. Die Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts werden im Einzelnen im nachfolgenden Abschnitt 1 behandelt.¹

Am 29.09.2009 ist die **Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung** (Sektorenverordnung - SektVO) vom 23.09.2009 (BGBl I S. 3110) in Kraft getreten. Die Verordnung dient der Umsetzung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134 vom 30.04.2004 S. 1) in deutsches Recht. Insbesondere sind der Einsatz der elektronischen Medien verstärkt und Anpassungen an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorgenommen. Nicht umgesetzt ist in der Sektorenverordnung der von der Richtlinie 2004/17/EG noch erfasste Postbereich. Es wird davon ausgegangen, dass in Deutschland seit dem Auslaufen des gesetzlichen Briefmonopols kein Unternehmen mehr besteht, das die in der Richtlinie vorgegebenen Voraussetzungen für einen Auftraggeber im Postbereich erfüllt. Näheres zur Sektorenverordnung ist in Abschnitt 2 ausgeführt.

Erhebliche Neuerungen hat auch die **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen** (VOB) erfahren. Die Neuerungen sind derzeit allerdings noch nicht in Kraft gesetzt. Dies soll mit der für das Frühjahr 2010 vorgesehenen Novellierung der Vergabeverordnung geschehen. Wir werden hierüber zu gegebener Zeit unter www.bkpv.de „Aktuelles“ berichten. Der neue Inhalt der VOB ist in Abschnitt 3 dargestellt.

¹ Der Prüfungsverband hat über die Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts aus Gründen der Aktualität bereits unter www.bkpv.de „Aktuelles“ berichtet und an der gleichen Stelle auch Hinweise zur HOAI 2009 gegeben. Da diese Veröffentlichungen allerdings nicht allen Kommunen bekannt sind und den Kommunen über diese Veröffentlichungen hinaus eine Gesamtinformation auch über die neue Sektorenverordnung und die Novellierung der VOB Teile A und B gegeben werden soll, werden die vorgenannten Ausführungen auch im vorliegenden Geschäftsberichtsbeitrag abgedruckt. Damit erhalten die kommunalen Vergabestellen insgesamt eine Handreichung aus einem Guss.

Die seit 1996 unveränderte **Honorarordnung für Architekten und Ingenieure** (HOAI), die im Jahr 2002 ohne inhaltliche Veränderung lediglich von DM- auf €-Beträge umgestellt wurde, wurde durch die Sechste Verordnung zur Änderung der HOAI vom 11.08.2009 mit Wirkung zum 18.08.2009 novelliert (BGBl I S. 2732). Die HOAI 2009 (Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen) ist gegenüber der bisherigen Regelung völlig neu strukturiert. Sie ist in verbindliche und unverbindliche Regelungen gegliedert, die Tafelwerte sind, soweit sie weiter gelten, um 10 % erhöht, sie ist nur mehr auf Architekten und Ingenieure anwendbar, die im Inland tätig sind, und sie enthält eine Vielzahl neuer Regelungen, die den Vertragsparteien auch Gestaltungsfreiheit geben, damit aber auch mehr Kompetenz bei der Vertragsgestaltung verlangen. Auf Einzelheiten, auch auf das Ziel, die Höhe des Honorars von den Baukosten abzukoppeln, wird in Abschnitt 4 eingegangen. Weitere Einzelheiten zur neuen HOAI finden sich zudem bei Rohrmüller, HOAI 2009, Textausgabe mit Einführung und amtlicher Begründung, und bei Stemmer, Praxishinweise zur Anwendung der HOAI 2009, Kommentierung und Handlungsempfehlungen.² Zu speziellen Problemfällen, die sich augenfällig aus der neuen HOAI ergeben, darf ergänzend auf den Beitrag in diesem Geschäftsbericht von Johann Rohrmüller und Peter Hofmann, Planerhonorar für den Bau von Kläranlagen nach der neuen Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI 2009), S. 109 ff., hingewiesen werden.

1 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts

1.1 Änderungen des § 97 GWB, Allgemeine Grundsätze

a) Änderung des § 97 Abs. 3 GWB, Stärkung mittelständischer Interessen

Der bisherige § 97 Abs. 3 GWB verpflichtete die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe eines Auftrags oberhalb der Schwellenwerte mittelständische Interessen „*angemessen zu berücksichtigen*“. Dies sollte vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose geschehen. In der Praxis kam es nach Einschätzung mittelständischer Unternehmen zu häufig zur Zusammenfassung teilbarer Leistungen. Der Gesetzgeber sah es im Interesse der in Deutschland vorwiegend mittelständisch strukturierten Wirtschaft für geboten an, auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren besonders zu achten. Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB wurde daher in ihrer Wirkung verstärkt, indem nunmehr regelmäßig Losvergaben stattzufinden haben. Die nachgefragten Leistungen sind in der Menge aufgeteilt als Teillose oder nach Art oder Fachgebiet als Fachlose zu vergeben. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Verfahren öffentliche Auftraggeber nach dieser Ausnahmeregelung, so haben sie aktenkundig zu begründen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

b) Änderung des § 97 Abs. 4 GWB, Weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer

Das Vergaberecht dient dem wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern. Im Rahmen ihrer Finanzverantwortung entscheiden öffentliche

² Beide Veröffentlichungen sind beim Richard Boorberg Verlag, München, erschienen.

Auftraggeber grundsätzlich frei darüber, welche Leistungen sie einkaufen, um ihren Bedarf wirtschaftlich zu decken. Beispielsweise kann ein kommunaler Auftraggeber beim Bau eines Kraftwerks die Technologie ebenso frei bestimmen wie das Verfahren der Abfallbeseitigung bei der kommunalen Entsorgung.

Gemäß § 97 Abs. 4 GWB n. F. sind zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge alle Unternehmen zugelassen, welche das nötige Fachwissen sowie die erforderliche wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mitbringen, um den vorgesehenen Auftrag zu erfüllen. Sie sind dann „geeignet“. Hierzu zählt neben der Zuverlässigkeit, dass alle Unternehmen die deutschen Gesetze einhalten. Dazu zählen auch die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge und die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Auch die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit, sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln. In Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, müssen prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeit können weitere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte bei der Vergabe Berücksichtigung finden. Dazu gehört insbesondere der Klimaschutz – z. B. durch Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz.

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB wird nun eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrags geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrags darstellen. Die Anforderungen müssen im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und in der Leistungsbeschreibung enthalten sein. Sie müssen allen Wettbewerbern zu Beginn der Vergabeverfahren bekannt gemacht werden. In der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber durch Spezifizierung des Auftragsgegenstands beispielsweise Innovations- oder Umweltschutzaspekte berücksichtigen wie die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung als „*Strom aus erneuerbaren Energiequellen*“ oder „*Recyclingpapier*“ können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden.

Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers können z. B. auch die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen, bezogen auf den konkreten Auftrag, betreffen.

Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 GWB setzt voraus, dass die zusätzlichen Anforderungen für die Auftragsausführung im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben.

Im Zusammenhang mit den Regelungen über Anforderungen an die Auftragnehmer steht der neue Absatz 4 a des § 97 GWB. Danach können die Auftraggeber Präqualifikationsverfahren einrichten oder zulassen, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann.

1.2 Änderungen des § 99 GWB, Öffentliche Aufträge

a) Änderung des Abs. 1, Beschaffungsaspekt

Der neue § 99 Abs. 1 GWB wurde wie folgt gefasst:

„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, ...“

Mit diesem „Beschaffungsaspekt“ soll zum Ausdruck kommen, dass interkommunale Zusammenarbeit nicht ausschreibungspflichtig ist. Ursprünglich hatte der Regierungsentwurf dazu zur Klarstellung in § 99 Abs. 1 einen Satz 2 vorgesehen, dass ein öffentlicher Auftrag dann nicht vorliegt, *„wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nrn. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind“*. Diese Regelung hat der Bundestag gestrichen, da sie nicht, wie die Rechtsprechung des EuGH fordere,³ das Kriterium *„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“* enthalte.

Der im neuen § 99 Abs. 1 GWB enthaltene „Beschaffungsaspekt“ ist für sich allein betrachtet schwerlich geeignet, interkommunales Handeln generell von der Ausschreibungspflicht auszunehmen. Die Problematik ist aber durch ein neues Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 09.06.2009⁴ wesentlich entschärft. Der EuGH hat diesem Urteil folgende Leitsätze vorangestellt: *Eine öffentliche Stelle kann ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben (hier: Müllentsorgung) mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden. Eine Ausschreibung ist nicht erforderlich, solange sich die Kommunen bei ihrer Zusammenarbeit von ihren öffentlichen Aufgaben leiten lassen – hier vom Ziel einer ortsnahen Entsorgung des Mülls.*

Interkommunale Zusammenarbeit im Sinne gemeinsamer Aufgabenerledigung ist damit ausschreibungsfrei.

Im neu gefassten § 99 Abs. 1 GWB wurde daneben die Definition des öffentlichen Auftrags um den Begriff der Baukonzession ergänzt, denn auch Baukonzessionen sind öffentliche Aufträge. Damit wird zugleich klar, dass Dienstleistungskonzessionen – wie auch in den EG-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG – nicht vom Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB erfasst sind. Für die Abgrenzung von Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen kann § 99 Abs. 6 Satz 2 GWB herangezogen werden (siehe dazu unten Buchstabe c).

b) Änderung des Abs. 3, Begriff des Bauauftrags

Der neu gefasste § 99 Abs. 3 GWB hat folgenden Wortlaut: *„Baufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist*

³ siehe die Teckal-Entscheidung, Rs. C-107/98, GK 106/2000

⁴ Rs. C-480/06

und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer *dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden* Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“

Die durch die GWB-Novelle eingefügten (hier kursiv gedruckten) Zusätze sind als Klarstellung und Verdeutlichung zu verstehen. Der Gesetzgeber stellt sich mit der Einengung des Begriffs des Bauauftrags gegen die „Alhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁵. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf legte seinen Entscheidungen zur Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand ein sehr weites Verständnis des Bauauftrags im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB a. F. zu Grunde. Er hielt für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB a. F. einen eigenen Beschaffungsbedarf des Auftraggebers nicht für erforderlich. Es sei nicht maßgeblich, ob eine körperliche Beschaffung beabsichtigt sei oder ein Eigeninteresse der öffentlichen Hand bestehe. Für das Vorliegen eines Bauauftrags sei es unerheblich, „*ob der öffentliche Auftraggeber zu errichtende Bauwerke selbst erwerben oder nutzen*“ wolle. Es reiche bereits aus, wenn auf den veräußerten Grundstücken Bauwerke entsprechend den Vorgaben der öffentlichen Hand erstellt bzw. ein Gelände nach deren Vorgaben genutzt werden sollte und dafür bestimmte Bauleistungen erforderlich waren.

Der Gesetzgeber will durch die oben dargestellte Ergänzung des § 99 Abs. 3 GWB klarstellen, dass für die Annahme eines Bauauftrags ein eigener Beschaffungsbedarf des veräußernden öffentlichen Auftraggebers erforderlich ist.⁶ Allein die Verwirklichung einer von dem Planungsträger angestrebten städtebaulichen Entwicklung reiche für die Annahme einer „*einzukaufenden Leistung*“ nicht aus. Vergaberecht betreffe grundsätzlich nicht die Aufgabenebene einer staatlichen Institution, sondern lediglich die Ebene der Ressourcenbeschaffung zur Bewältigung der Aufgabe der betreffenden Institution.⁷

Klarheit im Sinne des Gesetzgebers hat zwischenzeitlich das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 25.03.2010, Rs. C-451/08 gebracht, das auf ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf vom 16.10.2008 erging.⁸

c) Neu eingefügter Abs. 6, Definition der Baukonzession

Die bislang geltende Definition der Baukonzession in § 98 Nr. 6 GWB a. F. fällt weg, die nunmehr geltende steht systematisch konsequent in § 99 Abs. 6 GWB. Klarstellend stellt der Gesetzgeber darauf ab, dass eine Baukonzession nur dann vorliege, wenn der Konzessionär als Gegenleistung für die Bauarbeiten „*ein befristetes Recht auf Nutzung der baulichen Anlage*“ erhält. Damit soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs verdeutlicht werden,⁹ dass Konzessionsverhältnisse Rechtsverhältnisse sind, die für eine bestimmte Zeitdauer vergeben werden. Grund dieser Klarstellung ist wiederum die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge (siehe oben Buchstabe b).

⁵ siehe Beschluss vom 13.06.2007 – VII-Verg 2/07 (GK 62/2008), siehe ferner die Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 12.12.2007 – VII-Verg 30/07 (FSt 84/2008) und vom 06.02.2008 – VII-Verg 37/07

⁶ BT-Drs. 16/10117 S. 18

⁷ vgl. zum Ganzen Prieß/Hölzl, NZBau 2009, 161

⁸ siehe OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 727

⁹ siehe BT-Drs. 16/10117 S. 15

d) Neuer Abs. 8, Abgrenzung der anzuwendenden Vergabebestimmungen

Der neue Absatz 8 des § 99 GWB setzt den Art. 9 der Richtlinie 2004/17/EG um, damit bei Aufträgen, die der Durchführung mehrerer Tätigkeiten dienen, eine Abgrenzung hinsichtlich der anzuwendenden Vergabebestimmungen erfolgen kann.

In Satz 1 wird der Grundsatz festgelegt, dass bei einem Auftrag, der der Durchführung mehrerer Tätigkeiten dient (z. B. Bau eines Gebäudes für die Stadtverwaltung, in dem auch einige Räume für die Verwaltung des kommunalen Stadtwerkes vorgesehen sind), die Regelungen anzuwenden sind, die für die Tätigkeiten gelten, auf deren Durchführung der Auftrag in erster Linie abzielt (Hauptgegenstand). Im oben genannten Beispiel wären dies die Räume für die Stadtverwaltung und damit wären die Regelungen für die Vergabe von Bauaufträgen durch die Stadt (Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB) anzuwenden.

Die Sätze 2 und 3 regeln verschiedene Konstellationen für den Fall, dass ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden kann. Kann ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden und sind Tätigkeiten von Auftraggebern nach § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB und von Sektorenauftraggebern betroffen (wenn z. B. das zu bauende Verwaltungsgebäude von der Stadt und dem kommunalen Stadtwerk in gleichem Umfang genutzt werden soll), sind laut Satz 2 die Regelungen anzuwenden, die für die Auftraggeber nach § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB gelten.

Satz 3 regelt den Fall, dass der Auftrag der Erfüllung von Sektorentätigkeiten und von Tätigkeiten dient, für die keinerlei Vergaberegeln gelten (z. B. Bau eines Gebäudes für die Verwaltung des kommunalen Stadtwerks und als Sitz eines privaten Unternehmens) und ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden kann. Anzuwenden sind in diesem Fall die für die Sektorenauftraggeber geltenden Regelungen.

1.3 Novellierungen des § 101 GWB, Arten der Vergabe

In § 101 GWB n. F. bleibt es für die sogenannten klassischen öffentlichen Auftraggeber beim Vorrang des offenen Verfahrens für Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte. Das EG-Recht würde eine freie Wahl des offenen oder nicht offenen Verfahrens für diese Auftraggeber und damit den Wegfall der Regelung von besonderen Voraussetzungen zur Wahl des nicht offenen Verfahrens ermöglichen (Art. 28 Satz 2 der Richtlinie 2004/18/EG). Das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung kann für Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte aber nach Meinung des Gesetzgebers besser erreicht werden, wenn das offene Verfahren weiterhin als Regelverfahren vorgegeben wird.

Der neue Absatz 6 des § 101 GWB definiert die „*neuen Verfahren*“ der EG-Vergaberichtlinien – elektronische Auktion und dynamische elektronische Verfahren. Der bisherige Absatz 6 regelte die Hierarchie der Vergabeverfahren. Dies erfolgt künftig in Absatz 7. Die Auftraggeber in den Sektorenbereichen haben (gemäß Art. 40 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17/EG) die freie Wahl des Vergabeverfahrens. Dabei gibt es keine Unterscheidung mehr zwischen öffentlichen Einrichtungen (§ 98 Nr. 2 GWB) und öffentlichen und privaten Unternehmen (§ 98 Nr. 4 GWB).

1.4 Neuer § 101 a GWB, Informations- und Wartepflicht

Bisher regelte § 13 der Vergabeverordnung die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über diese Absicht zu informieren und

den Vertrag erst zu schließen, wenn die Information erteilt wurde und eine Frist von 14 Tagen vergangen war. Informierte der Auftraggeber nicht, war der Vertrag nichtig. Die Regelung des § 13 VgV ist mit etwas abweichendem Wortlaut in den Absatz 1 des § 101 a GWB übernommen worden. Der Wortlaut der Vorschrift stellt auf die „*betroffenen Bieter und Bewerber*“ im Sinne der EG-Regelungen ab.

Bieter gelten dann als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder vor der Vergabekammer als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann.

Bewerber gelten dann als betroffen, wenn der öffentliche Auftraggeber ihnen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt hat, bevor die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist.

Die neue Regelung setzt auch Art. 2 a Abs. 2 UAbs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG um. Die Wartefrist ist hinsichtlich der Dauer an die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie angepasst. Dabei wird als Regelfall eine Frist von 15 Kalendertagen festgelegt, die sich bei Informationen per Fax oder elektronischem Weg auf zehn Kalendertage verkürzt.

Der öffentliche Auftraggeber kann über die in § 101 a GWB vorgegebenen Angaben hinaus auch weitere nützliche Informationen an die Unternehmen geben. In der Praxis hat sich z. B. gezeigt, dass auch die Angabe der Platzierung der jeweiligen Angebote der Unternehmen hilfreich sein kann. Aus der Angabe der Platzierung kann das Unternehmen Rückschlüsse für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags ziehen. Nachprüfungsanträge, die wegen schlechter Platzierung keine Chance auf einen Zuschlag haben, sind in der Regel wegen fehlender Antragsbefugnis unzulässig. Eine Angabe der Platzierung schützt daher die Unternehmen vor Verfahrenskosten in Nachprüfungsverfahren, die sie in Kenntnis ihrer Platzierung nicht anstrengen würden. Von einer Verpflichtung zur Angabe der Platzierung wurde wegen der dann damit verknüpften Rechtsfolge der Unwirksamkeit bei einem Fehlen der Angabe jedoch abgesehen.

Die Information über den Grund der Nichtberücksichtigung seines Angebots muss dem Unternehmen, das ein erfolgloses Angebot vorgelegt hat, hinreichend deutlich machen, aus welchem Grund sein Angebot nicht zu berücksichtigen war und welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll. Ein bloßer Hinweis darauf, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste gewesen sei, genügt der Informationspflicht nicht.

Die Regelung des neuen Absatzes 2 soll Flexibilität für besonders dringliche Vergabeverfahren schaffen. Für die Vergabeverfahren, bei denen besonders dringliche Gründe außerhalb der Einflussosphäre des öffentlichen Auftraggebers, wie z. B. Flutkatastrophen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertigen, wird klargestellt, dass der öffentliche Auftraggeber dann nicht zu einer vorherigen Information verpflichtet ist. Der Auftraggeber muss in diesen Fällen in der Lage sein, die erforderlichen Aufträge sofort zu vergeben, ohne eine Wartefrist einhalten zu müssen.

1.5 Neuer § 101 b GWB, Unwirksamkeit von Verträgen

§ 101 b GWB regelt in Absatz 1, dass die Verletzung der Informationspflicht gemäß § 101 a GWB und der Fall, dass der öffentliche Auftraggeber unter Verletzung der Vergaberegeln den

Auftrag direkt an ein Unternehmen vergibt, zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages führen. Die bisherige Rechtsfolge der Nichtigkeit in § 13 der Vergabeverordnung wird nicht übernommen. Es erscheint sachgerechter, den Vertrag unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung zu stellen.

Ein Vertrag ist rückwirkend von Anfang an wirksam, wenn die Fristen nach Absatz 2 abgelaufen sind. Die Unwirksamkeit des Vertrages kann nur festgestellt werden, wenn sie in einem Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes geltend gemacht worden ist. Unabhängig von der Kenntnis des Verstoßes kann die Unwirksamkeit des Vertrages nicht mehr festgestellt werden, wenn seit dem Vertragsschluss sechs Monate vergangen sind. Hat der öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages 30 Tage nach Veröffentlichung dieser Bekanntmachung. Nach Ablauf der jeweiligen Frist besteht Rechtssicherheit über den geschlossenen Vertrag. Für den Fall, dass die europäische Rechtsentwicklung dazu veranlasst, in bereits bestehende Vertragsverhältnisse einzugreifen, besteht in Deutschland die Möglichkeit, § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Störung der Geschäftsgrundlage) auf den geschlossenen Vertrag anzuwenden.

Die Unwirksamkeit eines Vertrages kann nur durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch einen Antragsbefugten vor der Vergabekammer geltend gemacht werden. Ein Vertragspartner, der sich möglicherweise im Nachhinein aus anderen Gründen von der vertraglichen Verpflichtung lösen möchte, kann sich nicht auf § 101 b GWB stützen.

1.6 Aufhebung des § 103 GWB a. F., Vergabeprüfstellen

§ 102 GWB legte schon bisher und legt auch für die Zukunft fest, dass die Nachprüfung, ob die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten worden sind (siehe § 97 Abs. 7 GWB), nur den Vergabekammern obliegt. § 103 GWB a. F. regelte bisher ergänzend dazu die Einrichtung und Einschaltung von Vergabeprüfstellen. Da die Nachprüfung durch Vergabeprüfstellen nach den Erkenntnissen des Gesetzgebers nicht die erwartete Rolle spielte, wurde auf die Regelungen in § 103 Abs. 1 und 2 GWB verzichtet. Gleichwohl bleibt die grundsätzliche Prüfungsmöglichkeit durch Vergabeprüfstellen bestehen, auch ohne ausdrückliche Erwähnung im GWB. In Bayern sind die sogenannten VOB-Stellen tätig, die dem Bereich der Rechtsaufsicht zuzuordnen sind.

1.7 Neufassung des § 103 Abs. 3 GWB, Unzulässige Nachprüfungsanträge

§ 103 Abs. 3 GWB, der schon bisher zwei Fälle unzulässiger Nachprüfungsanträge regelte, ist klarer strukturiert und in den neuen Nrn. 3 und 4 um zwei weitere Fälle unzulässiger Nachprüfungsanträge erweitert worden. Danach sind nun Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber zu rügen (Nr. 3). Damit bekommt der öffentliche Auftraggeber früher die Gelegenheit, etwaige Verfahrensfehler zu beheben und so im Interesse aller Beteiligten unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Ob sich diese Regelung in der Praxis nicht deshalb kontraproduktiv auswirkt, weil vorsorglich Rügen erhoben werden, um später nicht ausgeschlossen zu sein, bleibt abzuwarten.

Zusätzlich ist (in Nr. 4) eine generelle Frist von 15 Kalendertagen zur Geltendmachung einer Rüge in den Fällen eingeführt, in denen der Auftraggeber dem Unternehmen mitteilt, dass der Rüge des Unternehmens nicht abgeholfen wird. Auf diese Weise kann frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geschaffen werden.

Bei den sogenannten De-facto-Vergaben des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB n. F. ist es nicht sachgerecht, den Unternehmen eine Rügeverpflichtung aufzuerlegen. In diesen Fällen kann sofort ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt werden.

1.8 Änderungen des § 113 GWB, Beschleunigung, und des § 114 GWB, Aufhebung des Zuschlags, Zwangsmittel

In § 113 Abs. 1 GWB wird die für die Fälle besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten vorgesehene Verlängerungsfrist auf zwei Wochen begrenzt. Dies dient der Verfahrensbeschleunigung.

Durch den neu gefassten § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB wird anknüpfend an § 101 b GWB n. F. klargestellt, dass im Vergabenachprüfungsverfahren nur ein **wirksam** erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann. Solange der Zuschlag anfechtbar, mithin noch nicht rechtswirksam ist, kann er von der Vergabekammer aufgehoben werden. Dies gilt insbesondere auch für De-facto-Vergaben ohne Einbeziehung dritter, am Auftrag potentiell interessierter Bieter (siehe auch die Ausführungen zu § 101 b GWB n. F.).

Durch Verweisung auf die §§ 61 und 86 a Satz 2 GWB hat der Gesetzgeber in § 114 Abs. 3 Satz 3 GWB den Rahmen für Zwangsmittel für den Fall, dass die Vergabestellen den Entscheidungen der Vergabekammern nicht unverzüglich entsprechen, drastisch erhöht. Waren früher Zwangsgelder höchstens bis 1.000 € möglich, reicht der Rahmen nun von 1.000 € bis 10 Mio. €.

1.9 Änderungen des § 115 GWB, Aussetzung des Vergabeverfahrens

Der neu gefasste Absatz 2 des § 115 GWB ermöglicht es dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dem der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag erteilen will, zur Beschleunigung des Verfahrens bei der Vergabekammer einen Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags zu stellen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen. Gerade bei großen Bauvorhaben können Nachprüfungsverfahren zu Zeitverlusten führen, die das Vorhaben erheblich verteuern. Dann kann die Interessenabwägung ergeben, dass das Interesse des Bieters an der Verhinderung des Zuschlags und seiner Beauftragung gegenüber dem öffentlichen Interesse des Auftraggebers an der zügigen Fertigstellung unter Einhaltung des Kostenrahmens zurückstehen muss.

Zu berücksichtigen sind auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabenachprüfungsverfahren, den Auftrag zu erhalten. Bei der Abwägung geht es insoweit um die Platzierung und die Chance des unterlegenen, den Antrag stellenden Bieters, überhaupt den Zuschlag zu erhalten. Außerdem sind Konstellationen denkbar, in denen die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Vorabzuschlags ungebührlich verzögern und damit dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens nicht ausreichend Rechnung getragen würde. Der

neue § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB stellt deshalb klar, dass die Vergabekammer die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens berücksichtigen kann, dazu allerdings nicht verpflichtet ist und deshalb auf der Grundlage der Abwägung der beteiligten Interessen die Voraberteilung des Zuschlags genehmigen darf.

1.10 Geänderte Fassung des § 118 Abs. 2 GWB, Wirkung der sofortigen Beschwerde

Gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig (§ 116 Abs. 1 Satz 1 GWB). Sie hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt allerdings zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist (siehe § 118 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GWB). Hat die Vergabekammer einen Antrag auf Nachprüfung **abgelehnt**, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern (§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB). Welche Kriterien das Beschwerdegericht dabei zu Grunde zu legen hat, bestimmt § 118 Abs. 2 GWB n. F. Er lehnt sich an die Kriterien an, die bereits die Vergabekammer nach dem neuen § 115 Abs. 2 GWB zu berücksichtigen hat. Insoweit darf auf die Ausführungen zu § 115 Abs. 2 GWB n. F. verwiesen werden.

Eine entsprechende Klarstellung wie in § 118 Abs. 2 GWB n. F. wurde auch in § 121 Abs. 1 GWB n. F. (Vorabentscheidung über den Zuschlag) vorgenommen.

1.11 Änderungen sonstiger Regelungen (§§ 125 ff. GWB)

Eine Reihe von Änderungen hat § 127 GWB, Ermächtigungen, erfahren. Die Änderungen sind insbesondere Folge der Übernahme der Regelungen über die Nachprüfungsverfahren und über die Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs aus der Vergabeverordnung unmittelbar in das GWB. Außerdem ist dynamisch auf die durch Richtlinien der EU festgelegten Schwellenwerte verwiesen (§ 127 Nr. 1 GWB n. F.).

Der dem § 131 GWB neu angefügte Absatz 8 regelt, dass Vergabeverfahren, die vor dem 24.04.2009 begonnen haben einschließlich der diese betreffenden Nachprüfungsverfahren, sowie am 24.04.2009 anhängige Nachprüfungsverfahren nach den bisher geltenden Regelungen zu beenden sind. Ein Vergabeverfahren gilt im Sinne dieser Übergangsregelung bereits als begonnen, wenn bislang nur eine Aufforderung zur Beteiligung an einem Teilnahmewettbewerb oder eine Aufforderung zu Verhandlungen ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb ergangen ist.

In einer Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB n. F. werden die bislang in der Vergabeverordnung (§§ 8 und 9 Abs. 1 VgV) aufgeführten Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung und des Verkehrs entsprechend der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste aufgeführt. Aus rechtssystematischen Gründen wird dies mit Ausnahme der Postdienste in das GWB übernommen.

Eine Vielzahl von Regelungen der Vergabeverordnung ist, wie im Wesentlichen dargestellt, in das GWB übernommen worden. Aufgehoben wurden daher die §§ 8 bis 11, 13, 18, 21 und 22 der Vergabeverordnung. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ist ermächtigt, das GWB und die Vergabeverordnung wegen der Vielzahl der Änderungen neu bekannt zu machen.

2 Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung)

2.1 Zielsetzungen der Sektorenverordnung

Die Richtlinie 2004/17/EG¹⁰ und ebenso die sie umsetzende Sektorenverordnung zielen auf eine Stärkung des Wettbewerbs in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung. Die Richtlinie, die in einem ersten Schritt mit der Dritten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 23.10.2006¹¹ und den Verweisungen auf die geänderten Abschnitte 3 und 4 der Verdingungsordnungen VOL/A 2006¹² und VOB/A 2006¹³ in Deutschland zum 01.11.2006 umgesetzt worden ist,¹⁴ wurde nun zusammengefasst und 1 : 1 in einer neuen Norm, der Sektorenverordnung, niedergelegt. Es erfolgte eine Neuregelung aller von den Sektorenauftraggebern anzuwendenden Vergaberegeln in einer Vorschrift. Die Sektorenverordnung ersetzt für den Sektorenbereich die Vergabeverordnung i. d. F. vom 01.11.2006, die bisher die öffentlichen Auftraggeber aller Bereiche verpflichtete, bei der Vergabe von Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte die Verdingungsordnungen VOL/A, VOB/A und VOF anzuwenden. Die Verdingungsordnungen finden im Bereich der Sektorenverordnung keine Anwendung mehr. Die Vergabeverordnung gilt nur noch für die sogenannten klassischen öffentlichen Auftraggeber (Bund, Länder, Gemeinden, deren Verbände, andere juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich beherrschte im Allgemeininteresse tätige juristische Personen des Privatrechts)¹⁵. Für die Bereiche des Verkehrs, der Trinkwasser- und der Energieversorgung gilt neben dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nur die neue Sektorenverordnung. Damit wird für diese Bereiche nach Auffassung des Ordnungsgebers eine wichtige Erleichterung und zugleich eine Regelungsverschlankeung erreicht. Nur der in der EU-Richtlinie 2004/17/EG geregelte Mindeststandard für die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist in die Sektorenverordnung aufgenommen.

2.2 Abschnitt 1 SektVO, Allgemeine Bestimmungen

Durch die Bezeichnung der Verordnung als „Sektorenverordnung – SektVO“ erfolgt eine klare Abgrenzung zu der für die klassischen öffentlichen Auftraggeber geltenden „Vergabeverordnung – VgV“. Der Abschnitt I, §§ 1 bis 7 SektVO, enthält allgemeine Bestimmungen.

¹⁰ ABI. L 134 vom 30.04.2004 S. 1, siehe auch GK 67/2006

¹¹ BGBl I S. 2334, in Kraft getreten am 01.11.2006

¹² BAnz Nr. 100 a vom 30.05.2006 i. d. F. der Berichtigung vom 07.06.2006, BAnz Nr. 109 vom 13.06.2006

¹³ BAnz Nr. 94 a vom 18.05.2006

¹⁴ siehe GK 29/2007

¹⁵ Die weitere Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie 2004/18/EG für die klassischen öffentlichen Auftraggeber (siehe hierzu FSt 104/2006) erfolgt unabhängig von der Sektorenverordnung. Für die klassischen öffentlichen Auftraggeber bleibt es bis dahin (wohl bis Mitte 2010) bei der gegenwärtigen Vergabeverordnung mit der Verpflichtung zur Anwendung der Verdingungsordnungen VOL/A, VOB/A und VOF, jeweils aus dem Jahr 2006.

a) § 1 Anwendungsbereich

Die Verordnung gilt für öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nrn. 1 bis 4 GWB in den Bereichen des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorentätigkeit) für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge nach § 99 GWB oberhalb bestimmter Auftragswerte, soweit sie der Ausübung von Sektorentätigkeiten dienen. Der Schwellenwert beträgt für die Liefer- und Dienstleistungsaufträge seit 01.01.2010 387.000 € (Verordnung [EG] Nr. 1177/2009 vom 30.11.2009). Die letzten beiden Jahre betrug er 412.000 €. Für Bauaufträge beträgt der Schwellenwert jetzt 4.845.000 € (in den beiden Vorjahren betrug er 5.150.000 €). Eine Gemeinde z. B., die die Trinkwasserversorgung über ihren Regiebetrieb betreibt, fällt nur für die Aufträge, die im Zusammenhang mit der Trinkwasserversorgung stehen, in den Anwendungsbereich der Verordnung. Vergibt sie Aufträge in einem anderen, außerhalb des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung liegenden Bereich, gilt die Vergabeverordnung. Zur Abgrenzung gegenüber den sogenannten „klassischen Auftraggebern“ werden die Auftraggeber, die in den Bereichen des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung tätig sind, als „Sektorenauftraggeber“ bezeichnet.

b) § 2 Schätzung der Auftragswerte

§ 3 Ausnahme für Sektorentätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind

§ 2 regelt die Grundsätze zur Schätzung der Auftragswerte, ab denen die Verordnung anzuwenden ist. Gegenüber dem bisher schon geltenden Art. 17 der Richtlinie 2004/17/EG ergeben sich keine Veränderungen.

§ 3 SektVO setzt Art. 30 der Richtlinie 2004/17/EG um. Danach wird es als nicht mehr erforderlich angesehen, die Auftragsvergabe von Sektorenauftraggebern der Sektorenverordnung zu unterwerfen, wenn im jeweiligen Sektor wirksamer Wettbewerb herrscht. Daher sollen Liberalisierungen in den einzelnen Sektoren berücksichtigt werden. Dabei wird in einem speziellen Verfahren festgestellt (siehe § 3 Abs. 2 SektVO), ob bestimmte Sektorentätigkeiten auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Wird trotz Antrags nicht rechtzeitig entschieden, wird eine von der Ausschreibungspflicht befreiende Entscheidung der Kommission durch Fristablauf als getroffen angesehen (siehe § 3 Abs. 7).

c) § 4 Dienstleistungen des Anhangs 1

Dienstleistungen sind in der Richtlinie 2004/17/EG nach der grenzüberschreitenden Relevanz in vorrangige und nachrangige Dienstleistungen eingeteilt. Diese Einteilung führt zu einer unterschiedlichen Anwendungsverpflichtung der Vergaberegeln (Art. 31 bis 33). Die SektVO nimmt diese Liste der Dienstleistungen im Anhang 1 auf und regelt in § 4 die jeweilige Anwendungsverpflichtung der Vergaberegeln für diese Dienstleistungen.

Die Vergabe der in Anlage 1 Teil A aufgelisteten „vorrangigen“ Dienstleistungen unterliegt allen Vorschriften der Verordnung.

Die Vergabe der in Anlage 1 Teil B aufgezählten „nachrangigen“ Dienstleistungen unterliegt nur § 7, § 12 Abs. 1 und § 15.

d) § 5 Wege der Informationsübermittlung, Vertraulichkeit der Teilnahmeanträge und Angebote

Sektorenauftraggeber kommunizieren auf verschiedene Weise mit den Unternehmen: über Bekanntmachungen, durch Versendung von Vergabeunterlagen, den Erhalt von Angeboten, die Zuschlagserteilung und durch sonstige Informationsweitergabe. Dazu stehen verschiedene Wege und Mittel zur Verfügung. Den Sektorenauftraggebern steht es nach Absatz 1 frei, die Wege der Informationsübermittlung und das Kommunikationsmittel auszuwählen. Dies wird zunehmend die elektronische Übermittlung sein. Sektorenauftraggeber können aber auch eine Kombination von Papierform und elektronischer Übermittlung wählen oder den Unternehmen die Wahl überlassen. Das dynamische elektronische Verfahren (§ 10) kann jedoch nur mit elektronischen Mitteln durchgeführt werden.

„Elektronisch“ ist ein Verfahren, bei dem elektronische Geräte für die Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten zum Einsatz kommen und bei dem Informationen über Kabel, über Funk, mit optischen Verfahren oder mit anderen elektromagnetischen Verfahren übertragen, weitergeleitet und empfangen werden.

Das Gleichbehandlungsgebot erfordert, dass die zur elektronischen Übermittlung gewählten Mittel (Netze, Programme) allgemein zugänglich und verfügbar sowie mit nicht unverhältnismäßigen Kosten beschaffbar sein müssen. Dieser in Absatz 2 enthaltene Leitgedanke bezweckt, dass jeder, der mittels eines gewöhnlichen Computers mit Standardanwendungen und -programmen Zugang zum Internet haben kann, am Vergabeverfahren eines Sektorenauftraggebers teilnehmen können muss. Nicht zulässig wäre danach z. B. die Verwendung eines internen Netzes des Sektorenauftraggebers oder eines wenig verbreiteten Programms, das für die Unternehmen nur mit unangemessen hohem Aufwand genutzt werden könnte. Dies würde den Wettbewerb beschränken. Zulässig ist dagegen, sich auf ein allgemein verbreitetes Programm zu beschränken. Sektorenauftraggeber müssen nicht die Nutzung aller allgemein zugänglichen Programme ermöglichen. Auch können sie stattdessen oder zusätzlich die erforderlichen Programme allen Unternehmen zur Nutzung für ihr elektronisches Vergabesystem zur Verfügung stellen, wie dies z. B. bei der E-Vergabeplattform des Bundes der Fall ist.

Das elektronische Kommunikationssystem soll so beschaffen sein, dass es einen ausreichenden Schutz gegen unrechtmäßiges Handeln gewährleistet. Technische Probleme innerhalb des Netzes des Sektorenauftraggebers dürfen nicht zu Lasten einzelner Wettbewerbsteilnehmer gehen. Treten Störungen im Bereich des Sektorenauftraggebers (Geräte oder Plattform) auf, muss der Sektorenauftraggeber die Chancengleichheit aller Teilnehmer gewährleisten und z. B. durch Verlängerung der Fristen oder Information aller Beteiligten Abhilfe schaffen. Dies gilt jedoch nicht für einen Ausfall des offenen Netzes.

„Kompatibilität“ bedeutet die Fähigkeit, Daten und Dienste unterschiedlicher Signalfomate, Übertragungsmedien und Anwendungsstufen direkt und untereinander auszutauschen. Die gewählten Programme müssen die wesentlichen Funktionen zur Übermittlung und zum Austausch von Daten mit gängigen Bürovorrichtungen gewährleisten. Nicht erforderlich ist eine Kompatibilität mit jeder einzelnen, spezifischen Anwendung der Geräte der Unternehmen.

Absatz 3 enthält allgemeine Anforderungen an die Datenintegrität und Vertraulichkeit von Teilnahmeanträgen und Angeboten während der Übermittlung, des Austauschs und der Speicherung der Daten. Dabei handelt es sich nicht allein um Anforderungen für den elektronischen Übermittlungsweg, sie gelten auch für die herkömmlichen Formen der Übermittlung.

Absatz 4 regelt die Verpflichtung der Sektorenauftraggeber, die Zugänglichkeit der Geräte für die elektronische Abwicklung des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Absatz 5 enthält eine zusätzliche Regelung für Auslobungsverfahren. Absatz 6 regelt Anforderungen in Fällen telefonisch gestellter Teilnahmeanträge.

2.3 Abschnitt 2, Vorbereitung des Vergabeverfahrens

a) § 6 Vergabeverfahren

Sektorenauftraggeber können das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren, die beiden zuletzt genannten mit vorheriger Bekanntmachung, frei wählen (Abs. 1).

Abs. 2 Nrn. 1 bis 12 entspricht Art. 40 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG und enthält die Voraussetzungen zur Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige europaweite Bekanntmachung.

b) § 7 Leistungsbeschreibung, technische Anforderungen

Die Vergabeunterlagen geben den Unternehmen Auskunft über die vom Sektorenauftraggeber geforderte Leistung und ermöglichen es ihnen, entsprechende Angebote zu erarbeiten. Wesentlicher Bestandteil der Vergabeunterlagen ist die Leistungsbeschreibung. Sie enthält die für die Angebotserstellung maßgebenden Anforderungen an die Leistung und die technischen Spezifikationen.

Mit den technischen Spezifikationen beschreiben die Sektorenauftraggeber den Auftragsgegenstand. Die technischen Spezifikationen sollen es ermöglichen, Angebote einzureichen, die die Vielfalt technischer Lösungsmöglichkeiten widerspiegeln. § 7 regelt die Anforderungen an die technischen Spezifikationen. Grundsätzlich haben Sektorenauftraggeber die Wahl, ob sie die Leistung anhand von Normen, mittels einer Leistungs- oder Funktionsanforderung oder mit Normen und Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschreiben. Bei der Beschaffung marktüblicher Waren oder Leistungen werden sie auf die Normenbeschreibung zurückgreifen. Ist die Leistung komplexer oder wollen sie sich hinsichtlich einer bestimmten Konstruktion nicht festlegen, um auch innovative Lösungen zu erhalten, werden sie die Leistung funktional beschreiben. Sie müssen dabei darauf achten, dass die Verwendung von Normen oder Spezifikationen immer auf den Auftragsgegenstand bezogen ist und der Wettbewerb nicht unzulässig beschränkt wird.

Die Begriffe „technische Spezifikation“, „Norm“, „europäische technische Zulassung“, „gemeinsame technische Spezifikation“ und „technische Bezugsgröße“ sind im Anhang 2 der Sektorenverordnung definiert.

§ 7 Abs. 4 setzt Art. 5 der Richtlinie 2006/32/EG (Energieeffizienzrichtlinie) sowie deren Anhang VI, Buchstaben c und d um. Danach kommt der öffentlichen Hand bei der Steigerung der Energieeffizienz eine Vorbildfunktion zu, in kurzer Zeit zu Energieeinsparungen zu kommen.

Um eine Aufsplitterung vergaberechtlicher Regelungen zu vermeiden, wurden die Vorgaben der o. a. Richtlinie außer in die SektVO auch in die VgV für die „klassischen Auftraggeber“ aufgenommen. Es steht den Auftraggebern frei, die benötigte Leistung so zu beschreiben, z. B.

durch funktionale Leistungsbeschreibungen, dass die Bieter möglichst viel Spielraum haben, energieeffiziente Produkte anzubieten. In geeigneten Fällen (siehe § 7 Abs. 4) kann eine Analyse der Lebenszykluskosten die Beschaffung langlebiger Produkte mit zunächst höheren Anschaffungskosten rechtfertigen, deren Erwerb sich im Hinblick auf geringere Lebenszeit-Energiekosten als wirtschaftlich sinnvoll erweist.

Die Sektorenauftraggeber müssen den Unternehmen ermöglichen, dass sie mit geeigneten Mitteln die Übereinstimmung ihres Angebots mit der geforderten Leistung nachweisen können. Wünscht der Sektorenauftraggeber, dass der Auftragsgegenstand bestimmte Umwelteigenschaften aufweist, kann er in der Leistungsbeschreibung Spezifikationen von Umweltzeichen benutzen und vorgeben, dass Waren oder Dienstleistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, seinen Anforderungen entsprechen. Absatz 7 regelt, welchen Anforderungen die Umweltzeichen genügen müssen.

c) § 8 Nebenangebote und Unteraufträge

Sektorenauftraggeber müssen angeben, ob sie Nebenangebote zulassen. Tun sie das, haben sie Mindestanforderungen, denen Nebenangebote genügen müssen, zu benennen (§ 8 Abs. 1).

Das Zulassen von Nebenangeboten zielt regelmäßig darauf ab, innovative Lösungsvorschläge zu erhalten. Da Sektorenauftraggeber häufig keine genauen Vorstellungen über Mindestanforderungen haben, ist es zweckmäßig, nicht zu detaillierte Vorgaben in die festzulegenden Mindestanforderungen aufzunehmen. Die zweite Vergabekammer des Bundes hat dazu entschieden, dass es z. B. bei Grundinstandsetzungsarbeiten eines Bahnhofs ausreichend ist, als Mindestbedingung für Nebenangebote die Gleichwertigkeit mit den allgemeinen Planungsvorgaben und Konstruktionsprinzipien festzulegen, *„andererseits bliebe die Kreativität eines Bieters, über ein Nebenangebot ein anderes (günstigeres) Verfahren oder andere Teile vorzuschlagen, auf der Strecke“* (VK Bund VK 2-208/04 vom 14.12.2004).

Die Regelung zu Unteraufträgen (§ 8 Abs. 3) dient der Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen am Auftrag. Da die Erbringung der Leistungen durch Unteraufträge erfolgen darf, dürfen Sektorenauftraggeber hierüber Angaben von den Unternehmen verlangen.

d) § 9 Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen sind ein Instrument zur Beschaffung von Waren oder Leistungen über einen bestimmten Zeitraum. Besteht zwar Gewissheit über den Bedarf für eine bestimmte Zeit, endgültige Menge und der genaue Zeitpunkt des Bedarfs sind jedoch noch ungewiss, kann mit einer Rahmenvereinbarung für die Deckung dieses Bedarfs ein Rahmen vorgegeben werden, der hinsichtlich der konkreten Beschaffung noch ausgefüllt werden muss (z. B. durch Abruf). Rahmenvereinbarungen enthalten die Bedingungen für die Aufträge, die über einen bestimmten Zeitraum vergeben werden sollen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Sie sind kein Vergabeverfahren, sondern Sonderform eines Vertrages.

Sektorenauftraggeber müssen bei Rahmenvereinbarungen nach § 9 Abs. 2 für Transparenz und Wettbewerb sorgen: entweder vor der Vergabe der Rahmenvereinbarung oder bei der Vergabe der Einzelaufträge.

e) § 10 Dynamische elektronische Verfahren

Das dynamische elektronische Verfahren ist ein offenes Verfahren, das vollelektronisch abläuft und zeitlich befristet ist. Es erlaubt wiederholte Beschaffungen, während Unternehmen die Möglichkeit haben, über die gesamte Verfahrensdauer in das Verfahren einzusteigen. Es ist ein neues Verfahren aus den Richtlinien 2004/17/EG (Art. 1 Abs. 5 und Art. 15), das die Sektorenauftraggeber anregen soll, die elektronischen Medien zur Erhöhung der Effizienz der Beschaffungen umfassend zu nutzen. Es ist vor allem für die Beschaffung von marktüblichen Waren und Leistungen geeignet.

Die Sektorenauftraggeber können mit diesem Verfahren eine Vielzahl von Angeboten erhalten und so den Wettbewerb ausweiten. Durch die vorherige Prüfung der Eignung der Unternehmen und der zunächst vorzulegenden unverbindlichen Angebote kann die spätere Vergabe des konkreten Auftrags im Gegensatz zum herkömmlichen offenen Verfahren schneller erfolgen. Eine Gleichbehandlung der Unternehmen ist zu gewährleisten.

f) § 11 Wettbewerbe

§ 11 SektVO setzt die Art. 60 bis 66 der Richtlinie 2004/17/EG um. Auslobungsverfahren (Wettbewerbe) sind in § 99 Abs. 5 GWB als Verfahren definiert, die dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan verhelfen sollen. Vorgegeben werden in § 11 insbesondere Transparenzpflichten, die Wahrung der Anonymität der Wettbewerbsarbeiten und die Qualifizierungsanforderungen an das Preisgericht.

2.4 Abschnitt 3, Bekanntmachungen und Fristen

a) § 12 Pflicht zur Bekanntmachung, Beschafferprofil, zusätzliche Bekanntmachungen

Der Gewährleistung transparenter Vergabeverfahren ist immanent, dass die Auftraggeber umfassende Bekanntmachungspflichten erfüllen müssen. Dazu gehören insbesondere die Bekanntmachung der Vergabeabsicht (§ 14 SektVO) und später die Bekanntmachung der vergebenen Aufträge (§ 17 SektVO).

Sektorenauftraggeber können das Internet nicht nur zur Bekanntmachung ihrer laufenden Vergabeverfahren nutzen, sondern sie können ein sogenanntes Beschafferprofil einrichten, das den Unternehmen wichtige Informationen über den Sektorenauftraggeber in Bezug auf geplante und aktuell stattfindende Vergabeverfahren gibt. Es ist die Präsentation einer Behörde oder eines Unternehmens in der Eigenschaft als Käufer von Waren oder Leistungen. Hat ein Sektorenauftraggeber ein solches Beschafferprofil eingerichtet, kann dies zugleich als regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung (jährliche Vorinformation, siehe § 13 SektVO) dienen.

Die Auftraggeber können nach § 12 Abs. 6 die europaweite Bekanntmachung auch für Vergabeverfahren nutzen, für die keine europaweite Veröffentlichungspflicht besteht (Art. 44 Abs. 8 der Richtlinie 2004/17/EG). Keine europaweite Veröffentlichungspflicht besteht z. B. für die nachrangigen Dienstleistungen nach Anhang I Teil B oder für gänzlich ausgenommene Leistungen (§ 100 Abs. 2 GWB).

b) § 13 Regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung
§ 14 Bekanntmachungen von Aufrufen zum Teilnahmewettbewerb
§ 15 Bekanntmachung von vergebenen Aufträgen
§ 16 Abfassung der Bekanntmachungen

§ 13 setzt Art. 41 der Richtlinie 2004/17/EG um.

Nach § 14 haben Sektorenauftraggeber mehrere Möglichkeiten zum Teilnahmewettbewerb um ihre Aufträge aufzurufen. Dies sind nach Absatz 1 die Bekanntmachung der konkreten Vergabeabsicht, die Bekanntmachung, dass ein Prüfungssystem nach § 24 eingerichtet ist, ferner die Veröffentlichung einer regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung. Absatz 2 regelt, welche Anforderungen an die Veröffentlichung einer regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung erfüllt sein müssen, um als Aufruf zum Teilnahmewettbewerb zu gelten.

§ 15 regelt den Umfang der Bekanntmachung über vergebene Aufträge. Die Frist, innerhalb derer die Bekanntmachung erfolgen muss, beträgt gemäß § 15 Abs. 1 zwei Monate nach der Zuschlagserteilung.

§ 16 übernimmt aus Art. 44 der Richtlinie 2004/17/EG die Anforderungen an die Abfassung und Modalitäten der europaweiten Bekanntmachungen. Sektorenauftraggeber müssen die Bekanntmachungsmuster verwenden. Damit soll die gemeinschaftsweite Transparenz der übermittelten Informationen sichergestellt werden.

Nationale Bekanntmachungen, die zusätzlich zur europaweiten Bekanntmachung erfolgen, dürfen nicht vor der Absendung der europaweiten Bekanntmachungen veröffentlicht werden und dürfen auch keine anderen Angaben enthalten (Abs. 3). Die Auftraggeber müssen nachweisen können, an welchem Tag sie die Bekanntmachungen abgesendet haben.

c) §§ 17 bis 19 Fristen

Die Fristen in den §§ 17 bis 19 SektVO sind von Art. 45 bis 47 der EU-Richtlinie 2004/17/EG vorgegebene Mindestfristen für die Abgabe von Teilnahmeanträgen, Angeboten, Vergabeunterlagen und Auskünften.

Generell gilt gemäß § 17 Abs. 1, dass die Fristen angemessen sein müssen. Inhaltlich entsprechen die Fristen für den Eingang der Teilnahmeanträge und für die Angebote den bisherigen Regelungen.

Verkürzte Fristen regelt § 18. Danach können bei einer regelmäßigen nicht verbindlichen Bekanntmachung (§ 13) die Fristen verkürzt werden. Möglich ist dies auch, wenn Sektorenauftraggeber anstelle dieser Bekanntmachung ein Beschafferprofil eingerichtet haben. Dieses und die nicht verbindliche Bekanntmachung müssen dann alle Informationen enthalten, die für eine Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe erforderlich sind. Bei elektronischen Bekanntmachungen können die Fristen verkürzt werden (Abs. 2 und 3).

Die mehreren nach § 18 SektVO verkürzten Fristen können miteinander verbunden werden, allerdings dürfen die in Absatz 4 vorgegebenen Mindestfristen nicht unterschritten werden.

§ 19 SektVO regelt Fristen für die Versendung aller nicht elektronisch (d. h. nicht rund um die Uhr) zur Verfügung zu stellenden Vergabeunterlagen sowie für Auskünfte. Von den Unterneh-

mern nicht rechtzeitig vorgelegte Erklärungen und Nachweise kann der Auftraggeber nach § 19 Abs. 3 SektVO nachfordern. Dies vermeidet Ausschlüsse aus formalen Gründen und dient dem Wettbewerb.

2.5 Abschnitt 4, Anforderungen an die Unternehmen

Die §§ 20 bis 25 regeln die Anforderungen an die Unternehmen.

a) § 20 Eignung und Auswahl der Unternehmen

§ 97 Abs. 4 GWB gibt vor, dass öffentliche Auftraggeber ihre Aufträge an zuverlässige, fachkundige, gesetzestreue und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben. Die Eignung der Unternehmen ist bei der Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs Voraussetzung für die Teilnahme, bei direkter Angebotsabgabe Voraussetzung für die Berücksichtigung der Angebote. Sollen an die Unternehmen andere Anforderungen gestellt werden, bedarf es gemäß § 97 Abs. 4 GWB einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche gesetzliche Grundlage ist z. B. § 141 SGB IX über die Einbeziehung von Werkstätten für behinderte Menschen bei der Vergabe von Leistungen, die von diesen Werkstätten angeboten werden. Dies ist europarechtlich ausdrücklich zulässig (Art. 28 Richtlinie 2004/17/EG).

Die Anforderungen an die Eignung der Unternehmen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen, angemessen sein und in der Bekanntmachung angegeben werden. Dabei ist der Schutz von Betriebsgeheimnissen der Unternehmen zu gewährleisten. Sektorenauftraggeber können Mindestanforderungen festlegen, denen die Unternehmen genügen müssen.

Die Zuverlässigkeit wird unter anderem durch den Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlusskriterien nach § 21 belegt. Dazu kann auch der Nachweis der Einhaltung gesetzlicher Verpflichtungen (z. B. Zahlung von Steuern) gehören.

Die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens kann in wirtschaftlicher, finanzieller, technischer und personeller Ausstattung nachgewiesen werden. Die Fachkunde wird insbesondere durch den Nachweis der Befähigung zur Berufsausübung sowie der notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen nachgewiesen. Stets ist zu prüfen, welche Nachweise für die anstehende Vergabe tatsächlich erforderlich sind. Bürokratischer Aufwand ist zu vermeiden.

Dem Art. 54 Abs. 5 und 6 der Richtlinie 2004/17/EG ist entnommen, dass sich Unternehmen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit und Fachkunde auch auf die Kapazitäten Dritter stützen können, wenn sie nachweisen, dass sie darüber für den Auftrag verfügen können (Abs. 3). Nicht berücksichtigten Bewerbern sind auf Antrag die Gründe für diese Entscheidung mitzuteilen (Abs. 5).

b) § 21 Ausschluss vom Vergabeverfahren

§ 21 Abs. 1 regelt den zwingenden Ausschluss von Unternehmen wegen Unzuverlässigkeit. Sektorenauftraggeber nach § 98 Nrn. 1, 2 oder 3 GWB dürfen an unzuverlässige Unternehmen keine öffentlichen Aufträge vergeben. Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB können diese Kriterien als Ausschlusskriterien vorsehen. Sie haben hier einen Entscheidungsspielraum.

Mit § 21 SektVO wird die Vergabe öffentlicher Aufträge an Unternehmen verhindert, deren verantwortlich handelnde Personen bestimmte schwerwiegende Straftaten begangen haben. Erforderlich ist die Kenntnis über eine rechtskräftige Verurteilung. Verfügt der Sektorenauftraggeber nur über Anhaltspunkte, ist dies für einen Ausschluss nicht ausreichend, jedoch muss er sich dann Gewissheit verschaffen. Es spielt dabei keine Rolle, ob die Straftaten im Zusammenhang mit einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit begangen worden sind. Da ein Ausschluss des Unternehmens vom Vergabeverfahren erhebliche wirtschaftliche Folgen haben kann, müssen die Straftaten oder schweren Verfehlungen von Personen begangen worden sein, deren Handlungen dem Unternehmen zuzurechnen sind, z. B. Geschäftsführer oder Prokurist.

Absatz 4 enthält weitere Gründe, die es den Sektorenauftraggebern gestatten, Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen (z. B. beantragtes Insolvenzverfahren, Nichtzahlung von Steuern, unzutreffende Erklärungen zur Eignung usw.). Hat ein Auftraggeber Kriterien für den Ausschluss vorgesehen, muss er die Unternehmen ausschließen, die diese Kriterien erfüllen (Abs. 5).

c) § 22 Bewerber- und Bietergemeinschaften

Die Vorschrift regelt die Gleichbehandlung gemeinschaftlicher Bewerber und Bieter mit Einzelbewerbern und -bieter. Die Möglichkeit, für gemeinschaftliches Handeln eine bestimmte Rechtsform vorzugeben, kann nur für den Fall der Zuschlagserteilung wahrgenommen werden.

d) § 23 Qualitätssicherungs- und Umweltmanagementnormen § 24 Prüfungssysteme § 25 Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung

Wenn der Auftragsgegenstand es rechtfertigt, kann die Leistungsfähigkeit der Unternehmen durch das Erfüllen von europäischen Qualitätssicherungsnormen nachgewiesen werden. Die Sektorenauftraggeber können sich bei der Vergabe von Dienstleistungs- und Bauaufträgen dabei auf das in § 23 beschriebene EMAS-System beziehen, müssen aber immer auch gleichwertige Bescheinigungen anerkennen.

Die europaweite Bekanntmachung über die Einführung eines Prüfungssystems ist gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 3 eine Möglichkeit, zum Wettbewerb aufzurufen. Welche Anforderungen die Prüfungssysteme erfüllen müssen, regelt § 24. Angesprochen ist in diesem in Absatz 13 auch das sogenannte Präqualifikationsverfahren.

§ 25 regelt dezidiert die Anforderungen an die Aufforderung zur Angebotsabgabe im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

2.6 Abschnitt 5, Prüfung und Wertung der Angebote

a) Prüfung der Angebote, insbesondere solcher mit ungewöhnlich niedrigem Preis und bei Waren aus Drittländern (§§ 26 bis 28)

Den §§ 26 und 27 können folgende Prüfungsschritte entnommen werden: Zunächst erfolgt die formale Prüfung auf Fristgemäßheit und Vollständigkeit. Sodann ist die Eignung der Bieter fest-

zustellen. Daran schließt sich die Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien an, die mit der Zuschlagserteilung endet. Kommen Sektorenauftraggeber bei der Wertung zu dem Ergebnis, dass der Preis eines Angebots im Verhältnis zur angebotenen Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint, hat der Sektorenauftraggeber das Angebot zu überprüfen. Anhaltspunkt für ein ungewöhnlich niedriges Angebot kann ein beträchtlicher Abstand zum nächstliegenden Preis sein. Es ist in diesem Fall von dem Unternehmen Aufklärung über die Einzelpositionen zu verlangen. Nur so kann der Sektorenauftraggeber feststellen, ob der niedrige Preis wettbewerblich begründbar ist und gegebenenfalls die anderen Angebote preislich überhöht sind.

Absatz 3 regelt den Fall, dass der ungewöhnlich niedrig erscheinende Preis auf einer staatlichen Beihilfe beruht. Hier muss die Rechtmäßigkeit der Beihilfe vom Unternehmen nachgewiesen werden.

§ 28 ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen die Bevorzugung von Angeboten, die aus Ländern stammen, die Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind oder mit denen Vereinbarungen über den gegenseitigen Marktzugang bestehen. Dies war bislang in § 12 VgV geregelt.

b) § 29 Zuschlag und Zuschlagskriterien

Nach der formalen Prüfung und der Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien wird der Auftrag erteilt oder das Vergabeverfahren nach § 30 SektVO aufgehoben bzw. das Verhandlungsverfahren eingestellt. Maßgeblich für die Entscheidung über den Zuschlag sind die Zuschlagskriterien. § 29 Abs. 2 nennt hierzu beispielhaft eine Reihe möglicher Kriterien. Die Sektorenauftraggeber können diejenigen Kriterien vorgeben, die mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen und die es ermöglichen, das Niveau jedes Angebots im Verhältnis zu den Anforderungen der Leistungsbeschreibung und das Preis-Leistungsverhältnis zu ermitteln. Die Kriterien müssen einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Die Kriterien können unter diesen Bedingungen Umwelterfordernisse enthalten, z. B. bei der Beschaffung von Strom den Anteil aus erneuerbaren Energien, oder besondere soziale Aspekte berücksichtigen, z. B. bei der Beschaffung von Linienbussen den Grad der behindertengerechten Ausstattung.

Die einzelnen Kriterien müssen gewichtet werden. Die am Auftrag interessierten Unternehmen müssen von vornherein genau wissen, welche Bedeutung den einzelnen Aspekten eines Angebots beigemessen wird, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Sektorenauftraggeber können diese Gewichtung mit einer festen Vorgabe (z. B. „10 % Kundendienst“) vornehmen oder eine angemessene Marge (z. B. „10 % bis 15 % Kundendienst“) festlegen. Da eine strenge Vorgabe einer Gewichtung um so weniger praktikabel sein kann, je komplexer ein Auftragsgegenstand ist, können die Auftraggeber in solchen Fällen auch lediglich die Reihenfolge der Kriterien angeben (Abs. 4). Dies ist entsprechend zu begründen. Erteilt werden soll der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot (§ 29 Abs. 1).

§ 29 Abs. 2 ermöglicht es sowohl bei Dienst-, Liefer- als auch bei Bauleistungen, in Umsetzung der EG-Richtlinie 2006/32/EG (Energieeffizienzrichtlinie), Anhang VI Buchstaben c und d, den Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen als Kriterium bei der Angebotsbewertung zuzulassen. Diese Regelung ist nicht zwingend, sondern als „kann“-Vorschrift angelegt. Für die Information der Bieter über die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers gilt § 101 GWB.

**c) § 30 Aufhebung und Einstellung des Vergabeverfahrens
§ 31 Ausnahme von Informationspflichten**

Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren (offenes oder nicht offenes Verfahren) bei Vorliegen berechtigter Gründe aufheben bzw. das Verhandlungsverfahren einstellen. In diesen Fällen sind die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen von den Sektorenauftraggebern in Textform über die Gründe zu informieren (§ 30 SektVO).

Zu den Informationspflichten des Auftraggebers wird in § 31 SektVO klargestellt, dass dadurch berechnigte geschäftliche Interessen der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen und der Wettbewerb nicht beeinträchtigt werden dürfen.

**2.7 Abschnitt 6, Besondere Bestimmungen
Abschnitt 7, Übergangs- und Schlussbestimmungen**

Die Sektorenauftraggeber müssen sicherstellen, dass das Vergabeverfahren und die getroffenen Entscheidungen jederzeit nachvollziehbar dokumentiert sind. Die Unterlagen sind für mindestens vier Jahre aufzubewahren (§ 32 SektVO).

Verpflichtungen zu Statistik-Angaben enthält § 33. Dieser setzt Art. 67 der Richtlinie 2004/17/EG um. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie wird die Abwicklung im Bundesanzeiger und im Internet bekannt machen.

§ 34 SektVO regelt als Übergangsbestimmung, dass bereits begonnene Vergabeverfahren nach dem Recht zu Ende geführt werden, das zum Zeitpunkt des Verfahrensbeginns galt.

3 Novellierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB Teile A und B)

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA), ein paritätisch von Auftraggeber- und Auftragnehmerseite besetztes Gremium, hat die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A und VOB/B) neu gefasst. Die VOB 2009 datiert vom 31.07.2009. Sie ist als Beilage im BAnz Nr. 155 a vom 15.10.2009 veröffentlicht. Die VOB 2009 Teil A löst den Teil A der VOB vom 20.03.2006 (BAnz Nr. 94 a vom 18.05.2006), die VOB 2009 Teil B löst den Teil B der VOB vom 04.09.2006 (BAnz Nr. 196 a vom 18.10.2006) ab. Die VOB, Teile A und B, in der Fassung von 2009 ist derzeit von den öffentlichen Auftraggebern allerdings **noch nicht anzuwenden**. Darauf weist das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in seiner Bek vom 31.07.2009, B 15-8163.3/0, ausdrücklich hin. Der Abschnitt 2 der VOB/A 2009, der die Vergabe öffentlicher Aufträge für EU-Bauverträge regelt, bedarf einer Umsetzung durch Novellierung der Vergabeverordnung, die bisher statisch auf den Abschnitt 2 der VOB/A 2006 verweist. Die Novellierung der Vergabeverordnung wird im Frühjahr 2010 erfolgen. Zum gleichen Zeitpunkt sollen die weiteren Regelungen der VOB 2009 (Abschnitt 1 der VOB/A und die VOB/B) verbindlich eingeführt werden, um unterschiedliche Anwendungszeitpunkte zu vermeiden. Die Verpflichtung zur Anwendung des Abschnitts 1 der VOB/A für Vergaben öffentlicher Auftraggeber bei Bauaufträgen unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 Abs. 1 GWB und des Teils B (inkl. des Teils C) der VOB ergibt sich jeweils aus der Bundeshaushaltsordnung, den Landeshaushalts- und den Kommunalhaushaltsordnungen.

Die Abschnitte 3 und 4 der VOB/A 2006 sind seit 29.09.2009 nicht mehr anzuwenden. Die dortigen Regelungen sind durch die Sektorenverordnung vom 23.09.2009 (BGBl I S. 3110) abgelöst worden.

3.1 Überblick über die wesentlichen Änderungen der VOB/A 2009

Die Neufassung der VOB Teil A zielt nach dem Willen des Vergabe- und Vertragsausschusses darauf, das Vergaberecht zu vereinfachen, den Regelungsumfang zu reduzieren und die Transparenz zu erhöhen. Wesentliche Änderungen ergeben sich durch die Straffung der Struktur. Der Abschnitt 1 umfasst nur mehr 22 statt bisher 32 Paragraphen. Der Abschnitt 2 umfasst 23 statt 33 Paragraphen. Die Straffung wird dadurch erzielt, dass Bestimmungen, die thematisch zusammengehören, wie beispielsweise die §§ 11 (Ausführungsfristen), 12 (Vertragsstrafen und Beschleunigungsvergütung), 13 (Verjährung der Mängelansprüche), 14 (Sicherheitsleistung) und 15 (Änderung der Vergütung) der VOB 2006 einheitlich in einem neuen § 9 (Vertragsbedingungen) zusammengefasst sind. Andere Beispiele betreffen die Regelungen über die Fristen und die Regelungen über die Prüfung und Wertung von Angeboten, die ebenfalls jeweils in einem Paragraphen zusammengefasst sind (§§ 10 und 16 n. F.). Die neue Struktur ist auch bei der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL 2009 i. d. F. vom 11.11.2009) nahezu identisch umgesetzt. Neben der Anpassung der Strukturen der Vergabeordnungen wurde auch das verwendete vergaberechtlich relevante Vokabular soweit wie möglich vereinheitlicht. Die Änderung der bisherigen Nummerierung der Paragraphen in Absätze und in der weiteren Abstufung in Nummern und in Buchstaben folgt Rechtsförmlichkeitsvorgaben und entspricht dem Nummerierungsaufbau von Gesetzen und Verordnungen. Beibehalten ist die Gliederung der VOB/A in Abschnitte (sogenanntes Schubladensystem), wobei die Abschnitte 3 und 4 – wie bereits ausgeführt – aufgrund der neuen Sektorenverordnung entfallen sind.

Zu den wesentlichen inhaltlichen Änderungen zählen die für die Durchführung von Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben zur Vereinfachung und Vereinheitlichung eingeführten Schwellenwerte, bis zu deren Überschreitung von einer öffentlichen Ausschreibung abgesehen werden kann (§ 3 Abs. 3 und 5 n. F.). Ferner wurden aufgrund von Erfahrungen der Praxis im Interesse eines umfassenden Wettbewerbs Regelungen aufgenommen, nach denen fehlende Erklärungen und Nachweise nachgereicht werden können (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 n. F.). Eine einzelne fehlende Preisangabe führt nicht mehr zwangsläufig zum Ausschluss des Angebots, vielmehr kann das betreffende Angebot unter bestimmten Voraussetzungen dennoch gewertet werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c). Mit diesen Regelungen sollen der Ausschluss von Angeboten aus vielfach rein formalen Gründen verhindert und die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote nicht unnötig reduziert werden. Eine weitere wesentliche inhaltliche Änderung ist die Einschränkung der Möglichkeit, Sicherheitsleistungen zu verlangen (§ 9 Abs. 7 n. F.). Diese Regelung dient insbesondere der Entlastung von kleinen und mittleren Unternehmen. Zur Erhöhung der Transparenz auch im Bereich der nationalen Vergaben wurden Regelungen über eine ex-ante und ex-post Transparenz eingeführt (§ 20 n. F.).

3.2 Wesentliche Änderungen im Abschnitt 1 der VOB/A 2009

Nachfolgend sind die wesentlichen Änderungen im Abschnitt 1 dargestellt. Änderungen, die sich aus formalen Gründen oder aufgrund der geänderten Struktur ergeben, sind nicht behandelt.

a) § 2 Grundsätze

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 verankert ausdrücklich, dass die Bauleistungen in transparenten Vergabeverfahren vergeben werden. Damit wird das nach § 97 Abs. 1 GWB geltende Gebot der Transparenz als tragender Grundsatz des Vergaberechts auch für die Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte manifestiert. Konkretisiert wird dieses Gebot durch die Regelungen des neuen § 20, der eine erheblich intensivere Dokumentation des Vergabeverfahrens sowohl vor als auch nach der Zuschlagserteilung vorschreibt als dies der bisherige Vergabevermerk nach § 30 a. F. verlangte. Transparenz ist ein wesentliches Mittel zur Förderung des Wettbewerbs.

In die Grundsätze des § 2 Abs. 4 und 5 sind die Regelungen des bisherigen § 16 Nrn. 1 und 2 vorgezogen, dass Vergabeverfahren zum Zwecke der Markterkundung unzulässig sind und dass erst dann ausgeschrieben werden soll, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann.

b) § 3 Arten der Vergabe

Für die Durchführung von Beschränkten Ausschreibungen (§ 3 Abs. 3) und von Freihändigen Vergaben (§ 3 Abs. 4) sind zur Vereinfachung und zur Vereinheitlichung Schwellenwerte als Ausnahmetatbestände aufgenommen, bis zu denen ohne nähere Begründung des Einzelfalls von einer Öffentlichen Ausschreibung abgesehen werden kann. **Beschränkte Ausschreibung** kann danach bis zu folgenden Auftragswerten der Bauleistung **ohne Umsatzsteuer** erfolgen:

- bis 50.000 € für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung
- bis zu 150.000 € für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau
- bis zu 100.000 € für alle übrigen Gewerke

Diese Wertgrenzen sind in denjenigen Bundesländern von Vorteil, in denen bisher keine generellen Befreiungstatbestände bestanden. Gegenüber den Freigrenzen in Bayern bedeuten sie eine Einschränkung. Gemäß Bek des Bayerischen Staatsministeriums des Innern (StMI) vom 14.10.2005 (AllMBl S. 424) ist in Auslegung des § 3 Nr. 3 Abs. 1 Buchstabe a VOB/A 2006 bis zu folgenden Wertgrenzen (allerdings **unter Einschluss der Umsatzsteuer**) eine Beschränkte Ausschreibung von kommunalen Bauleistungen ohne weitere Einzelbegründung zulässig:

- 300.000 € im Tiefbau
- 150.000 € für Rohbauarbeiten im Hochbau (Erd-, Beton- und Maurerarbeiten mit und ohne Putzarbeiten)
- 75.000 € für Ausbaugewerke und sonstige Gewerke im Hochbau sowie für Pflanzungen und Straßenausstattung

Die Möglichkeit einer Beschränkten Ausschreibung oberhalb dieser Wertgrenzen bei entsprechender Begründung im Einzelfall nach § 3 Nr. 3 VOB/A 2006 bleibt unberührt.

Solange die VOB/A 2009 nicht verbindlich eingeführt ist (was für den Abschnitt 1 der VOB/A zur Verpflichtung der Kommunen einer Bek des StMI nach § 31 Abs. 2 KommHV bedarf), kön-

nen die Kommunen weiterhin nach den Werten gemäß oben genannter Bek des StMI verfahren. Das StMI ist für den Abschnitt 1 der VOB/A im Übrigen nicht gehindert, auch künftig die bisherigen Schwellenwerte vorzugeben. Oberhalb der EU-Schwellenwerte, wenn der Abschnitt 2 der VOB/A 2009 nach entsprechender Änderung der Vergabeverordnung eingeführt ist, bleibt es für die EU-Vergaben allerdings bei den Schwellenwerten des § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A 2009. Insoweit bleibt abzuwarten, ob es künftig für die Kommunen unterschiedliche Schwellenwerte für Beschränkte Ausschreibungen in den Bereichen unterhalb und oberhalb der EU-Schwellenwerte geben wird.

Zur Regelung des § 3 Abs. 3 Nr. 1 hinsichtlich der Beschränkten Ausschreibungen ist ergänzend auf § 19 Abs. 5 zu verweisen, der dazu – siehe unten Buchstabe m – an systemfremder Stelle eine Informationspflicht enthält.

Entsprechendes wie für die Schwellenwerte des § 3 Abs. 3 Nr. 1 gilt für **Freihändige Vergaben**. § 3 Abs. 5 letzter Satz VOB/A 2009 sieht dafür einen Auftragswert ohne Umsatzsteuer von 10.000 € vor. Die oben genannte Bek des Bayerischen Staatsministeriums des Innern geht von einem Betrag – inklusive Umsatzsteuer – von 30.000 € aus.

Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen hat die Bayerische Staatsregierung zur Überwindung der gegenwärtigen Konjunkturschwäche mit Bek vom 03.03.2009 (AllMBI S. 107, StAnz Nr. 10/2009) für die Jahre 2009 und 2010 für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte die Wertgrenzen ohne Umsatzsteuer für Beschränkte Ausschreibungen auf 1 Mio. € und für Freihändige Vergaben auf 100.000 € festgelegt. Für Vergaben ab Erreichen der EU-Schwellenwerte ist die Durchführung eines beschleunigten Verfahrens nach den EU-Vergaberichtlinien zugelassen. Diese Erleichterungen gelten bis Ende 2010 weiter.

c) § 4 Vertragsarten

§ 4, der im Wesentlichen dem bisherigen § 5 entspricht, betont, dass der Leistungsvertrag in Form des Einheitspreisvertrages weiterhin der Regelfall ist. Die bisherigen Regelungen zum Selbstkostenerstattungsvertrag (§ 5 Nr. 3) fanden in der Praxis kaum Anwendung. Sie sind daher gestrichen.

Die Regelungen des bisherigen § 6 Nrn. 1 und 2 zur Angabe der Preise in einer Leistungsbeschreibung oder in anderer Weise im Angebot und zum Auf- und Abgebotsverfahren sind als Absätze 3 und 4 in den § 4 integriert.

d) § 5 Vergabe nach Losen, Einheitliche Vergabe

Der bisherige § 4 ist neuer § 5. Inhaltlich ist die Aufteilung in Teillose und die Trennung in Fachlose der gesetzlichen Regelung des § 97 Abs. 3 GWB angepasst, die dem Schutz mittelständischer Interessen dient. Lediglich aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen kann auf eine Aufteilung oder Trennung in Lose verzichtet werden.

e) § 6 Teilnehmer am Wettbewerb

Der bisherige § 8 ist inhaltlich und strukturell verändert in den § 6 n. F., Teilnehmer am Wettbewerb, verlagert.

Vorangestellt ist in Abs. 1 Nr. 1, dass der Wettbewerb nicht auf Unternehmen beschränkt werden darf, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind. Die bisher in § 8 Nr. 1 als erster Satz enthaltene Aussage, „*alle Bewerber oder Bieter sind gleich zu behandeln*“, ist angesichts der strukturellen Vorgaben im neuen § 2 über die Grundsätze der Vergabe als selbstverständlich entbehrlich. Sie war nicht nochmals herauszustellen.

§ 6 Abs. 1 Nr. 2 regelt, dass Bietergemeinschaften für den Fall, dass sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben der Mitglieder ausführen, den Einzelbieter gleichzusetzen sind.

§ 6 Abs. 1 Nr. 3 bestimmt, dass Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen sind. Demgegenüber sind gemeinnützige Unternehmen und Einrichtungen, entgegen einer vorübergehenden Absicht des DVA, auch künftig wie bisher zum Wettbewerb mit gewerblichen Bietern zugelassen.

Neu gestaltet ist § 6 Abs. 3 (bisheriger § 8 Nr. 3). Durch Umkehrung der Reihenfolge der Regelungen wird die Bedeutung des Präqualifikationsverfahrens beim Nachweis der Eignung betont und gestärkt. Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass die zum Nachweis der Eignung vorzulegenden Erklärungen deckungsgleich sind mit denen, die im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens vorzulegen sind. Die Möglichkeit, die Eignung über Einzelnachweise nachzuweisen, wird allerdings beibehalten und dahingehend vereinfacht, dass zunächst auch Eigenerklärungen ausreichend sind. Diese sind auf Aufforderung nur von den Bietern der engeren Wahl durch Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu verifizieren.

f) § 7 Leistungsbeschreibung

Der neue § 7 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 9. Neu ist, dass Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen sind (§ 7 Abs. 1 Nr. 4). Diese Verschärfung gegenüber der bisherigen Regelung („*Bedarfspositionen dürfen nur ausnahmsweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden*“) wurde aufgenommen, um mögliche Wettbewerbsverzerrungen durch Bedarfspositionen zu vermeiden.

§ 7 VOB/A 2006 (Mitwirkung von Sachverständigen insbesondere bei der Vorbereitung der Verdingungsunterlagen – einschließlich der Leistungsbeschreibung –) wurde mangels Bedeutung in der Praxis gestrichen.

g) § 8 Vergabeunterlagen

Der § 8 (bisheriger § 10) ist insgesamt neu geordnet und übersichtlicher gestaltet. Gleiche Regelungsinhalte in mehreren Paragraphen wurden beseitigt. Nunmehr sind zuerst die Unterlagen für das Anschreiben und anschließend die Vertragsunterlagen genannt. Ferner sind die notwendigen Angaben, die in der Bekanntmachung anzugeben sind, § 12 (Bekanntmachung, Versand der Vergabeunterlagen) zugeordnet und nur noch dort genannt.

h) § 9 Vertragsbedingungen

Im neu gestalteten § 9 sind mehrere Paragraphen der VOB/A 2006 zusammengefasst. Einbezogen sind § 11 (Ausführungsfristen), § 12 (Vertragsstrafen und Beschleunigungsvergütungen), § 13 (Verjährung der Mängelansprüche), § 14 (Sicherheitsleistung) und § 15 (Änderung der Vergütung). Auch eine wesentliche inhaltliche Veränderung ist vorgenommen (§ 9 Abs. 7). Sie betrifft den Verzicht auf Sicherheitsleistungen für die Vertragserfüllung und in der Regel auch für Mängelansprüche bei Aufträgen bis zu einer Auftragssumme von 250.000 € ohne Umsatzsteuer. Diese Regelung zielt auf eine Entlastung von kleinen und mittleren Unternehmen ab. Außerdem soll auf Sicherheitsleistungen wie bisher ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht eintreten. Zudem sollen Sicherheitsleistungen bei Beschränkter Ausschreibung sowie bei Freihändiger Vergabe in der Regel nicht verlangt werden.

i) § 10 Fristen

§ 11 Grundsätze der Informationsübermittlung

Die neuen Regelungen sind inhaltsgleich mit den bisherigen §§ 18 (Angebotsfrist, Bewerbungsfrist) und 19 (Zuschlags- und Bindefrist) sowie mit § 16 Nrn. 3 und 4 (Grundsätze der Informationsübermittlung).

j) § 12 Bekanntmachung, Versand der Vergabeunterlagen

Die neue Regelung entspricht § 17 a. F. Die Veröffentlichung von Öffentlichen Ausschreibungen auf einem zentralen Internetportal kann für Teilnehmer an Vergabeverfahren zu deutlichen Erleichterungen und zu Kosteneinsparungen führen. Daher verweist die Regelung in § 12 Abs. 1 Nr. 1 ausdrücklich auf die Möglichkeit, Ausschreibungen auch auf der Internetplattform www.bund.de zu veröffentlichen.

Alle Angaben, die in die Bekanntmachungen bzw. in das Anschreiben und in die Vertragsunterlagen aufzunehmen sind, sind nunmehr in § 12 Abs. 1 Nr. 2 genannt. Die verwendeten Begriffe und die Reihenfolge der Auflistung orientieren sich am Anhang VII der Vergabekoordinierungsrichtlinie.

k) § 13 Form und Inhalt der Angebote

§ 14 Öffnung der Angebote, Eröffnungstermin

§ 13 ersetzt den bisherigen § 21, § 14 den bisherigen § 22. § 13 Abs. 1 ist mittels neuer Nummerierung stärker aufgegliedert. Er legt an Stelle einer bisherigen Sollvorschrift zudem definitiv fest: *„Die Angebote müssen die geforderten Preise enthalten“* (Nr. 3) und: *„Die Angebote müssen die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten“* (Nr. 4). Diese als zwingend vorgegebenen Regelungen werden in § 16, bei der Prüfung und Wertung der Angebote, allerdings in Ausnahmefällen relativiert. § 16 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c bestimmt zur Regelung des § 13 Abs. 1 Nr. 3, dass die Angebote die geforderten Preise enthalten müssen, folgende Ausnahme: *Ausgenommen vom zwingenden Angebotsausschluss sind „solche Angebote, bei denen lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wettbewerbsreihenfolge, auch bei Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt werden.“*

§ 13 Abs. 1 Nr. 4, wonach die Angebote die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten müssen, wird durch § 16 Abs. 1 Nr. 3 relativiert. Dessen Satz 1 lautet: „*Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend Nummern 1 oder 2 ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach.*“

Ziel dieser, den neuen § 13 ergänzenden Regelungen ist, den Wettbewerb nicht durch kleine Nachlässigkeiten oder Versehen einzuschränken und für den Auftraggeber günstige Angebote nicht durch strengen Formalismus auszuschließen.

Hinsichtlich elektronisch übermittelter Angebote ist in § 13 Abs. 1 Nr. 2 zur Klarstellung aufgenommen, dass die Verschlüsselung bis zur Eröffnung des ersten Angebots aufrechterhalten bleiben muss.

In § 14, Öffnung der Angebote, Eröffnungstermin, sind in Abs. 4 die Nrn. 1 und 2 um Regelungen im Zusammenhang mit elektronischen Verfahren ergänzt worden. Zulässig sind nun auch Niederschriften in elektronischer Form.

I) § 15 Aufklärung des Angebotsinhalts § 16 Prüfung und Wertung der Angebote

Im Text des neuen § 15, der den bisherigen § 24 ablöst, ist klargestellt, dass es um Aufklärung, nicht um Verhandeln des Angebotsinhalts geht. Inhaltliche Umgestaltung jeglicher Art ist unzulässig.

Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er im Rahmen der Angebotsaufklärung nach § 15 die ihm gesetzte angemessene Frist unbeantwortet verstreichen, so **kann** sein Angebot unberücksichtigt bleiben (§ 15 Abs. 2). Die Aufklärung des Angebotsinhalts unterliegt mit dieser Kann-Vorschrift einer weniger strengen Regelung als das (völlige) Fehlen geforderter Erklärungen oder Nachweise im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3. Werden die geforderten Erklärungen oder Nachweise im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 nicht innerhalb der Sechs-Kalendertage-Frist vorgelegt, **ist** das Angebot zwingend auszuschließen.

§ 16 fasst die bisherigen Regelungen der §§ 23 und 25 zur Prüfung und Wertung der Angebote in einer Vorschrift zusammen. Die Regelung ist neu gegliedert und mit Überschriften zu Ausschluss, Eignung, Prüfung, Wertung und Freihändiger Vergabe versehen. Wesentliche inhaltliche Änderungen sind zu den Ausschlussgründen aufgenommen. Nach den neuen Regelungen (siehe schon oben die Hinweise zu § 13) sind Angebote zuzulassen, die lediglich formale oder unwesentliche Mängel enthalten. Damit sollen die in der Praxis festgestellte hohe Ausschlussrate von Angeboten reduziert und ein umfassender Wettbewerb sichergestellt werden. Das Fehlen von Nachweisen oder Erklärungen (z. B. auch eine Bieterangabe im Leistungsverzeichnis) ist nach Abs. 1 Nr. 3 kein Ausschlussgrund, wenn der Bieter die Nachweise und Erklärungen innerhalb einer festzusetzenden Frist nachreicht. Ferner können nach Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c Angebote gewertet werden, wenn lediglich eine unwesentliche Preisangabe fehlt und sich durch die Wertung mit dem höchsten Wettbewerbspreis für diese Position die Bieterreihenfolge nicht verändert. Da die Regelung ausdrücklich von einer „*einzelnen unwesentlichen Position*“ spricht, ist sie bei mehreren fehlenden Preisangaben nicht anwendbar, auch wenn es insgesamt um unwesentliche Positionen geht, die in der Gesamtsumme die Bieterreihenfolge nicht verändern.

m) § 17 Aufhebung der Ausschreibung

§ 18 Zuschlag

§ 19 Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote

§ 17 entspricht inhaltlich § 26 a. F., § 18 entspricht dem bisherigen § 28. Weggefallen ist lediglich die bisherige Regelung des § 28 Nr. 2 Abs. 1, dass die unveränderte Annahme des Angebots (der Zuschlag) zum Vertragsabschluss führt, auch wenn spätere urkundliche Festlegung vorgesehen ist. Dies gilt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch ohne Erwähnung in der VOB/A.

Der neue § 19 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 27. Neu ist, dass statt der bisherigen Schriftformerfordernisse auf Textform abgestellt wird (§ 19 Abs. 2). Textform bedeutet schriftlich, per Fax, aber auch per E-Mail. Neu ist ferner, dass den nicht in Frage kommenden Bietern neben dem Namen des erfolgreichen Bieters auch die Merkmale und Vorteile von dessen Angebot mitzuteilen sind.

Über ihre Nichtberücksichtigung sind diejenigen Bieter unverzüglich zu unterrichten, deren Angebot nach § 16 Abs. 1 VOB/A ausgeschlossen worden ist, und diejenigen, deren Angebot nicht in die engere Wahl kommt. Der Bezug auf § 16 Abs. 1 macht deutlich, dass auch Bieter, die nach Fristablauf nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 wegen fehlender Erklärungen ausgeschlossen werden, zu unterrichten sind.

Neu ist § 19 Abs. 5. Dieser regelt, dass Auftraggeber für den Fall, dass sie Beschränkte Ausschreibungen bis zu den Schwellenwerten des § 3 Abs. 3 Nr. 1 vornehmen wollen, die potentiell interessierten Unternehmen ab einem voraussichtlichen Auftragswert von 25.000 € ohne Umsatzsteuer fortlaufend auf ihren (Auftraggeber-)Internetportalen oder in ihren Beschafferprofilen (§ 11 Abs. 2) zu informieren haben. Die Informationspflicht dient dazu, Transparenz zu schaffen. Ohne sie würden potentiell interessierte Bieter, die nicht in eine Beschränkte Ausschreibung einbezogen werden, über diesen Bereich von Vergaben der öffentlichen Hand nichts erfahren. Die Regelung ist allerdings halbherzig. Die Informationspflicht bedeutet nicht, dass für interessierte Bieter ein Anspruch auf Einbeziehung in die Beschränkte Ausschreibung besteht. Die Regelung ist zudem systemfremd in § 19 angesiedelt. Sinnvollerweise hätte sie in den § 3 Abs. 3 Nr. 1 einbezogen werden müssen. Die öffentlichen Auftraggeber sind gehalten, im Zusammenhang mit § 3 Abs. 3 Nr. 1 den § 19 Abs. 5 n. F. zu beachten.

n) § 20 Dokumentation

§ 21 Nachprüfungsstellen

§ 22 Baukonzessionen

Der bisherige § 30, Vergabevermerk, ist in § 20 n. F., Dokumentation, wesentlich präziser und umfassender gefasst. Mindestanforderungen an die Dokumentation waren bisher nur für Vergaben nach dem 2. Abschnitt der VOB/A vorgegeben. Die Regelungen wurden auf die Basisparagrafen übertragen. Sie gelten nunmehr auch bei Vergaben nach dem 1. Abschnitt. Zur Erhöhung der Transparenz sind ferner nach § 20 Abs. 3 über alle durchgeführten Beschränkten Ausschreibungen ab 25.000 € und über alle Freihändigen Vergaben ab 15.000 €, jeweils ohne Umsatzsteuer, Veröffentlichungen/Informationen auf dem Internetportal des Auftraggebers einzustellen. Diese ex-post-Information ist sechs Monate vorzuhalten.

Die bisherigen §§ 31 und 32 sind unverändert jetzt § 21 und § 22.

3.3 Wesentliche Änderungen im Abschnitt 2 der VOB/A 2009

Der Abschnitt 2 ist strukturell ebenso aufgebaut wie der Abschnitt 1. Zu den Basisparagrafen treten die sogenannten a-Paragrafen hinzu, die der Vergabekoordinierungsrichtlinie Rechnung tragen. Weitere Anpassungen waren durch die Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009¹⁶ erforderlich. Im Wesentlichen ist auf Folgendes hinzuweisen:

a) § 1a Anwendung der a-Paragrafen

Die Definition des Begriffs „Baufträge“ ist an die geänderte Definition in § 99 Abs. 3 GWB angepasst. Sie lautet: *„Baufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“* Mit dieser Definition stellt sich der Vergabe- und Vertragsausschuss wie der Gesetzgeber gegen die sogenannte „Alhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf¹⁷, wonach auch Veräußerungen von Grundstücken bei bestimmten Bauverpflichtungen dem Vergaberecht unterfallende Rechtsgeschäfte sind.¹⁸

b) § 5a Vergabe nach Losen

Da die Regelung über die Aufteilung und Trennung in Fach- und Teillose im Basisparagrafen 5 (bisheriger § 4) nicht vollumfänglich der des § 97 Abs. 3 GWB entspricht, ist § 5 Abs. 2 VOB/A 2009 für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte nach der Vergabeverordnung nicht anzuwenden. In diesen Fällen gilt die Regelung des § 97 Abs. 3 GWB unmittelbar.

c) § 6a Teilnehmer am Wettbewerb

In § 6a, dem bisherigen § 8a, sind mit Blick auf die Vergabekoordinierungsrichtlinie einige Anpassungen und Ergänzungen vorgenommen. Dies betrifft insbesondere die Absätze 2 und 7. Nach Absatz 2 sind die Unterlagen beim Offenen Verfahren an alle Bewerber abzugeben. Die bisherige Einschränkung, dass sich die Bewerber gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen mussten, ist entfallen.

Absatz 7 hat als Nr. 1 eine zusätzliche Regelung. Sie lautet: *„Der Umfang der geforderten Eignungsnachweise sowie die ggf. gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein.“* Vergabefremde Aspekte sind danach definitiv ausgeschlossen.

Ferner wurde Absatz 10 umformuliert (Nachweis der Leistungsfähigkeit nur noch von den in der engeren Wahl befindlichen Bietern), da die ursprüngliche Fassung dahingehend interpretiert wurde, dass alle Fähigkeiten der Nachunternehmer sogleich mit Angebotsabgabe nachzu-

¹⁶ BGBl I S. 790, ber. S. 1795, siehe hierzu FSt 221, 222, 234, 235, 236/2009

¹⁷ siehe Beschluss vom 13.06.2007 – VII-Verg 2/07 (GK 62/2008)

¹⁸ siehe dazu im Einzelnen FSt 222/2009, Abschnitt 3 b

weisen sind. Nunmehr reicht es aus, wenn der Nachweis innerhalb einer festzusetzenden Frist erbracht wird.

d) § 8a Vergabeunterlagen

Aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Verschlankeung verweist der neue § 8a, der den bisherigen § 10a ersetzt, nur noch auf § 12 Abs. 1 Nr. 2 des Anhangs II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005. Es handelt sich um eine ganz wesentliche Regelung unter anderem zur Angabe der Wertungskriterien und ihrer Gewichtung.

e) § 12a Vorinformation, Bekanntmachung, Versand der Vergabeunterlagen

Auch hier wird (in § 12a Abs. 3, der den bisherigen § 17a Nr. 3 ersetzt) wie bei § 8a nur noch auf die Muster und die geforderten Informationen in § 12 Abs. 1 Nr. 2 des Anhangs II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 verwiesen.

f) § 16a Wertung der Angebote § 18a Bekanntmachung der Auftragserteilung

Wie bei § 6a sind auch hier weitere Anpassungen an die Bestimmungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie erfolgt, in § 16a (der § 25a a. F. ersetzt) durch den in Abs. 1 zu den Wertungskriterien eingeführten Zusatz „und deren Gewichtung“ und in § 18a (der § 28a ersetzt) durch die Klarstellung in Abs. 1, dass **alle** Aufträge, die dem Anwendungsbereich des 2. Abschnittes der VOB/A unterfallen, bekannt zu machen sind.

3.4 Änderungen der VOB/B

Die Regelungen der VOB/B werden durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss ausschließlich zur Anwendung gegenüber Unternehmen, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und gegenüber öffentlich-rechtlichen Sondervermögen empfohlen (§ 310 BGB). Dies stellt eine Fußnote zur VOB/B, Ausgabe 2009, ausdrücklich klar. Die VOB/B ist damit als Allgemeine Geschäftsbedingung nicht zur Anwendung gegenüber Verbrauchern empfohlen und vorgesehen. § 16 Abs. 5 Nrn. 3 und 4 VOB/B 2009 verweisen aus diesem Grund nur noch auf Absatz 2 des § 288 BGB, nicht mehr auf § 288 BGB insgesamt. § 288 Abs. 1 BGB sieht bei Rechtsgeschäften, bei denen ein Verbraucher beteiligt ist, Verzugszinsen für das Jahr von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vor, bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist (§ 288 Abs. 2 BGB), von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Weitere Veränderungen der VOB/B sind nicht vorgenommen worden.

4 Hinweise zur HOAI 2009¹⁹

4.1 Neue Gliederung der HOAI, Aufteilung in verbindliche und in unverbindliche Regelungen

Die von 103 Paragrafen auf 56 Paragrafen zusammengefasste HOAI ist dadurch nicht unmittelbar einfacher geworden. Zu ihr treten nämlich 14 Anlagen von erheblichem Umfang hinzu, die zudem teils verbindliche, teils unverbindliche Regelungen enthalten.

Verbindlich ist der Verordnungsteil selbst, der sich in die fünf Teile Allgemeine Vorschriften, Flächenplanung, Objektplanung, Fachplanung und in die Übergangs- und Schlussvorschriften gliedert. Die verbindliche Anlage 3 enthält die bisherigen Objektlisten, in denen die Objekte je nach Schwierigkeit der Planung einer der bis zu fünf Honorarzonen zugeordnet werden. Die verbindlichen Anlagen 4 bis 14 enthalten den Leistungsbildern und Leistungsphasen zugeordnete, in der Verordnung mit Mindest- und Höchstpreisen versehene Leistungen. Diese „Leistungen“ entsprechen den „Grundleistungen“ der bisherigen HOAI.

Der unverbindliche Regelungsbereich besteht aus den Anlagen 1 und 2. In die Anlage 1 sind die sogenannten „Beratungsleistungen“ aufgenommen. Beratungsleistungen sind das bisherige Leistungsbild Umweltverträglichkeitsstudie (§§ 48, 48 a und 48 b a. F.) und die in den bisherigen Teilen X bis XIII geregelten Leistungen für Thermische Bauphysik, für Schallschutz und Raumakustik, für Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie die Vermessungstechnischen Leistungen. Alle diese Leistungen unterstellt der Ordnungsgeber nicht mehr den preisrechtlich verbindlichen Regelungen der HOAI. Für sie sind zwar in der Anlage 1 – gegenüber den bisherigen Regelungen um 10 % erhöhte – Mindest- und Höchstsatzhonorare ausgewiesen. Diese Tabellen sind jedoch nicht verbindlich, sie sind lediglich Empfehlungen, die den Vertragsparteien für die Zeit, bis sich der Markt umgestellt hat, Orientierung geben sollen. Dem Auftraggeber ist es insoweit nicht möglich, die in der Anlage 1 ausgewiesenen Mindestsätze ohne vertragliche Regelung als verbindlich anzusehen und das Honorar z. B. lediglich um Nebenkosten und einen Umbauzuschlag in festzulegender Höhe ergänzen zu lassen. Denn das Mindestsatzhonorar gilt nicht mehr kraft Verordnung als vereinbart, wenn nicht bei Auftragserteilung schriftlich etwas anderes vereinbart wurde. Es steht aber nichts dagegen, wenn der Auftraggeber das Mindestsatzhonorar als Wunschhonorar benennt und dazu Auf- oder Abpreisungen nachfragt. Der Wettbewerb bestimmt den Preis.

Die Anlage 2 enthält die sogenannten „Besonderen Leistungen“. Sie waren im Wesentlichen bereits in der bisherigen HOAI neben den sogenannten „Grundleistungen“ als „Besondere Leistungen“ ausgewiesen. Die Aufzählung in der Anlage 2 ist nicht abschließend. Das Honorar für die Besonderen Leistungen musste bereits bisher, allerdings unter den preisrechtlichen Einschränkungen des § 5 Abs. 4 HOAI 1996, besonders vereinbart werden. Auch nach der neuen HOAI bedürfen die Honorare für Besondere Leistungen der besonderen Vereinbarung. Sie unterliegen aber keinerlei Preisbindung mehr. Die Honorarhöhe ist frei vereinbar und dem Wettbewerb zu unterstellen.

¹⁹ Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hat zur HOAI 2009 am 18.08.2009 einen Einführungserlass veröffentlicht, der im Internet unter www.bmvbs.de, Az.: B 10-8111.4/2, eingesehen werden kann.

4.2 Neue Struktur des Teils 1, Allgemeine Vorschriften

Im Teil 1 sind die allgemeinen preis- und vertragsrechtlichen Vorschriften, die generell für alle Leistungen nach der HOAI gelten, zusammengefasst. Der Verordnungsgeber hat sie, um sich Verweisungen bei den einzelnen Leistungsbildern zu ersparen, „vor die Klammer gezogen“. So regelt der Teil 1 beispielsweise die Ermittlung der anrechenbaren Kosten (§ 4), die Einteilung in verschiedene Honorarzonen (§ 5), die Grundlagen des Honorars (§ 6), die Honorarberechnung, wenn nicht alle Leistungsphasen oder nicht alle Teile einer Leistungsphase übertragen werden, sowie das Honorar bei der Beauftragung von Einzelleistungen (§§ 8 und 9) usw. Eine Ausnahme von dieser Systematik findet sich lediglich bei den Leistungen im Bestand und bei Instandhaltungen und Instandsetzungen. Diese sind mit den §§ 35 und 36 n. F. in den Teil 3, Objektplanung für Gebäude und raumbildende Ausbauten, eingeordnet, weil sie vor allem dort auftreten. Sie gelten aber ebenso für die im Teil 4 geregelten Fachplanungen. Dies ist durch entsprechende Verweisungen sichergestellt, siehe z. B. die Verweisung in § 49 Abs. 3 für die Tragwerksplanung.

4.3 Struktur der Teile 2 bis 4, Flächenplanung, Objektplanung, Fachplanung

Die Teile 2 bis 4 enthalten zusammen mit den verbindlichen Anlagen 4 bis 14 die Vorschriften über die Honorierung der Leistungen der Flächenplanung, der Objektplanung (die in Leistungen für Gebäude und raumbildende Ausbauten, für Freianlagen, für Ingenieurbauwerke und für Verkehrsanlagen aufgegliedert ist) und der Fachplanung (die Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung umfasst). Die bisherigen Leistungsbilder sind unverändert in den Anlagen enthalten. Die neue HOAI spricht allerdings nicht mehr von „Grundleistungen“, sondern von „Leistungen“ (siehe § 3 Abs. 1 und 2 n. F.).²⁰

4.4 Wesentliche inhaltliche Änderungen

a) Erhöhung der Honorare

Die bisherigen Tafelwerte waren seit 1996 unverändert. Vor diesem Hintergrund hat sich der Verordnungsgeber zu einer generellen Erhöhung um 10 % entschieden. Auch die Honorarsätze der in der Anlage 1 unverbindlich geregelten Beratungsleistungen sind zur besseren Orientierung um 10 % erhöht. Beibehalten wurde der jeweilige Betrag, ab dem bei den verbindlichen Regelungen die Vorgaben der HOAI nicht mehr Platz greifen. So konnte und kann das Honorar für Gebäude und raumbildende Ausbauten, deren anrechenbare Kosten über 25.564.594 € liegen, frei vereinbart werden (§ 16 Abs. 3 a. F., § 7 Abs. 2 n. F.).

b) Eingeschränkter Anwendungsbereich der HOAI, sogenannte „Inländer-HOAI“

Die HOAI stellte schon bisher darauf ab, dass in ihr beschriebene Leistungen erbracht wurden. Ob der Handelnde ausgebildeter Architekt oder Ingenieur war oder nicht, spielte keine Rolle. Das bleibt unverändert. Verändert ist aber, dass die HOAI 2009 nur mehr auf Auftragnehmer Anwendung findet, die ihren Sitz im Inland haben und die Leistungen vom Inland aus erbringen. Der Verordnungsgeber sah sich zu dieser Einschränkung durch die in der europäischen

²⁰ Für die bereits angesprochenen unverbindlichen Beratungsleistungen der Anlage 1 ist diese Systematik nicht durchgehalten. Hier ist weiterhin untergliedert in Grundleistungen und Besondere Leistungen, so z. B. in Nr. 1.1.1 für die Umweltverträglichkeitsstudien und in Nr. 1.5.4 für die Entwurfsvermessungen.

Dienstleistungsrichtlinie²¹ in Art. 16 eingeräumte Dienstleistungsfreiheit verpflichtet. Die neue Regelung des § 1 HOAI kann bei grenznahen Aufträgen erhebliche Probleme auslösen. Sie bedeutet nämlich, dass ein ausländischer Anbieter, der die Leistung von seinem Firmensitz im Ausland aus erbringt, nicht an die verbindlichen Mindestsätze der HOAI gebunden ist. Er kann unter diesen Mindestsätzen anbieten und hat damit gegenüber Inländern und gegenüber Ausländern, die ihren Firmensitz im Inland haben und die die Leistung vom Inland aus erbringen, einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Der Verordnungsgeber geht davon aus, dass diese Benachteiligung der Inländer und diesen gleichgestellter Ausländer aus übergeordneten Gesichtspunkten (grundsätzliche Vorgabe von Mindestsätzen zur Sicherung der Qualität des Bauens, nur wenige Ausnahmen im Grenzgebiet) gerechtfertigt sei. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Fallgestaltungen entwickeln. Gibt ein Ausländer, der die Leistung vom Ausland aus erbringen will, ein Angebot unter den Mindestsätzen ab, so darf dieses allein deshalb nicht ausgeschlossen werden. Es ist zu werten. Nur wenn nachgewiesen werden könnte (die Beweislast liegt beim Auftraggeber), dass das Angebot „unauskömmlich“ ist, könnte ein Ausschluss dieses Bieters in Betracht kommen. Einen Sitz im Inland hat, wer hier ein Geschäftslokal betreibt. Eine „Briefkastenfirma“ genügt nicht, ebenso wenig das Vorhalten eines Baustellenbüros, da dieses nicht auf Dauer eingerichtet ist.

c) Neue Begriffsbestimmungen, Anwendung der DIN 276-1: 2008-12

In § 2 Nr. 1 n. F. ist der Begriff „Objekte“ mit Blick auf die Leistungsbereiche der Teile 3 und 4 der HOAI 2009 präzisiert. Er lautet: *„Objekte sind Gebäude, raumbildende Ausbauten, Freianlagen, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen, Tragwerke und Anlagen der Technischen Ausrüstung.“*

Der Begriff „Gebäude“ ist in den § 2 Nr. 2 n. F. neu aufgenommen. Er geht mit der Definition *„Gebäude sind selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen“* auf die bauordnungsrechtliche Beschreibung zurück.

Neu sind in § 2 Nrn. 12, 13 und 14 die Definitionen der „fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik“, der „Kostenschätzung“ und der „Kostenberechnung“. Wesentlich ist, dass der Verordnungsgeber für die Kostenschätzung und für die Kostenberechnung nicht mehr auf die DIN 276 April 1981, sondern auf die DIN 276-1: 2008-12 abstellt. Die zum Teil veränderten Kostengruppen der DIN 276-1: 2008-12 gegenüber der früheren DIN sind in der neuen HOAI berücksichtigt. Als Folge davon sind beispielsweise in § 48, Besondere Grundlagen des Honorars für das Leistungsbild Tragwerksplanung, die Prozentsätze der anrechenbaren Kosten der Technischen Anlagen gemindert. Sie betragen nach § 48 Abs. 1 n. F. 10 %. Früher waren dies 20 % (§ 62 Abs. 4 a. F.). Grund ist, dass die Kostengruppe (KG) 400 der DIN 276-1: 2008-12 gegenüber der bisher in Bezug genommenen KG 3.2 und 3.5.2 der DIN 276 April 1981 auch die Kosten der zentralen Betriebstechnik (KG 3.3), die Besondere zentrale Betriebstechnik (KG 3.5.3), die Besonderen betrieblichen Einbauten (KG 3.5.4) und die Kosten für Kunstwerke und künstlerisch gestaltete Bauteile (KG 3.5.5) umfasst. Die Technische Ausrüstung gliedert sich gemäß DIN 276-1: 2008-12 in acht Anlagengruppen. Da in die Sechste Novelle der HOAI die Leistungsbilder unverändert übernommen sind, bezieht sich die Objektliste für das Leistungsbild Technische Ausrüstung weiterhin auf die ehemals sechs Anlagengruppen. Die neuen Anlagengruppen sind hinsichtlich der Honorarzonen sinngemäß anhand der alten Objektlisten zu ermitteln.

²¹ ABl. L 376 vom 27.12.2006 S. 36

d) Honorarzonen und Objektlisten

Die Vorschriften zur Regelung der Honorarzonen sind gebündelt. Anzahl und Schwierigkeitsgrade der Honorarzonen in den verschiedenen Leistungsbildern sind allgemein in § 5 n. F. geregelt. Die spezifischen Bewertungsmerkmale sind in den Honorarregelungen (§§ 20, 21, 28 bis 31, 34, 39, 43, 47, 50 und 54) strukturell zusammengefasst. Die Bestimmung der Honorarzonen erfolgt aufgrund der Objektlisten in der Anlage 3. Inhaltliche Änderungen haben sich nicht ergeben. Für die Tragwerksplanung sind die Honorarzonen in ihrer derzeitigen detaillierten Beschreibung aus § 64 a. F. übernommen (§ 49 n. F.), da diese anhand konkreter Konstruktionsbeispiele gefasst sind und für diesen Leistungsbereich keine Objektliste existiert.

e) Grundlagen des Honorars

Bei der Objekt- und Fachplanung (Teile 3 und 4 der HOAI 2009) wird das Honorar ausschließlich nach den anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung berechnet, soweit diese nicht vorliegt vorläufig nach der Kostenschätzung. Weggefallen sind für die Honorarberechnung die Regelungen des bisherigen § 10 a. F., die auf eine sukzessive Honorarberechnung entsprechend dem Projektverlauf abstellten: Für die Leistungsphasen 1 bis 4 auf die Kostenberechnung, solange diese nicht vorlag auf die Kostenschätzung. Für die Leistungsphasen 5 bis 7 auf den Kostenanschlag, solange dieser nicht vorlag auf die Kostenberechnung. Für die Leistungsphasen 8 und 9 auf die Kostenfeststellung, solange diese nicht vorlag auf den Kostenanschlag. Dass Kostenanschlag und Kostenfeststellung für das Honorar nicht mehr von Bedeutung sind, bedeutet aber nicht, dass sie der Auftragnehmer nicht mehr erbringen muss. Sie sind weiterhin für die Entscheidungsfindung des Bauherrn bzw. für die endgültige Baukostenabrechnung erforderlich.

Die honorarmäßige Anknüpfung allein an die Kostenberechnung bzw. an die Kostenschätzung dient einem wesentlichen Ziel der HOAI-Novelle, nämlich der Vereinfachung der Honorarermittlungsgrundlagen und vor allem der Abkoppelung der Honorarhöhe von den tatsächlichen Baukosten. Sofern im Rahmen des Bauunterhalts Planungs- und Bauüberwachungsleistungen in Auftrag gegeben werden, ist auch für deren Honorierung die Kostenberechnung zu Grunde zu legen. Es versteht sich von selbst, dass beide Vertragsparteien außerordentlichen Wert auf eine korrekte und realistische Kostenberechnung legen müssen.

§ 6 Abs. 2 n. F. sieht optional zum Kostenberechnungsmodell des Abs. 1 n. F. die Möglichkeit einer Baukostenvereinbarung vor. Hierfür müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Zum Zeitpunkt der Beauftragung dürfen noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder eine Kostenberechnung vorliegen.
- Beide Vertragspartner müssen über den gleichen Informationsstand und das gleiche Fachwissen verfügen.
- Der Baukostenvereinbarung müssen nachprüfbare Baukosten z. B. anhand vergleichbarer Referenzobjekte oder einer vollständigen Bedarfsplanung (z. B. auf Basis der DIN 18205) zu Grunde liegen.

Die Baukostenvereinbarung ist auch nach Einschätzung des Ordnungsgebers kein leicht handhabbares Instrument. Von ihr sollte allenfalls ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden.

f) Honorarvereinbarung

§ 7 n. F. übernimmt im Wesentlichen die Regelungen des bisherigen § 4 zu den Voraussetzungen für die Vereinbarung von Mindest- und Höchstsätzen, zu deren Unter- bzw. Überschreitung und zur Abrechnung nach Mindestsatz, soweit nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart wurde (§ 7 Abs. 1, 3, 4 und 6 HOAI 2009).

Neu ist die Regelung des § 7 Abs. 5. Dieser lautet: *„Ändert sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrages mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten, Werten oder Verrechnungseinheiten, ist die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.“* Wie die Anpassung konkret zu erfolgen hat, regelt der Ordnungsgeber nicht. Hierzu können jedoch die Strukturen des § 8 (bisheriger § 5) und des neuen § 10 (modifizierter bisheriger § 20) herangezogen werden. Aus diesen wird deutlich, dass die neue HOAI konkret auf den jeweils beauftragten Leistungsumfang abstellt und diesen zum Maß für das Honorar nimmt. Ist beispielsweise eine Leistungsphase übertragen, dürfen nur die dafür vorgesehenen Prozentsätze angesetzt werden. Werden mehrere Vorentwurfs- oder Entwurfspläne verlangt, ist das Honorar für die vollständige Planung voll, für die anderen Planungen entsprechend ihren Anteilen anzusetzen. Es geht also um eine leistungsorientierte Festsetzung des Honorars anhand der Regelungen der HOAI.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Hinweis, dass § 7 Abs. 5 n. F. immer dann anzuwenden ist, wenn sich eine in der verbindlichen HOAI beschriebene Leistung ändert. Das Honorar ist HOAI-adäquat fortzuschreiben. Geht es um Veränderungen in der HOAI nicht verbindlich geregelter Leistungen (Beratungsleistungen, § 3 Abs. 1 Satz 2 n. F. = Anlage 1, Besondere Leistungen, § 3 Abs. 3 n. F. = Anlage 2, oder andere nicht verbindlich in Leistungsbildern erfasste Leistungen, § 3 Abs. 2 Satz 2 n. F.), so ist neben dem Honorar für die ursprüngliche Leistung auch das Honorar für die Veränderung frei vereinbar. Auf Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ist allerdings zu achten.

Neu ist auch die Möglichkeit, neben einem Honorar für Kostenunterschreitungen (§ 7 Abs. 7 Satz 1 n. F., bisheriger § 5 Abs. 4 a) eine Malus-Regelung für eine Überschreitung der einvernehmlich festgelegten anrechenbaren Kosten nach § 6 Abs. 2 n. F. zu vereinbaren. § 7 Abs. 7 Satz 2 eröffnet hierzu die Möglichkeit; er ist nicht selbst Anspruchsgrundlage für Honorarkürzungen.

g) Mehrere Vorentwurfs- oder Entwurfsplanungen

§ 10 n. F. regelt, dass bei mehreren Vorentwurfs- oder Entwurfsplanungen, die auf Veranlassung des Auftraggebers für dasselbe Objekt nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen gefertigt werden, für die vollständige Planung die vollen Prozentsätze der jeweiligen Leistungsphase geschuldet werden, für die weiteren Entwürfe dagegen nur die anteiligen Prozentsätze für die entsprechenden Leistungen. Diese Regelung ersetzt den bisherigen § 20 a. F. Der Unterschied liegt vor allem darin, dass bisher für die umfassendste Vorentwurfs- oder Entwurfsplanung die vollen Vomhundertsätze des Leistungsbildes geschuldet wurden, für die weiteren Entwürfe pauschal die Hälfte dieser Vomhundertsätze. Dieser pauschale Ansatz, der sich je nach Planungsaufwand zu Gunsten oder zu Ungunsten des jeweiligen Vertragspartners auswirken konnte, wird durch eine präzise, den jeweiligen Leistungsumfang berücksichtigende Regelung abgelöst.

h) Auftrag für mehrere Objekte

§ 11 Abs. 1 Satz 2 n. F. eröffnet die Möglichkeit, die anrechenbaren Kosten für Objekte mit weitgehend vergleichbaren Objektbedingungen derselben Honorarzone, die im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang als Teil einer Gesamtmaßnahme geplant, betrieben und genutzt werden, zusammenzurechnen. Da die bisherige Regelung des § 22 Abs. 2 in der Vergangenheit insbesondere im Bereich der Technischen Ausrüstung zu Streitigkeiten zwischen den Vertragspartnern führte, ist mit dem neuen § 11 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 52 Abs. 2 nochmals eine Klarstellung getroffen. Wie auch in der Entscheidung des BGH vom 24.01.2002²² dargestellt ist, ist es entscheidend, ob die Anlagenteile nach funktionellen und technischen Kriterien zu einer Einheit zusammengefasst sind und als solche geplant, betrieben und genutzt werden. Durch die inhaltliche Ergänzung soll vermieden werden, dass die „theoretische“ Möglichkeit, die einzelnen Anlagen auch getrennt an das öffentliche Netz anzuschließen, zwangsläufig zu einer Einzelabrechnung führt.

i) Leistungen im Bestand

Mit der Regelung des § 35 n. F. werden die bisherigen Regelungen zur anrechenbaren vorhandenen Bausubstanz (§ 10 Abs. 3 a a. F., der ersatzlos entfällt) und zum Umbauzuschlag (§ 24 a. F.) zusammengefasst. Der Begriff der „Umbauten“ (§ 2 Nr. 6 n. F.) ist weiter gefasst. Danach handelt es sich um Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit Eingriffen in Konstruktion oder Bestand. Voraussetzung ist also nicht wie im bisherigen § 3 Nr. 5, dass es sich um **wesentliche** Eingriffe handelt. Da die Möglichkeit der Honorarerhöhung für alle Objekte gilt (dies sind gemäß § 2 Nr. 1 n. F. die Leistungsbilder der Teile 3 und 4) und auch die vorhandene mitverarbeitete Bausubstanz einschließt, wurde die Marge erweitert, in der ein Honorarzuschlag vereinbart werden kann, nämlich auf 20 % bis 80 %. Sofern kein Zuschlag schriftlich vereinbart ist, fällt für Leistungen ab der Honorarzone II (anstatt wie bisher ab der Honorarzone III) automatisch ein Zuschlag von 20 % an (§ 35 Abs. 1 Satz 2 n. F.).

Für die Bauüberwachung bei Instandhaltungen und Instandsetzungen kann das Honorar um bis zu 50 % erhöht werden (§ 36 Abs. 1 n. F.).

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass es für das Honorar bei Umbauten und Modernisierungen sowie bei Instandhaltungen und Instandsetzungen nicht auf die Honorarzone für das ursprüngliche Objekt ankommt, sondern auf die Schwierigkeit der nun durchzuführenden Maßnahme (§ 35 Abs. 2, § 36 Abs. 2 n. F.).

j) Verjährungsfrist und Honorar

In den Leistungsphasen 9 – Objektbetreuung und Dokumentation – der Leistungsbilder Gebäude und raumbildende Ausbauten, Freianlagen (Anlage 11), Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen (Anlage 12) und Technische Ausrüstung (Anlage 14) ist die Leistung für das Überwachen der Mängelbeseitigung auf den Zeitraum von vier Jahren begrenzt. Der Zeitraum entspricht demjenigen des § 13 Nr. 4 VOB/B. Überwachungsleistungen, die über vier Jahre hinausgehen, sind nicht mit dem Honorarsatz für die Leistungsphase 9 abgedeckt. Das Honorar für die Überwachungsleistung ist für die sich ergebende Zeitdifferenz (nach BGB beträgt die Verjährungsfrist für Bauleistungen fünf Jahre) gesondert frei zu vereinbaren oder es ist bereits

²² VII ZR 461/00, BauR 2002, 817

bei Vertragsabschluss festzulegen, dass das Honorar diesen weiteren Zeitraum von einem Jahr mit umfasst. Die Regelung der neuen HOAI bedeutet allerdings nicht, dass der Leistungszeitraum des Architekten nur vier Jahre beträgt, wenn mit der Baufirma eine fünfjährige Gewährleistungsverjährung vereinbart ist. Die HOAI kann als honorarrechtliche Regelung nicht wirksam in den Inhalt von Verträgen oder in die Regelungen des BGB eingreifen.

4.5 Wegfall des bisherigen § 10 Abs. 3 a zur Anrechnung vorhandener Bausubstanz

Es sind eine Reihe von Vorschriften entfallen, deren Wegfall sich der bisherige Anwender bewusst machen muss, um mit der neuen Systematik und der durch die neue HOAI gestärkten Vertragsfreiheit der Parteien umgehen zu können. Im Folgenden werden einige wesentliche entfallene Regelungen und das Motiv des Ordnungsgebers für die Streichungen dargestellt.

Die Regelung des bisherigen § 10 Abs. 3 a über die Anrechnung vorhandener technisch oder gestalterisch mitverarbeiteter Bausubstanz war ein häufiger Streitpunkt der Parteien. Zum einen über den Umfang der Mitverarbeitung und zum anderen über den Kostenansatz für vorhandene Bausubstanz. Der Ordnungsgeber hat die Regelung ersatzlos gestrichen, stattdessen aber die Möglichkeit der Parteien erweitert, einen erhöhten Umbauzuschlag zu vereinbaren (§ 35 Abs. 1 n. F.). Die Parteien können einen Zuschlag bis zu 80 % vereinbaren, früher war dies nur bis 33 % möglich (§ 24 Abs. 1 a. F.). Damit haben die Parteien ausreichend Gestaltungsfreiheit, den Mehraufwand durch die Einbeziehung aller vorgegebener Umstände zu bewerten. Treffen die Parteien keine schriftliche Vereinbarung über einen Zuschlag, gilt ab der Honorarzone II (früher ab der Honorarzone III) ein Zuschlag von 20 % als vereinbart. Dieser schließt den Aufwand für die gesamte vorhandene Bausubstanz ein.

Entgegen einzelner Stimmen in der Literatur²³ ist es nicht möglich, die explizit ausgenommene Anrechnung vorhandener Bausubstanz in der HOAI 2009 über § 4 Abs. 2 Nr. 4 n. F., der ohne Veränderung dem bisherigen § 10 Abs. 3 Nr. 4 a. F. entspricht, „über die Hintertür“ wieder einzuführen. § 4 Abs. 2 Nr. 4 lautet: *„Als anrechenbare Kosten gelten ortsübliche Preise, wenn der Auftraggeber ... vorhandene oder vorbeschaffte Baustoffe oder Bauteile einbauen lässt.“* Vorhandene Bausubstanz wird nicht eingebaut, sondern mitverarbeitet. Außerdem hat der Ordnungsgeber in der Begründung zur Novellierung²⁴ unmissverständlich zum Ausdruck gebracht: *„Um auch Änderungen an der vorhandenen Bausubstanz in der Regelung zum Umbauzuschlag mit zu erfassen, werden zum einen die Definition der Umbauten in § 2 Nr. 6 n. F. weiter gefasst und die Marge, in der ein Zuschlag vereinbart werden kann, auf 20 bis 80 %, statt bisher 20 bis 33 %, erweitert.“* Vorhandene Bausubstanz kann daher nur im Rahmen des § 35 Abs. 1 n. F., nicht bei einer sonstigen Regelung berücksichtigt werden. Soweit die DIN 276-1: 2008-12 in Ziffer 3.3.6 vorgibt, dass der Wert vorhandener Bausubstanz und wiederverwendeter Teile bei den betreffenden Kostengruppen gesondert auszuweisen sind, schafft dies keinen Rechtsanspruch auf die Anrechnung vorhandener Bausubstanz. Die DIN hat keinen Normcharakter und kann eine entgegenstehende Ordnungsregelung nicht ändern. Erläuternd gibt das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in seinem Einführungserlass vom 18.08.2009²⁵ an:

„Entgegen dem Hinweis in der DIN 276 (Ziff. 3.3.6) ist der Wert der vorhandenen Bausubstanz und wiederverwendeter Teile im Muster 6 der RBBau nicht auszuweisen. Es sind lediglich die

²³ siehe Nachweis bei Averhaus, NZBau 2009, 473 ff., 477, Fußnote 67

²⁴ BR-Drs. 395/09 S. 193

²⁵ siehe oben Fußnote 11

Kosten zur Herstellung, zum Umbau, zur Modernisierung, Instandhaltung oder Instandsetzung von Objekten sowie die damit zusammenhängenden Aufwendungen zu ermitteln, auszuweisen und der Ermittlung der honorarfähigen anrechenbaren Kosten zu Grunde zu legen.“

4.6 Wegfall des Zeithonorars

Die Regelung des bisherigen § 6 a. F. zu Stundensätzen wurde gestrichen, um größere Flexibilität bei der Vertragsgestaltung auf der Grundlage nachvollziehbarer Kalkulation zu ermöglichen. Es ist daher geboten, die Stundensätze bei Auftragserteilung im Vertrag zu vereinbaren, da andernfalls die für beide Vertragsparteien unbekanntes „übliche Vergütung“ im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB geschuldet wird. Dabei ist aus Beweisgründen zur im Kommunalrecht ohnehin vorgegebenen Schriftform zu raten. Die bisherigen Stundensätze des § 6 a. F. zuzüglich 10 % können zur Orientierung bei der Prüfung von angebotenen Zeithonoraren herangezogen werden. § 6 a. F. gab für die in der HOAI vorgesehenen Fälle von Zeithonoraren eine Spanne zwischen Mindest- und Höchstsätzen vor, wobei nach Leistungen des Auftragnehmers, von Mitarbeitern, die technische oder wirtschaftliche Aufgaben erfüllten, und von Technischen Zeichnern sowie sonstigen Mitarbeitern des technischen sowie wirtschaftlichen Aufgabenbereichs unterschieden wurde. Es ist nicht notwendig, dass der öffentliche Auftraggeber für Zeithonorare auf Mindestsätze abstellt, die es als solche ohnehin nicht mehr gibt. Notwendig ist ein umfassender Wettbewerb, wobei es eine mögliche Gestaltung der Vertragsanbahnung sein kann, dass der öffentliche Auftraggeber als Honorarvorstellung die um 10 % erhöhten Mittelsätze der HOAI in der Fassung von 2001 angibt und sich dazu Auf- oder Abschläge anbieten lässt. Von der Möglichkeit, Zeithonorare zu vereinbaren, sollte im Übrigen sparsam Gebrauch gemacht werden. Denn im Zweifelsfall obliegt dem Auftraggeber die Beweislast dafür, dass der Architekt angesichts des geltend gemachten Zeitansatzes unwirtschaftlich gehandelt hat.²⁶

Beratungsleistungen sollten anknüpfend an die Honorartabellen der Anlage 1 im Wettbewerb vergeben werden. Für Besondere Leistungen ist wichtig, dass sich die Parteien vor Leistungsbeginn über Art, Notwendigkeit und Umfang einig sind und dass das Honorar grundsätzlich dem Wettbewerb unterstellt wird.

4.7 Leistungen bei raumbildenden Ausbauten

Der bisherige § 25 Abs. 1 regelte, dass für Leistungen des raumbildenden Ausbaus, soweit sie dem gleichen Auftragnehmer übertragen wurden, der auch die Gebäudeleistungen erbrachte, kein besonderes Honorar berechnet werden durfte. Für Leistungen bei Gebäuden und raumbildenden Ausbauten gilt nach der neuen HOAI die gleiche Honorartafel, die prozentuale Bewertung der Leistungsphasen ist jedoch unterschiedlich geregelt. Da die Regelung des bisherigen § 25 in die neue HOAI nicht übernommen wurde, sind nunmehr Leistungen des raumbildenden Ausbaus stets auf Basis der für die jeweilige Leistungsphase einschlägigen Prozentsätze des raumbildenden Ausbaus (§ 33) abzurechnen.

4.8 Erhöhter Aufwand bei Planungen, bisheriger § 55 Abs. 4

§ 55 Abs. 4 Satz 1 a. F. berücksichtigte die Möglichkeit, schwierige wasser-, abwasser- und abfalltechnische Objekte, die einen extrem hohen Aufwand bei der Ausführungsplanung erfor-

²⁶ siehe BGH, Urteil vom 17.04.2009 – VII ZR 164/07, BauR 2009, 1162

derden, der mit dem Teilleistungssatz der Leistungsphase 5 nicht gedeckt war, mit mehr als 15 % bis zu 35 % zu bewerten und vertraglich zu vereinbaren.

Diese Regelung wurde in der Anlage 2 unter Punkt 2.8.5 der Besonderen Leistungen in den Bereich Ingenieurbauwerke aufgenommen, um zu verdeutlichen, dass diese Leistung nicht mit dem Teilleistungssatz der Leistungsphase 5 des § 42 Abs. 1 n. F. abgedeckt ist.

Ebenfalls wurde die Planung von Anlagen der Verfahrens- und Prozesstechnik für Ingenieurbauwerke gemäß § 40 Nrn. 1 bis 3 und 5 n. F., die dem Auftragnehmer übertragen werden, der auch die Leistungen gemäß § 42 n. F. für die jeweiligen Ingenieurbauwerke erbringt, in der Anlage 2 als Besondere Leistung unter Punkt 2.8.5 geregelt.

Das Honorar für diese Leistungen kann frei vereinbart werden. Auf ein angemessenes Äquivalenzverhältnis von Preis und Leistung ist zu achten.

4.9 Örtliche Bauüberwachung

Die örtliche Bauüberwachung ist nicht Bestandteil der Leistungen des § 42 oder des § 46 n. F. Sie gehörte auch bisher nicht zu den Grundleistungen des Leistungsbildes Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Deshalb sind auch diese Leistungen Bestandteil der Besonderen Leistungen in der Anlage 2 zur HOAI 2009 (Punkt 2.8.8). Die Leistung der örtlichen Bauüberwachung sollte in der Regel mit 2,3 v. H. bis 3,5 v. H. der anrechenbaren Herstellungskosten nach § 41 n. F. vereinbart werden. Die Prozentsätze wurden entsprechend den Honorarsätzen in den Honorartafeln um 10 % erhöht.

4.10 Übergangs- und Schlussvorschriften

Die neue HOAI ist am 18.08.2009 in Kraft getreten.

Die neue Verordnung gilt nach § 55 n. F. nicht für Leistungen, die vor ihrem Inkrafttreten vertraglich vereinbart wurden; insoweit bleiben die bisherigen Vorschriften anwendbar. Die neue HOAI geht damit einen deutlich anderen Weg als die bisherigen Honorarordnungen. Nach dem bisherigen § 103 Abs. 6 i. V. mit Abs. 2 konnten die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Leistungen, die vor dem Inkrafttreten der jeweiligen Verordnung vereinbart worden waren, nach der neuen Verordnung abgerechnet werden konnten, soweit sie bis zum Tag des Inkrafttretens noch nicht erbracht waren. In der Praxis geschah dies häufig unter Anknüpfung an noch nicht begonnene Leistungsphasen. Für diese wurden zugunsten der Architekten und Ingenieure die neuen, höheren Honorarsätze vereinbart. Diesen Weg hat der Ordnungsgeber ausgeschlossen. Er kann auch durch einvernehmliche gegenseitige Vereinbarung der Parteien nicht wirksam beschränkt werden. Denn zum einen ist die HOAI verbindliches Preisrecht, das nicht zur Disposition der Parteien steht, und zum anderen kann das Honorar nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs innerhalb eines laufenden Vertrages bei gleich bleibender Leistung nicht wirksam verändert werden.

In der Praxis ist für die Frage des Zeitpunkts, in dem ein Vertrag abgeschlossen wurde, zwischen stufenweiser Auftragserteilung und Rahmenverträgen zu unterscheiden. Eine stufenweise Auftragserteilung liegt vor, wenn dem Auftragnehmer zunächst nur einige der anstehenden Leistungsphasen wirksam übertragen sind, die Übertragung der weiteren Phasen dagegen offen ist, z. B. davon abhängt, dass die Maßnahme verwirklicht wird oder der Bauherr mit der

Leistung des Architekten oder Ingenieurs zufrieden ist. Dem Architekten/Ingenieur wird für diesen Fall lediglich eine Option eingeräumt. Erst wenn der Auftraggeber die weiteren Leistungen in Auftrag gibt, kommt darüber ein wirksamer Vertrag zustande, auf den seit 18.08.2009 die HOAI 2009 anzuwenden ist, soweit vertraglich nichts anderes vereinbart wurde.

Von einem Rahmenvertrag ist auszugehen, wenn im ursprünglichen Vertrag vereinbart ist, dass die dort getroffenen Honorarvereinbarungen auch für später zu vereinbarende Leistungen gelten. Dann gilt das zum Zeitpunkt des damaligen Vertragsabschlusses geltende Honorarrecht fort. Die vorab getroffene Honorarvereinbarung erlangt zwar erst Bedeutung, wenn die weiteren Leistungen in Auftrag gegeben werden. Die Vereinbarung über das Honorar ist jedoch wirksam bereits bei der Erteilung des ersten Auftrags getroffen. Deshalb findet insgesamt die seinerzeit geltende HOAI Anwendung, nicht die HOAI 2009.^{27, 28}

²⁷ siehe zu diesem Fall BGH, Urteil vom 27.11.2008 – VII ZR 211/07, BauR 2009, 264

²⁸ siehe vertiefend zur neuen HOAI auch Stemmer, Praxishinweise zur Anwendung der HOAI 2009, Kommentierung und Handlungsempfehlungen, Richard Boorberg Verlag, München