

# Anmerkungen zur Vergabe freiberuflicher Planungsleistungen

Verfasser: Reinhard Böllmann

Inhaltsübersicht	Seite
<b>1 Vorbemerkung</b>	<b>89</b>
<b>2 Besonderheiten der Vergabe freiberuflicher Planungsleistungen</b>	<b>89</b>
<b>3 Handhabung der Planervergaben in der Vergangenheit</b>	<b>90</b>
3.1 Regellosigkeit	90
3.2 Abmahnwesen	90
3.3 Vertrauensverhältnis versus Compliance	91
<b>4 Geregelte Planervergabe durch EU-Vergaberecht</b>	<b>92</b>
4.1 Einführung des geregelten Verhandlungsverfahrens	92
4.2 Schwierigkeiten der Planervergabe im EU-Bereich	93
4.3 Fehler bei Planervergaben im EU-Bereich	94
<b>5 Überlegungen für sachgerechte Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwerts</b>	<b>96</b>
5.1 Verhältnismäßigkeit	96
5.2 Bewertung von Eignung und Leistung	97
5.3 Preiswettbewerb	98
5.4 Folgerung	99
<b>6 Die Regelungen der neuen IMBek</b>	<b>100</b>
<b>7 Hinweise und Empfehlungen zur Anwendung der Vorschriften</b>	<b>102</b>

## 1 Vorbemerkung

Mit Bekanntmachung vom 31.07.2018 (Az.: B3-1512-31-19, AllMBI S. 547) hat das Bayerische Staatsministerium des Innern und für Integration die verbindlichen kommunalen Vergabe-grundsätze nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik bzw. § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik neu bekannt gegeben. Darin sind unter anderem erstmals Vorschriften für die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen unterhalb des EU-Schwellenwerts enthalten; in der Hauptsache betref-fen sie Planungsleistungen (wir sprechen deshalb im Folgenden vereinfacht von Planerleistun-gen und -vergaben, obwohl sie z. B. auch Vermessung und Bauüberwachung betreffen).

Dies ist Anlass für uns, aus Sicht einer Prüfungsbehörde auf die Entwicklung der Planerverga-ben in den vergangenen Jahren zurückzublicken, Probleme der Praxis anzusprechen und Hin-weise für die Anwendung der neuen Vorschriften zu geben.

## 2 Besonderheiten der Vergabe freiberuflicher Planungsleistungen

Planungsleistungen waren aufgrund besonderer Eigenarten lange Zeit vom allgemeinen Aus-schreibungsgebot ausgenommen:

- Der Architekt hat als Sachwalter des Bauherrn bei der Beschaffung des Bauwerks eine **Vertrauensstellung**.
- Die Leistungen gelten ihrer „geistig-schöpferischen“ Natur nach als **nicht vorab be-schreibbar**. Sie werden deshalb regelmäßig im Verhandlungsverfahren (ab dem EU-Schwellenwert) bzw. in einer freihändigen oder Verhandlungsvergabe vergeben. Sinn der Verhandlungen ist es, die Leistungen bis zum Vertragsschluss beschreib- und vergleichbar zu machen.
- Da auch dann noch nicht von allen Bietern zwangsläufig gleichwertige Leistungen zu er-warten sind, kommt es bei der Vergabe nicht allein auf den Preis an, sondern auf das **Preis-Leistungs-Verhältnis**. (Das gilt zwar – vgl. § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB – für alle Arten von Vergaben, aber von den förmlichen Bauausschreibungen kennt man es anders, weil von allen Bietern per Leistungsbeschreibung ein identisches Leistungsversprechen ver-langt wird.)
- Der Preiswettbewerb wurde zudem durch die **Honorarordnung** für Architekten und Ingeni-eure (HOAI) seit 1976 für immer mehr Leistungsbilder preisrechtlich beschränkt, so dass der Preis im Wettbewerb auf den HOAI-Mindestsatz hinausläuft.

### 3 Handhabung der Planervergaben in der Vergangenheit

#### 3.1 Regellosigkeit

Mangels Ausschreibungsgebot wurden Planungsleistungen lange Jahre eher regellos und oft scheinbar nach Gutdünken vergeben; zur praktischen Handhabung gab es – abgesehen von der Empfehlung bestimmter Vertragsmuster – nur wenige Hinweise, wie z. B. in der Gemeindekasse 153/1982:

*„Die Gemeinde sollte sich, bevor sie einem Architekten einen größeren Auftrag erteilt, vergewissern, ob er bereits bei anderen Bauträgern für ähnliche Bauvorhaben die Planungsarbeiten durchgeführt und die Bauausführung überwacht hat und wie seine Leistungen von den betreffenden Bauträgern beurteilt werden.“*

*„Aus dem für die Gemeinden geltenden Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (Art. 61 Abs. 2 GO) folgt, dass die vertraglichen Vereinbarungen über das Honorar sich innerhalb des für die betreffende Architektenleistung vorgesehenen Gebührenrahmens in angemessenen Grenzen halten müssen. In den meisten Fällen werden die Mindestsätze angemessen sein.“*

Für die überörtliche Prüfung wurde die Vergabe der Planerleistungen deshalb erst dann relevant, wenn gedankenloses Vorgehen zu Problemen führte.

In der Prüfungspraxis fanden sich Fälle, in denen der Architekt mit einem Zuschlagsschreiben aufgefordert wurde, ein Vertragsangebot vorzulegen; Vertragsangebote wurden ohne Prüfung und Verhandlung trotz ungünstiger Vertragsbedingungen gegengezeichnet, teils enthielten sie nur Vereinbarungen zum Honorar, aber nicht zur Leistung, teils waren schriftliche Verträge bei der Einweihung des Gebäudes noch nicht geschlossen.

Die Vergabe erfolgte teils exklusiv an ein ortsnahes Büro als „privates Bauamt“, das auch auf Zuruf unentgeltlich Kostenschätzungen lieferte und über die Bestandspläne verfügte, wodurch sich die Gemeinde abhängig machte. Das wurde keineswegs immer ausgenutzt, manchmal aber doch. Bei einer Stadt wurde nach politischem Proporz vergeben (jeder dritte Auftrag an den Ehemann einer Oppositions-Stadträtin), bei einer anderen wahlstrategisch (der beauftragte Architekt schonte dann als Chef der Rathausopposition den Bürgermeister im Wahlkampf), in einem Fall wurde das Sportzentrum einem Architekten aus dem Ruhrgebiet übertragen, den ein Gemeinderat im Urlaub kennengelernt hatte, und der Verfasser hat persönlich miterlebt, dass ein Architekt beauftragt wurde, weil er beim letzten Auftrag nicht überzeugt hatte („der hat noch was gutzumachen“ – vermutlich mit einem Honorarnachlass).

Eine Regelung war daher notwendig.

#### 3.2 Abmahnwesen

Die Einholung konkurrierender Angebote war aber auch ein vermintes Gebiet.

Mit Urteil vom 02.05.1991 – I ZR 227/89 verurteilte der BGH eine Stadt unter Androhung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft, Honoraranfragen zu unterlassen, die Ingenieurbüros zur Unterbietung der HOAI-Mindestsätze veranlassen könnten. Für eine Erschließungsmaßnahme hatte die Stadt mit der Anfrage ein Honorarberechnungsblatt übersandt, in dem prozentuale

Bewertungen der Leistungsphasen vorzunehmen waren. Da die HOAI deren Bewertung verbindlich vorgab, konnte die Anfrage nur auf eine Unterbietung der HOAI-Werte hinauslaufen und die Stadt, die das Berechnungsschema explizit vorgegeben hatte, konnte sich auch nicht auf Unkenntnis der HOAI berufen. Sie wurde daher als Störer nach dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb verurteilt.

Das Bayerische Staatsministerium des Innern erläuterte dazu mit Schreiben vom 28.11.1991, Az.: IB4-3036-33/41 (FSt 42/1992):

*„Architekten- und Ingenieurleistungen werden zwar nunmehr von der im Entwurf vorliegenden sog. EG-Dienstleistungsrichtlinie erfasst, wonach für diese Leistungen von einer bestimmten Größenordnung an ein stärkerer Wettbewerb vorgesehen ist. Davon abgesehen sind aber Architekten- und Ingenieurleistungen geistig-schöpferische Leistungen, so dass es unerwünscht ist, derartige Leistungen aufgrund von Ausschreibungen zu vergeben; unter bestimmten engen Voraussetzungen ist jedoch eine Ausschreibung nicht ausdrücklich verboten.“*

In der Folge haben Instanzgerichte die Rechtsprechung zum unlauteren Wettbewerb dahingehend ausgeweitet, dass Honoraranfragen schon dann zur Mindestsatzunterschreitung verleiten sollten, wenn die Vorgaben ungenau waren, z. B. weil wesentliche Honorarparameter wie Honorarzone und anrechenbare Kosten vom Anfragenden nicht angegeben wurden. Zur Entlastung sollte der Auftraggeber unter Vorlage der eingegangenen Angebote nachweisen, dass keines davon den Mindestsatz unterschritt. In der Folge wurden vielfach Gemeinden nach Angebotseinholungen durch die Kammern der Architekten und Ingenieure wegen mutmaßlicher Wettbewerbsstörung abgemahnt (wovon entsprechende Anfragen in unserem Archiv zeugen) mit der Folge, dass sie sich davor hüteten, überhaupt schriftliche Honoraranfragen an mehrere Architektur- oder Ingenieurbüros zu richten, wenn sie nicht eine umgehende Abmahnung riskieren wollten.

Es bedurfte erst eines erneuten BGH-Urteils, um die überzogene Störerhaftung zu begrenzen. Mit Urteil vom 15.05.2003 – I ZR 292/00 stellte der BGH fest, die Haftung setze die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfungspflichten voraus, die Einhaltung der HOAI im beruflichen Wettbewerb obliege aber zunächst den Architekten und Ingenieuren und nicht dem Auftraggeber.

Dadurch entspannte sich die Situation, aber naturgemäß dauert es eine Weile, bis es zu einer Änderung des Verhaltens kommt.

### **3.3 Vertrauensverhältnis versus Compliance**

Ein privater Bauherr, der mit einem Architekten zufrieden ist, wird diesen nicht ohne Not wechseln. Auch bei der öffentlichen Hand war lange Zeit Vertrauen mit langfristiger Geschäftsbeziehung verbunden.

Anfang der 90er Jahre kam allerdings auf, dass bei Baumaßnahmen der Abwasserentsorgung in großem Umfang Absprachen vorgekommen waren, in welche auch interne und externe Planer verwickelt waren. Dies führte zur Erstellung von Maßnahmenkatalogen gegen Korruption und Manipulationen (an denen wir mitgearbeitet haben). Sie sind inzwischen als Anlagen an die Korruptionsbekämpfungsrichtlinie angehängt (Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung, Bekanntmachung vom 13.04.2004, AllMBl S. 87). Hierzu gehören das Vier-Augen-Prinzip, aus dem die Pflicht zur kritischen Begleitung

der Planer durch die Projektleitung des Bauherrn resultiert, und das Rotationsprinzip, das auch eine angemessene Streuung der Aufträge unter den freiberuflichen Planern erfordert.

Das bedeutet aber nicht, dass ein Planer nicht mehrere Aufträge nacheinander bekommen darf; vielmehr soll sich Leistung lohnen und, wenn ein Planer weiß, dass gute Leistung und kooperatives Verhalten keinen Einfluss auf künftige Aufträge haben, hat er hierzu auch keinen Anreiz. Insbesondere gibt es keinen Grund, ins Gegenteil zu verfallen und ein Büro zu diskriminieren, nur weil der Büroinhaber an derselben Universität studiert hat wie der Stadtbaumeister.

Sinnvoll ist es, regelmäßig darauf zu achten, dass Planer unabhängig von Firmeninteressen sind und dass sie bei nicht ganz unbedeutenden Aufgaben nach § 1 des Verpflichtungsgesetzes auf die gewissenhafte Wahrnehmung ihrer Aufgaben bei der Beschaffung des Bauwerks verpflichtet werden.

## **4 Geregelte Planervergabe durch EU-Vergaberecht**

### **4.1 Einführung des geregelten Verhandlungsverfahrens**

Parallel zu dieser Entwicklung entstand ein geregeltes Vergabeverfahren für Planerleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte: Am 01.07.1993 trat die EG-Dienstleistungs-Koordinierungsrichtlinie vom 18.06.1992 mangels rechtzeitiger nationaler Umsetzung unmittelbar in Kraft. Dienstleistungen der Kategorie 12 – unter anderem „Architektur, technische Beratung und Planung“ – waren ab dem Schwellenwert von damals 200.000 ECU nach europaweiter Bekanntmachung zu vergeben. Die nationale Umsetzung erfolgte zum 01.11.1997 mit der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Sie wurde mehrfach novelliert und 2016 durch die Neuregelung der Vorschriften zur Vergabe der freiberuflichen Planungsleistungen insbesondere in Abschnitt 6 der Vergabeverordnung (VgV) ersetzt; der Schwellenwert beträgt für Gebietskörperschaften derzeit 221.000 €.

Das durch die EU eingeführte Vergabeverfahren ist für Planungsleistungen in der Regel das Verhandlungsverfahren nach europaweitem Teilnahmewettbewerb:

- Unter den nach der Veröffentlichung eingegangenen Bewerbungen werden nach vorher bekanntgegebenen Eignungskriterien diejenigen ausgewählt, die zu Vertragsverhandlungen eingeladen werden.
- Mit der Einladung zur Verhandlung werden regelmäßig, unter Vorgabe der anzubietenden Leistungsinhalte, Honorarparameter und Vertragsbedingungen sowie der Wertungskriterien, Angebote angefordert. Über diese werden getrennt Verhandlungsgespräche geführt.
- Die finalen Angebote werden gewertet und auf Grundlage des wirtschaftlichsten Angebots wird der Vertrag geschlossen. Die Entscheidungen sind nachprüfbar, wenn auch Beurteilungsspielräume anerkannt werden.

Auf vergaberechtliche Einzelheiten (z. B. was wann bekanntzugeben ist) müssen wir hier nicht eingehen; wir haben 2004 aufgrund eigener Beratungserfahrungen einen ausführlichen Leitfaden herausgegeben; seitdem haben sich aber Vergaberecht und Rechtsprechung umfangreich

weiterentwickelt und es hat sich ein Kreis einschlägiger Dienstleister zur Betreuung der EU-weiten Vergabeverfahren herausgebildet.

Die Aufgabenstellung bei Planervergaben unterhalb des EU-Schwellenwerts ist im Grundsatz dieselbe wie ab dem Schwellenwert:

- Aus dem Kreis der möglichen Bewerber sind diejenigen auszuwählen, die für die Aufgabe besonders geeignet sind (Bewerberauswahl), und
- Vertragsangebote sind insbesondere zur Konkretisierung des Leistungsversprechens auszuhandeln und
- aus den ausgehandelten Angeboten ist anhand einer wirtschaftlichen Wertung dasjenige zu bestimmen, welches das beste Preis-Leistungs-Verhältnis erwarten lässt und mit Vertragsschluss angenommen wird.

Insofern lassen sich aus den Erfahrungen bei EU-Vergabeverfahren durchaus Erkenntnisse für eine zweckmäßige Gestaltung der Vergabeverfahren unterhalb des Schwellenwerts gewinnen, insbesondere darüber, was man vor Auftragserteilung abfragen, verhandeln und bewerten kann.

#### **4.2 Schwierigkeiten der Planervergabe im EU-Bereich**

Im formalisierten Vergabeverfahren ist strikt zu trennen zwischen (einerseits) der Eignung des Bieters (= Büros), die im Teilnahmewettbewerb unter anderem anhand von Referenzen zu prüfen ist, und (andererseits) der Qualität der versprochenen Leistung, die im Rahmen der Angebotswertung bewertet wird.

Im europaweiten Teilnahmewettbewerb sieht sich der Auftraggeber vor der Notwendigkeit, aus der Vielzahl geeigneter Bewerbungen die besonders geeigneten herauszufinden, obwohl er die Teilnahmeschwelle möglichst niedrig setzen soll und die Auswahl anhand von formalen Kriterien treffen muss. In der Praxis führt dies zu rein quantitativen Bewertungen nach Anzahl der Referenzen, Umsatz und Größe der Büros und Passgenauigkeit der Referenzobjekte, vereinfacht: wer schon mehr ähnliche große Aufträge bekommen hat, kommt auch bei der neuen Vergabe zum Zuge.

Bei Teilnahmewettbewerben für große Projekte können diese Kriterien auch sachgerecht sein, für „gewöhnliche“ Projekte sind die Quantitäten weniger aussagekräftig, hier käme es mehr auf Qualitäten an. Eine qualitative Bewertung der Referenzobjekte (z. B. funktionale und ästhetische Qualität des Entwurfs, Wirtschaftlichkeit der Konstruktion, Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit der Ausführungsplanung, VOB-Konformität der Ausschreibungsunterlagen) ist aber im Teilnahmewettbewerb nicht möglich, da weder der Aufwand vertretbar noch die Objektivität der Beurteilung in dem Umfang sichergestellt ist, der einer Nachprüfung standhalten kann. Das ist derzeit unproblematisch, da die Anzahl der Bewerber aufgrund der Konjunktursituation gering ist, das könnte sich aber auch wieder ändern. Es muss jedenfalls klar sein, dass das übliche Verfahren nur Randaspekte der Eignung berücksichtigt, soweit mehr als die notwendige Mindest-Eignung festgestellt wird.

Gleiches gilt bezüglich der Bewertung der Qualität einer künftigen Leistung bei der Angebotswertung. Sie hängt wesentlich von der Zuverlässigkeit ab, mit der das Leistungsversprechen

erfüllt wird, und entzieht sich schon bei beschreibbaren Dienstleistungen wie der Gebäudereinigung einer verlässlichen Prognose. Deshalb werden stellvertretend Ressourcen, Erfahrungen und Arbeitsmethoden bewertet, deren Bereitstellung für die künftige Dienstleistung versprochen wird: Mitarbeiterstamm, IT-Ausstattung, Berufserfahrungen der Mitarbeiter, insbesondere bei einschlägigen Referenzobjekten, bürointerne Vorgehensweisen bei Bau-, Termin- und Kostenplanung usw. Diese Kriterien überschneiden sich mit den Eignungskriterien und müssen letztlich nur aus verfahrenstechnischen Gründen auseinandergehalten werden (die Bieterleistung als Eignung des Büros im Ganzen im Teilnahmewettbewerb, die Eignung der konkreten Projektmannschaft als Qualitätsversprechen bei der Angebotswertung). Dazu kommt, dass sich die Bewertung auf kaum nachprüfbare Selbstauskünfte und wenig aussagekräftige Referenzauskünfte stützen muss – z. B. können Termin- und Kostenüberschreitungen ebenso wie Baumängel viele Ursachen haben, so dass Rückschlüsse auf die Planerleistung kaum mit der geforderten Nachprüfbarkeit in einem Vergabeverfahren möglich sind.

Mit der Qualität der künftigen Leistung haben solche Stellvertreter-Kriterien wenig zu tun.

Für EU-weite Vergabeverfahren ist dieses Vorgehen trotzdem geeignet, denn der Vergabevergänger ist hier nicht eine Einkaufsentscheidung des Auftraggebers, sondern ein Wettkampf der Bieter um den Auftrag. Der Auftraggeber ist nur noch Schiedsrichter, nachdem er (im Rahmen seiner Gestaltungsmöglichkeiten) die Regeln des Spiels festgelegt und das Spiel eröffnet hat. Es ist sicherlich sachgerechter, einen Wettkampf nach den genannten Bedingungen durchzuführen, als den Auftrag dem Sieger eines Schach- oder Tischtennisturniers zu erteilen. Es ist aber fraglich, wie sinnvoll es ist, ein solches Verfahren bei Planervergaben unterhalb des Schwellenwerts anzuwenden.

Mit Planungswettbewerben kommt man einer Qualitätsentscheidung schon näher, indem nämlich die Entwurfsidee schon Gegenstand des Angebots ist. Allerdings benötigt ein Architekturbüro wenigstens drei völlig unterschiedliche Kompetenzen:

- die Fähigkeit, in Abstimmung mit dem Bauherrn aus Raumprogramm und Grundstück ein Gebäude mit einem zur Aufgabe passenden Raumgefüge und Baukörper zu formen,
- die Fähigkeit, dieses Gebäude nach den Regeln der Technik und des Baurechts gewissenhaft (sozusagen wasserdicht und feuersicher) durchzukonstruieren, und
- die Fähigkeit, es nach den Regeln des Bauvergabe- und -vertragsrechts entstehen zu lassen, d. h. die Bauleistung zu koordinieren, zu kontrollieren und gegebenenfalls im Rahmen der Architekturvollmacht durchzusetzen.

Im Architektenwettbewerb wird (grundsätzlich) die erste Kompetenz nachgewiesen. Auf die Schwierigkeiten bei der Durchführung EU-weiter Wettbewerbe gehen wir an dieser Stelle nicht ein. Bleibt die Auftragssumme einschließlich der Preisgelder unterhalb des EU-Schwellenwerts und ist die Aufgabenstellung (trotzdem) bedeutsam, sollte es immerhin möglich sein, Einladungswettbewerbe unter solchen Bietern durchzuführen, deren Eignung man vorab geprüft hat.

### **4.3 Fehler bei Planervergaben im EU-Bereich**

Die Schwierigkeiten des Verfahrens führen in der Praxis auch zu Fehlern, die nur bemerkt werden, wenn es zu einem Nachprüfungsverfahren kommt. Dann wird geprüft, ob Bieterrechte ver-

letzt wurden, aber nicht, ob das Verfahren zu einem wirtschaftlichen Angebot geführt hat. Das ist allerdings unser Prüfungsanliegen.

Bei Planervergaben im EU-Bereich bedienen sich Kommunen häufig externer Berater, welche in der Regel die rechtlichen Rahmenbedingungen hinsichtlich Transparenz und Gleichbehandlung sicherstellen. Die Beachtung dieser Anforderungen im Interesse der Bieter garantiert aber keineswegs die Erzielung wirtschaftlicher Angebote im Interesse des Auftraggebers. Der Auftraggeber muss sich hierbei in die Vorbereitung des Verfahrens selbst einbringen, seinen Leistungsbedarf fachlich definieren und seine Anforderungen formulieren.

Die Prüfungserfahrung zeigt, dass dies auch von fachkundigen Auftraggebern oft übersehen wird, sobald die Verfahrensbegleitung an Externe vergeben wurde. Um geeignete Angebote zu erzielen, muss man schon vor der Bekanntmachung festgestellt haben, wo die spezifischen Herausforderungen, die Schwerpunkte, Probleme und Zwänge der konkreten Aufgabe liegen werden. Um sich eine solche Vorstellung von der erwarteten Planungsleistung zu bilden, sind Fachkunde und fachliche Befassung mit der Aufgabenstellung notwendig. Ein fachkundiger Bauherr könnte sich diese Vorstellung z. B. mittels Testentwürfen bilden; wenn schon eine Machbarkeitsstudie vorliegt (was beim Bauen im Bestand grundsätzlich anzuraten ist), wäre sie gemeinsam mit dem Ersteller entsprechend zu analysieren. Auftraggeber, die mangels Fachkunde nicht wissen, was sie vom Planer fordern müssen, sollten im Vorfeld fachkundigen Rat einholen bzw. einen Berater auswählen, der diese Fachkunde mitbringt.

Bei einigen Vergabeverfahren haben wir festgestellt, dass der externe Berater nur ein zweistufiges Auswahlverfahren organisiert und es dem Auftraggeber überlassen hat, mit dem Auserwählten („preferred bidder“) die Vertragsbedingungen samt Honorar zu verhandeln. Dies bringt den Auftraggeber in eine denkbar ungünstige Verhandlungsposition (zum Teil wurden in solchen „finalen“ Verhandlungen auch noch wettbewerbsrelevante Änderungen vorgenommen). Die Ursache dafür war ein Kurzschluss aufgrund der Vorgabe in § 16 Abs. 1 der VOF in der alten Fassung 1997 und 2002 (bzw. § 11 Abs. 6 der Fassung 2009), der Auftrag sei an das Büro zu erteilen, das „die bestmögliche Leistung erwarten lässt“ (die VgV 2016 verwendet in § 76 Abs. 1 den Begriff „Leistungswettbewerb“). Ihr lag unausgesprochen die Annahme zugrunde, dass sich das Honorar in engen Grenzen aus der HOAI ergeben würde. Die Angebotswertung muss aber das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ermitteln, und dazu müssen zuschlagsreif ausgehandelte Angebote vorliegen (so § 11 Abs. 6 der VOF in der Fassung 2009), die folglich alle Vertragsbestandteile umfassen, also Preis, Leistung und Vertragsbedingungen. Dass der Preis nur sehr untergeordnet gewichtet werden dürfe, ist schon bei HOAI-gebundenen Leistungen angesichts der geringen Bestimmbarkeit der Leistungsunterschiede ein Denkfehler und bei Leistungen außerhalb des Regelungsbereichs der HOAI doppelt falsch. (Bei Projektsteuerungsleistungen haben wir schon Preisunterschiede von ca. 100 % unter den Angeboten gleich renommierter Büros gefunden.)

Bei einigen Vergabeverfahren haben wir festgestellt, dass die in den Verhandlungen abgegebenen Versprechen hinsichtlich der bereitzustellenden Ressourcen und Arbeitsmethoden (z. B. spezieller Verfahren zur Kostensteuerung) überhaupt nicht in den Vertrag einbezogen wurden und dann nicht als Vertragspflicht durchsetzbar waren. Teilweise wurden aber in der Angebotswertung nicht einmal die vorgestellten Leistungen bewertet, sondern nur deren Präsentation, also die Qualität der Show. (Man darf zu einem gewissen Anteil auch den persönlichen Eindruck der vorgestellten Bearbeiter bewerten, aber dann zusätzlich, und nicht anstelle der abgefragten Informationen.)

Die Lehre aus diesen Fehlstellungen ist, dass schon in EU-Vergabeverfahren über dem Einhalten der Verfahrensregelungen leicht übersehen wird, dass die Einhaltung der Regeln nicht das Ziel, sondern nur eine Randbedingung bei der Erreichung wirtschaftlicher Ergebnisse ist.

## **5 Überlegungen für sachgerechte Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwerts**

Unterhalb des EU-Schwellenwerts ist Vergaberecht vorrangig eine Konkretisierung des kommunalrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots. Auch unterhalb des Schwellenwerts muss das Vergabeverfahren fair sein, damit nachhaltig Wettbewerb möglich ist, da düpierte Bieter am Wettbewerb irgendwann nicht mehr teilnehmen. Ein fairer Wettbewerb wird die Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung als notwendige Randbedingung einschließen. Fairness ist aber nicht dasselbe wie Formalismus. Gerade der Formalismus, der sich aufgrund zahlreicher Nachprüfungen in europaweiten Vergabeverfahren herausgebildet hat, wird von vielen Bietern nicht als transparent, sondern vielmehr als undurchschaubar und abschreckend empfunden und birgt die Gefahr einer Aufteilung des Marktes in öffentliche und private Aufträge als getrennte Sektoren. In der Beratungspraxis entsteht auch der Eindruck, der Umgang zwischen Planern und Bauherrn habe sich dadurch verändert, dass ein kooperatives Verhalten keinerlei erkennbare Auswirkungen auf künftige Auftragsvergaben hat.

Wie erwähnt erfordert ein sachgerechtes Vergabeverfahren unabhängig vom Auftragswert

- die Wahl geeigneter Bewerber,
- Verhandlungen über den Vertrag insbesondere zur Konkretisierung des Leistungsversprechens,
- die wirtschaftliche Angebotsbewertung unter Berücksichtigung von Preis und Leistung.

Die Erfahrungen aus der Entwicklung der EU-weiten Verhandlungsverfahren für freiberufliche Leistungen sollten sich auch für unterschwellige Verfahren nutzen lassen, aber einige Gründe sprechen dagegen, die Regeln der europaweiten Verfahren „eins-zu eins“ auf die unterschweligen Vergaben zu übertragen.

### **5.1 Verhältnismäßigkeit**

Seit 2016 ist Verhältnismäßigkeit als Vergabegrundsatz im GWB genannt (§ 97 Abs. 1).

Der EU-Schwellenwert für Dienstleistungen von derzeit 221.000 € ist für den Zweck des europaweiten Wettbewerbs mangels grundsätzlicher Fortschreibung bei weitem zu niedrig geworden. Schon bei Gebäuden mit anrechenbaren Kosten ab ca. 2 Mio. € sind die Architektenleistungen in der Regel europaweit auszuschreiben; sollten alle Planungsleistungen zusammenzurechnen sein (was unseres Erachtens unzutreffend teilweise vertreten wird), bleiben nur noch unbedeutende Aufträge übrig. Insoweit stellt sich die Frage, wie viel Bürokratie und For-

malismus unterschwellige Aufträge rechtfertigen, zumal im Hinblick auf die damit gegebenenfalls verbundenen Beraterkosten. Die Beratungskosten für die europaweite Vergabe freiberuflicher Planungsleistungen liegen erfahrungsgemäß in der Größenordnung von ca. 10.000 €.

Nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit sollte der Aufwand für ein Vergabeverfahren nicht größer sein als der damit erzielte wirtschaftliche Vorteil. Im Vergaberecht kommt dies leider nicht mehr zur Sprache. In § 3 Nr. 3 Abs. 1 a) der VOB/A (2006) war dieser Gesichtspunkt noch erwähnt, als z. B. die öffentliche Ausschreibung schon mit der bloßen Veröffentlichung Mehrkosten gegenüber der beschränkten verursachte, die durch den Preisvorteil aufgrund des breiteren Wettbewerbs wieder eingespielt werden mussten. Dies setzte eine gewisse Auftragssumme voraus, die in der Praxis als Wertgrenze angegeben werden konnte. Diese Überlegung wurde aber in der „unterschwelligen“ VOB/A durch unkommentierte, „politische“ Wertgrenzen abgelöst, die zudem aufgrund des vorrangigen Landesrechts nicht maßgeblich sind.

Der VOL/A-Nachfolger „Unterschwelvenvergabeordnung“ (UVgO) gibt sich in § 50 in Bezug auf freiberufliche Aufträge erfreulich unbürokratisch, aber auch nicht ganz verständlich: Es ist nämlich *„so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder den besonderen Umständen möglich ist“*. Soll man das wörtlich nehmen: Wenn für eine schwierige Aufgabe nur drei Büros geeignet sind, holt man drei Angebote ein – sind aber für eine gewöhnliche Aufgabe 50 Büros geeignet, dann soll man 50 Angebote anfordern? Um anschließend Leistungsunterschiede anhand von Kriterien festzustellen, auf die es bei der Gewöhnlichkeit der Aufgabe gar nicht ankommen kann? Gemeint ist sicher *„wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich und wirtschaftlich zielführend ist“*.

Aber auch wenn man nur drei Angebote einholt, muss man sich mit bestimmten Schwierigkeiten auseinandersetzen.

## 5.2 Bewertung von Eignung und Leistung

Die in EU-weiten Verfahren zur Prognose der Leistungsqualität angewandten Kriterien zielen in der Regel auf größere und schwierigere Aufträge, die entsprechend größere und erfahrenere Büros erfordern.

Besondere Anforderungen kann es auch bei Aufträgen unterhalb des Schwellenwerts geben, insoweit sind auch hier bestimmte Mindestanforderungen festzulegen.

So ist z. B. zu berücksichtigen, dass Architekturbüros, die regelmäßig für private Investoren bauen, nicht unbedingt mit den vergabe- und haushaltsrechtlichen Randbedingungen öffentlicher Baumaßnahmen vertraut sind (Ingenieurbüros im Tiefbau in der Regel schon, weil hier die öffentliche Hand als Auftraggeber vorherrscht). Besondere Anforderungen sind auch hinsichtlich der Nutzung (Schulbau, Versammlungsstätte) oder vorhandener Baukonstruktionen (Sanierung, Denkmalschutz), Baurecht (Abstandsflächen, Brandschutz) usw. möglich. Diese Anforderungen sollten schon bei der Auswahl der Büros für die Angebotsabgabe berücksichtigt werden. Auch wenn hier nicht wie bei Bauaufträgen nach VOB/A gilt, dass die Bieterprüfung vor der Angebotseinholung zu prüfen ist und danach nur noch neu aufgetretene Tatsachen berücksichtigt werden dürfen, ist es doch nicht sinnvoll, erst drei Angebote von Architekturbüros einzuholen, um dann zweien mitzuteilen, dass sie von vornherein nicht die nötige Qualifikation für die Aufgabe haben.

Ein Überbieten der Mindestanforderungen belegt aber nicht, dass eine bessere Leistungsqualität erwartet werden kann. Die Aufteilung der Eignungsprüfung in einen bürospezifischen Teil bei der Bieterauswahl und einen bearbeiterspezifischen Teil bei der Angebotsprüfung analog dem VgV-Verfahren ist unter dem Schwellenwert nicht zielführend. Bei der Prüfung der Eignung vor Angebotsabgabe kann ja bereits mit abgefragt werden, ob das Büro auch für die konkrete Aufgabe nach Personal, Auslastung, Arbeitsweise usw. die notwendigen Voraussetzungen mitbringt.

Der Auftraggeber kann sich aufgrund eigener Erfahrungen und Referenzauskünfte ein Bild von der Zuverlässigkeit und Kooperationsfähigkeit des Planers machen. Dies allerdings so nachprüfbar festzustellen, dass er zwei Bietern wegen geringerer Eignung absagen kann, nachdem er zuerst mit ihnen zuschlagsreife Vertragsangebote ausgehandelt hat, ist nur eingeschränkt und mit viel Aufwand möglich. Will man aber nach Verhandlungen mit drei Bietern zweien absagen, weil man von ihnen eine weniger gute Leistung erwartet, braucht man schon stichhaltige Argumente.

### 5.3 Preiswettbewerb

Hat man drei Bewerber als gleichwertig hinsichtlich der zu erwartenden Leistung ermittelt, kann man die Entscheidung vom Preis abhängig machen. Bei unterschwelligen Angebotseinholungen waren aber folgende Probleme festzustellen:

- Wissen die Planer, dass Konkurrenzangebote eingeholt werden, verleitet dies zu Mindestsatzunterschreitungen. Der Auftraggeber muss dann die Planer (zum Missvergnügen des Gremiums) auf den HOAI-Mindestsatz hochkorrigieren bzw. -verhandeln. Davon unabhängig besteht die Gefahr, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter eine Mindestsatzunterschreitung behauptet; die HOAI bietet hierfür genügend Konfliktpunkte. Es ist daher sinnvoller, dass der Auftraggeber selbst oder zusammen mit einem Planer den Mindestsatz vorab feststellt und dies nicht einem Preiswettbewerb überlässt.
- Preisliche Spielräume bestehen (siehe oben) zwischen Mindest- und Höchstsatz sowie bei Besonderen Leistungen und Nebenkosten. Besondere Leistungen können auch bei Standardaufgaben sinnvoll sein, wie z. B. eine Kostenberechnung nach Mengengerüst in der Leistungsphase 3, ein Kostenanschlag vor Baubeginn aus bepreisten Leistungsverzeichnissen und Leitpositionen für die Leistungsbereiche, zu denen noch keine Leistungsverzeichnisse bestehen usw.; hierbei handelt es sich wohlgerne nicht um die Qualität der versprochenen Leistung, sondern um deren Umfang. Hier besteht die Möglichkeit preislicher Unterschiede, bei gleichwertigen Büros und gleichem Interesse am Auftrag ist es aber nur eine Frage der Verhandlungen, letztlich auch gleichwertige Angebote zu erzielen. Wie soll man dann zu einer eindeutigen Vergabeentscheidung kommen?
- Verbleiben dennoch Preisunterschiede, die im Einzelfall eine Entscheidung ermöglichen, dann ist doch fraglich, wann ein geringer Preisunterschied bei annähernd gleich eingeschätzter Leistung ein sachgerechtes Entscheidungskriterium im Sinne eines nachhaltigen Wettbewerbs sein kann. Wenn ein Büro mehrfach den Auftrag verloren hat, weil es z. B. höhere Stundensätze als die anderen Bieter für die unvorhergesehenen Leistungen angegeben hat – die dann auch nur in geringer Zahl bei wenigen Aufträgen zur Ausführung kamen – oder weil es im Gegensatz zu anderen (ortsnäheren) nicht auf Nebenkostenersatzung verzichtet hat, wird es sich entweder nicht mehr am Wettbewerb beteiligen oder es wird sich doch eine Wettbewerbssituation entwickeln, bei der sich alle Bieter auf das glei-

che Mindesthonorar verhandeln lassen (vorausgesetzt, dass Wettbewerb zu erzielen ist, was bei der derzeitigen Konjunktur nicht garantiert ist). Es wäre sachgerechter, die Aufträge gleich unter diesen Büros zu streuen. Das gilt wohlgerne für geringfügige Preisunterschiede, d. h. innerhalb eines bestimmten Toleranzrahmens vom HOAI-Mindestsatz.

Insoweit wäre es oft zweckmäßiger, aufgrund einer Ermittlung dreier geeigneter Planer zunächst nur mit einem auf der Grundlage des HOAI-Mindestsatzes über den konkreten Vertrag zu verhandeln, und erst dann weitere Angebote einzuholen, wenn eine Einigung darüber nicht zu erzielen ist.

#### **5.4 Folgerung**

Die Bewertung des Preis-Leistungsverhältnisses läuft im Kern darauf hinaus, dass ein Bieter um so viel teurer sein darf, wie seine Leistung besser ist. Der hohe Bewertungsspielraum und die hohen Prognoseunschärfen bei der Bewertung der zu erwartenden Leistung wirken sich folglich so aus, dass geringfügige Honorarunterschiede nicht das entscheidende Vergabekriterium sein können.

Aufgrund des niedrigen EU-Schwellenwerts bleiben für die unterschwelligen Vergaben überwiegend Aufgaben, die von einer Vielzahl von Bietern erfüllt werden können, sofern man eine sachgerechte Vorauswahl getroffen hat. Deshalb ist auf Grundlage der üblichen Kriterien zwar eine Vorauswahl unter den möglichen Bewerbern möglich, aber kaum die Feststellung vergaberelevanter Qualitätsunterschiede anhand der zu stellenden Anforderungen.

Es ist sicherlich trotzdem möglich, eine Angebotseinholung so zu gestalten, dass man einen Verfahrensgewinner bekommt. Dies kann durch eine Bewertungsmatrix geschehen, wie im VgV-Verfahren, oder durch Einzelvergleich jeweils eines Angebots mit einem anderen (wie im Fußballturnier). Man erzielt damit aber keine belastbare Aussage über die Qualität der Leistung und die Wirtschaftlichkeit des Ergebnisses, erst recht, wenn die Aufgabe keine überdurchschnittlichen Anforderungen stellt, und man wird sich schwertun, die unterlegenen Bieter vom Ergebnis der Wertung zu überzeugen.

Deshalb ist ein hoher Aufwand an Formalismus nicht zielführend; es ist sinnvoller, die Aufträge zwischen den geeigneten Büros angemessen zu streuen, wobei bei einfacheren Aufgaben Neulinge eine Chance bekommen sollen, während sich bei schwierigeren Aufgaben gute Leistung lohnen soll. Aufgaben von besonderem Gewicht fallen in der Regel ohnehin unter das EU-Vergaberecht. (Das schließt nicht aus, dass auch bei Maßnahmen im unterschwelligen Bereich besondere Anforderungen vorkommen können, die ein Vorgehen in Anlehnung an die VgV-Verfahren nahelegen; aber diese können nicht der Maßstab sein.)

Transparenz und Gleichbehandlung sind auch unterhalb der EU-Schwelle sicherzustellen; wettbewerbsrelevant ist aber nicht die Einhaltung von Formalien, sondern dass die Bieter sich fair behandelt fühlen und auch künftig am Wettbewerb beteiligen. Das ist insoweit von Bedeutung, als der Einzugsbereich der Bewerber auch überschaubarer ist als bei einem europaweiten Verfahren. Es dürfte für ein nicht zum Zug gekommenes Büro leichter zu verstehen sein, dass ein Auftraggeber aufgrund der eingeholten Auskünfte zunächst mit einem anderen Büro verhandeln möchte – zumal mit der Aussicht, bei einem der nächsten Aufträge die Chance zu Verhandlungen zu bekommen –, als wenn das Büro aufgrund einer Einladung zu Verhandlungen

gen die Maßnahme kalkuliert, die Abläufe disponiert und den Vertrag im Einzelnen ausgehandelt hat, um dann doch leer auszugehen aufgrund vermeintlicher Unterschiede der prognostizierten Leistung, und dies womöglich in mehreren Vergabeverfahren.

Die nun gegebenen Vorschriften erlauben Vergabeverfahren, die auf wirtschaftliche Ergebnisse ohne unnötige Bürokratie abzielen; sie müssen aber auch mit Überlegung beachtet werden.

## 6 Die Regelungen der neuen IMBek

Die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration vom 31.07.2018 (Az.: B3-1512-31-19) wurde im Allgemeinen Ministerialblatt vom 31.08.2018 (S. 547 - 553) veröffentlicht. Sie war schon am 18.05.2018 vorab per Rundschreiben den kommunalen Spitzenverbänden und den Verbänden der Bauwirtschaft und der Architekten und Ingenieure mitgeteilt und mit ihren Erleichterungen zur Anwendung zugelassen worden. Sie enthält insbesondere folgende Regelungen (Hervorhebungen durch den Verfasser):

„(...)

- 1.11.3 *Aufträge für freiberufliche Dienstleistungen sind grundsätzlich im **Wettbewerb** und unter Beachtung des Haushaltsgrundsatzes der **Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit** zu vergeben. Ein ausreichender Wettbewerb ist gewährleistet, wenn mindestens drei Bewerber aufgefordert werden, ein Angebot in Textform abzugeben, oder unter den Voraussetzungen der Nrn. 1.11.4 bis 1.11.8 eine vereinfachte Vergabe durchgeführt wird. Die Gründe für die Auswahl des erfolgreichen Bewerbers sind zu dokumentieren.*
- 1.11.4 *Aufträge mit einem voraussichtlichen Gesamtwert (einschließlich Nebenkosten) **bis 10.000 Euro** (ohne Umsatzsteuer) können unter Beachtung des Haushaltsgrundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit direkt an einen geeigneten Bewerber vergeben werden.*
- 1.11.5 *Freiberufliche Dienstleistungen, deren Honorare **verbindlich in der Honorarordnung** für Architekten und Ingenieure (HOAI) geregelt sind, können unter Beachtung des Haushaltsgrundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bis zu einem voraussichtlichen Gesamtauftragswert (einschließlich Nebenkosten, einem eventuellen Umbauschlag und zusätzlichen und/oder besonderen Leistungen unterhalb des zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden EU-Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen (ohne Umsatzsteuer) nach Verhandlung mit nur einem geeigneten Bewerber vergeben werden. Voraussetzung ist, dass der Aufforderung dieses Bewerbers zur Angebotsabgabe eine Eignungsanfrage bei mindestens drei möglichen Bewerbern vorausgegangen ist. Der Bewerber, mit dem verhandelt werden soll, muss nach sachgerechten Kriterien ausgewählt werden. Die für die Auswahl maßgeblichen Erwägungen sind zu dokumentieren. Mögliche Anforderungen der Eignungsanfrage sind zum Beispiel:*
- *geeignete Referenzen über früher, insbesondere für öffentliche Auftraggeber ausgeführte Aufträge (zum Beispiel Einhaltung der Kostenprognosen, termingerechte Lieferung der Pläne, mangelfreie Planung, VOB-konforme Ausschreibungen)*

- *Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen*
- *Maßnahmen zur Qualitätskontrolle der eigenen Leistung*
- *Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung*
- *durchschnittliche jährliche Beschäftigtenzahl in den letzten drei Jahren*
- *Angaben zur Ausstattung, über die der Bewerber für die Ausführung des Auftrags verfügt*
- *Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung in geeigneter Höhe*

*Die Anforderungen sind bei geeigneten Aufgabenstellungen so zu wählen, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger sich beteiligen können.*

*1.11.6 Bis zu einem geschätzten Gesamtauftragswert (einschließlich Nebenkosten, einem eventuellen Umbauschlag und zusätzlichen und/oder besonderen Leistungen) von **100.000 Euro** (ohne Umsatzsteuer) können die in Nr. 1.11.5 genannten Dienstleistungen nach Eignungsanfrage und Auftragsverhandlung mit nur einem geeigneten Bewerber vergeben werden.*

*1.11.7 Die vereinfachte Vergabe nach den Nrn. 1.11.5 und 1.11.6 ist nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig:*

- *Die Grundleistungen werden nach den Mindestsätzen der entsprechenden Honorarzone honoriert,*
- *Nebenkosten werden höchstens mit einem Anteil von 4 % und ein Umbauschlag höchstens mit einem Anteil von 20 % des Honorars für die Grundleistungen vereinbart,*
- *zusätzliche und/oder besondere Leistungen dürfen einen Anteil von 10 % des Gesamtauftragswertes nicht überschreiten,*
- *der Bewerberkreis ist regional zu streuen und regelmäßig zu wechseln und dies ist zu dokumentieren.*

*(...)*

Das Ministerium weist abschließend darauf hin, dass bei binnenmarktrelevanten Aufträgen EU-Primärrecht einzuhalten ist, der Dokumentation der Vergabeverfahren künftig erhebliches Gewicht zukommen wird und der Bayerische Oberste Rechnungshof sich vorbehalten hat, die praktische Umsetzung der Vorgaben zu gegebener Zeit zu untersuchen.

## 7 Hinweise und Empfehlungen zur Anwendung der Vorschriften

Der Wettbewerbsgrundsatz und der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gelten auch für Planerverträge.

Der **Wettbewerbsgrundsatz** erfordert es, dass unter den Marktteilnehmern eine sachgerechte Auswahl getroffen wird, wer zur Angebotsabgabe eingeladen wird. Dazu ist eine Marktrecherche erforderlich, deren Form nicht vorgeschrieben ist. Dies könnte ein Suchverfahren sein, in dem Interessenten öffentlich zur Bewerbung aufgefordert werden, aber auch Recherchen in Veröffentlichungen und bei anderen Kommunen, die ähnliche Aufträge zu vergeben hatten.

Der **Wirtschaftlichkeitsgrundsatz** erfordert es, dass das zum Auftrag vorgesehene Angebot aufgrund einer Prüfung als wirtschaftlich beurteilt werden kann. In der Regel ist diese Prüfung nur mittels Gegenangeboten möglich, bei HOAI-gebundenen Leistungen ist vom Mindestsatz auszugehen und die Leistung zu beurteilen.

Da für die Wirtschaftlichkeit von Planungsleistungen **das Preis-Leistungs-Verhältnis** maßgeblich ist und die künftige Leistung, wie dargestellt, nur mit relativ hoher Unschärfe beurteilt werden kann, kommt es auf geringe Preisunterschiede nicht an. Dies rechtfertigt die relativ hohen Toleranzschwellen der Regelung:

Bei **Bagatellaufträgen** unter 10.000 € (netto) ist kein Gegenangebot erforderlich, aber die Wirtschaftlichkeit ist natürlich trotzdem zu prüfen. Das kann z. B. anhand von Erfahrungswerten aufgrund vergleichbarer früherer Aufträge oder fachkundigen Kalkulationsüberlegungen (Zeitaufwand x Stundensatz) geschehen, nachdem vorher bereits festgestellt wurde, dass von dem Büro eine ordnungsmäßige Leistung erwartet werden kann. Beide Überlegungen sind zu dokumentieren. Für Kommunen, die häufiger Aufträge vergeben, wird dies naturgemäß einfacher sein als für Kommunen, die längere Zeit keinen solchen Auftrag zu vergeben hatten und dann entsprechende Recherchen anzustellen oder doch wenigstens ein Gegenangebot einzuholen haben. Auch für die größeren Kommunen wird es sinnvoll sein, ihre Vergleichswerte in bestimmten Abständen durch konkurrierende Angebotseinholung zu aktualisieren, um allmähliche Preiserhöhungen aufgrund fehlenden Wettbewerbs zu verhindern; außerdem kann bei Leistungen, die ohne großen Aufwand kalkuliert werden können, auch unter 10.000 € eine Angebots-einholung zweckmäßig sein.

Bei **HOAI-gebundenen Leistungen** ist auch über 10.000 € (netto) kein Gegenangebot erforderlich, wenn der Auftrag zum HOAI-Mindestsatz erteilt wird. Allerdings verlangt die Regelung nicht den „nackten“ Mindestsatz, sondern gibt auch hier einen preislichen Toleranzrahmen hinsichtlich Nebenkosten, Besonderen Leistungen und Umbauzuschlag. Auch hierbei muss zuerst festgestellt worden sein, dass eine dem Preis entsprechende Leistung erwartet werden kann.

Als Mittel dazu hat die Regelung die **Eignungsanfrage** festgelegt. Hierbei werden von den angefragten Büros Auskünfte zu Ressourcen und Leistungserbringung gefordert. Sie zielen auf dieselben Inhalte, die auch in europaweiten Verfahren verlangt werden, es wird jedoch auf die künstliche Trennung zwischen der Eignung des Büros als Ganzem einerseits und der Eignung des konkreten Projektteams andererseits verzichtet, die im VgV-Verfahren aufgrund dessen Zweistufigkeit geboten ist. Ein Teil der Angaben dient deshalb dazu, die Mindestanforderungen für die Aufgabe zu überprüfen, die bei unerschwelligen Aufträgen keine allzu hohe Hürde sein

dürften – wie z. B. Ausbildungsnachweise, Beschäftigtenzahl, Ausstattung und Haftpflichtversicherungen. Ein anderer Teil soll Rückschlüsse auf die zu erwartende Leistung ermöglichen, wie die Referenzen und Maßnahmen hinsichtlich der Sicherstellung von Qualität, Kosten und Terminen sowie der Einhaltung der vergabe- und haushaltsrechtlichen Randbedingungen. Die Referenzen sollten wenigstens stichprobenweise durch Nachfrage überprüft werden.

Bis zu einer Auftragssumme von 100.000 € (netto) wird nur eine (positive) Eignungsanfrage gefordert, zwischen 100.000 € und dem EU-Schwellenwert deren drei. Dies setzt natürlich voraus, dass man vor der Eignungsanfrage bereits nach geeigneten Büros Ausschau gehalten und aufgrund der hierbei gewonnenen Informationen eine Vorauswahl getroffen hat. Es ist also zu dokumentieren, welche Büros in Betracht gezogen wurden und aufgrund welcher Überlegungen die Vorauswahl getroffen wurde. Kommunen, die häufiger Aufträge zu vergeben haben, werden sich anhand der anstehenden und der bereits vergebenen Aufträge sowie der in Betracht gezogenen Büros eine sachgerechte Streuung überlegen. Die Eignungsanfrage benötigt also eine Vorbereitung; hierzu gehören auch die Schätzung des Honorars und die Überlegungen, auf welche Anforderungen es bei der Aufgabe besonders ankommen wird. Anzustreben wäre, dass der Auftraggeber aufgrund der Aufgabenstellung auf Grundlage eines bewährten Vertragsmusters bereits eine Vorstellung von dem Vertrag entwickelt, über den er verhandeln wird, und diese den Bewerbern schon bei der Eignungsanfrage mitteilt.

Anhand der Ergebnisse der Eignungsanfrage trifft die Kommune die Entscheidung, mit welchem Büro sie über den Vertrag verhandeln will. Die Verhandlungen dienen nicht nur der Honorarvereinbarung, sondern der Herbeiführung eines übereinstimmenden Vertragswillens hinsichtlich Leistung, Preis und Vertragsbedingungen. (Die Kommune ist keineswegs daran gehindert, mit mehreren Büros zu verhandeln, wenn größere Unterschiede in Preis und Leistung zu erwarten sind.) Beim Vertragsschluss ist insbesondere auf die schon erwähnten kommunalen Anforderungen an die Leistung zu achten, aber auch auf Randbedingungen wie die stufenweise Vergabe, Vertretungsregelungen und Entscheidungsabläufe.

Um die Aufträge sachgerecht zu streuen, sollte die Kommune eine Übersicht sowohl über die vergebenen als auch über die in nächster Zeit anstehenden Planeraufträge führen.

Da die wesentlichen Entscheidungen Sache des Beschlussgremiums sind, sollte das Zusammenspiel von Verwaltung und Gremium bei der Vergabe von Planungsleistungen in einer Dienstanweisung geregelt werden. Bevor das Gremium den Auftrag an ein bestimmtes Büro beschließt, muss erst ein Vergabeverfahren nach den oben genannten Vorschriften durchgeführt werden. Das Vorgehen könnte für den Regelfall folgendermaßen festgelegt werden:

- Nach Billigung des Baubedarfs und Entscheidung über den Eintritt in die Planung durch das Gremium stellt die Verwaltung die Projektorganisation auf, d. h. sie stellt die notwendigen Planungsleistungen, den Meilensteinplan und den Kostenüberschlag zusammen und schätzt den Auftragswert der Planung.
- Erreicht der Auftragswert den EU-Schwellenwert nicht, legt die Verwaltung dem Gremium schon aufgrund ihrer Markterkundung eine Auswahl infrage kommender Büros mit vorläufiger Rangfolge, die vorgesehene Eignungsanfrage und die Eckdaten des Vertrags vor.

Das Gremium beauftragt die Verwaltung, die Eignungsanfrage an das oder die ausgewählten Büros zu senden und dann mit dem geeignetsten Büro den Vertrag auszuhandeln. Das Gremium kann die Verwaltung schon ermächtigen, den Vertrag abzuschließen, soweit er den beschlossenen Eckdaten entspricht.

- Kommt der Vertrag nicht mit den vorgesehenen Eckdaten zustande, ist mit weiteren Büros entsprechend der Rangfolge zu verhandeln und das Ergebnis ist dem Gremium zur Billigung vorzulegen, bevor der Vertrag unterschrieben werden kann.

Es bleibt abzuwarten, welche Erfahrungen mit diesen Regelungen gemacht werden (und wie lange die HOAI-Mindestsätze noch Bestand haben). Wir werden die Entwicklung bei unseren Prüfungen verfolgen und bei Bedarf gerne dazu beraten.