



Andreas Ziegler

Aktuelles zur Vergabe von Planer- und Architektenleistungen

Oder: „Macht Ihnen das eigentlich Spaß?“

Diese Frage hat mir bereits vor einigen Jahren ein Mandant in einem meiner ersten großen Vergabeverfahren gestellt, das ich federführend betreuen durfte. Ich habe die Frage seinerzeit mit „Ja. Meistens.“ beantwortet und würde die Antwort heute auch immer noch so geben. Zugegeben, die Vergabe von Planer- und Architektenleistungen hat wie alle Vergaben ihre Zwänge, Längen und Hürden. Ich begreife Vergaberecht aber nicht nur als lästiges Erfordernis und formale Hürde, sondern immer auch als konstruktive Möglichkeit, bereits in einem sehr frühen Stadium eines Projektes die Weichen richtig zu stellen.

Dieses Verständnis kann gerade im Bereich Bau- und Stadtentwicklung nicht nur hilfreich sein, sondern ist vielfach auch erforderlich. Stadtentwicklung und Städtebau stehen wie viele Bereiche des öffentlichen Lebens aktuell wieder einmal vor großen Herausforderungen. In die Jahre gekommene Wirtschaftswunderbauten, ein nach wie vor nicht gesättigter Hunger nach Bauland gerade in Ballungszentren und die Bedürfnisse nachhaltiger und zukunftsgerichteter Stadtentwicklung im Zeichen des Klimawandels muss die öffentliche Hand (auch) unter Berücksichtigung vergaberechtlicher Erfordernisse bewältigen. Der vergaberechtliche Instrumentenkasten steht dem Einkauf erforderlicher Planer- und Ingenieurleistungen dabei nicht im Weg. Tatsächlich kann das Vergaberecht sogar helfen, Projekte zu strukturieren und abarbeitbar zu gestalten.

Die Herausforderungen bei der Vergabe gerade von Planer- und Architektenleistungen habe ich zum Zwecke dieses Beitrags nachfolgend in

- inhaltliche,
- wettbewerbliche und
- verfahrensrechtliche Herausforderungen

gegliedert, und ich will auch versuchen, Ideen und Wege zu deren Bewältigung zu skizzieren.

Inhaltliche Herausforderungen

Unter dem Schlagwort nachhaltiger Stadtentwicklung stellen sich in Deutschlands Regionen mannigfaltige Herausforderungen. Vor dem Hintergrund von Klimawandel, Klimaschutzgesetz und gesellschaftlichen Entwicklungen braucht es für Energiewende, Mobilitätswende, innovative Quartierskonzepte etc. konstruktive Lösungen. Das Vergaberecht steht der Beauftragung kluger Köpfe und Experten dabei nicht entgegen. Seit mehreren Jahren bereits erlaubt das Vergaberecht ausdrücklich, Nachhaltigkeitskriterien bei der Vergabe zu berücksichtigen. Aus den seinerzeit

„vergabefremden“ Zwecken sind heute anerkannte Sekundärziele geworden.¹

Diese Nachhaltigkeitsziele können in frühen Projektphasen und damit gerade auch bei der Vergabe von Planerleistungen Berücksichtigung finden, seien es Verkehrsanalysen und -planungen, Machbarkeitsstudien für Quartiere oder klassische Architekten- und Ingenieurvergaben im Hoch- und Tiefbau. Die entsprechenden Nachhaltigkeitsziele, wie Energieeinsparung, Verkehrsreduzierung, Steigerung von Grünflächen, Cradle to Cradle etc., können vergabetechnisch auf unterschiedlichen Wegen in die eigentlichen Planungsleistungen eingebracht werden:

- in Vertrag/Leistungsbeschreibung: durch inhaltliche und qualitative Vorgaben an die Planungsziele und -methoden (z. B. spätere Gebäudezertifizierung als Planungsziel),²
- bei der Auswahl der Planungsbüros: durch Anforderungen an „nachhaltige“ Referenzprojekte oder besondere Qualifikation der Mitarbeiter³ und
- bei der Angebotsbewertung: durch qualitative Kriterien, die innovative Planungsansätze und Herangehensweisen belohnen.⁴

Vergabeverfahren, die dem Abschluss von Verträgen vorgelagert sind, können zudem Planungswettbewerbe⁵ vorgelagert werden, um innovative Lösungen zu suchen.

Die eigentliche Herausforderung bei all diesen Sachverhalten sind meist nicht die vergaberechtlichen Vorgaben. Die eigentliche Herausforderung ist die Frage, welche Inhalte, Vorgaben und Ziele den Wettbewerbsteilnehmern und Bie-

¹ BT-Drs. 18/6281, 68.

² Vgl. etwa Trutzel, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, GWB § 121 Rn. 3.

³ Vgl. OLG Celle, Beschluss v. 02.02.2021 – 13 Verg 8/20.

⁴ Vgl. etwa VK Südbayern, Beschluss v. 02.04.2019 – Z3-3-3194-1-43-11/18; erforderlich ist aber die Konkretisierung, welche Nachhaltigkeitsaspekte die Bieter bei Angebotserstellung berücksichtigen sollen.

⁵ Vgl. dazu die Beiträge von Andrea Gebhard, Reinhard Drees sowie Ulrike Hotz und Gerd Grohe in diesem Heft.

tern in einem Vergabeverfahren seitens der öffentlichen Hand vorgegeben werden. Die dahinterstehenden inhaltlichen, wirtschaftlichen und oft auch politischen Erwägungen können, wenn sie einmal gebündelt sind, mit den Mitteln des Vergaberechts in aller Regel vergaberechtskonform umgesetzt werden.

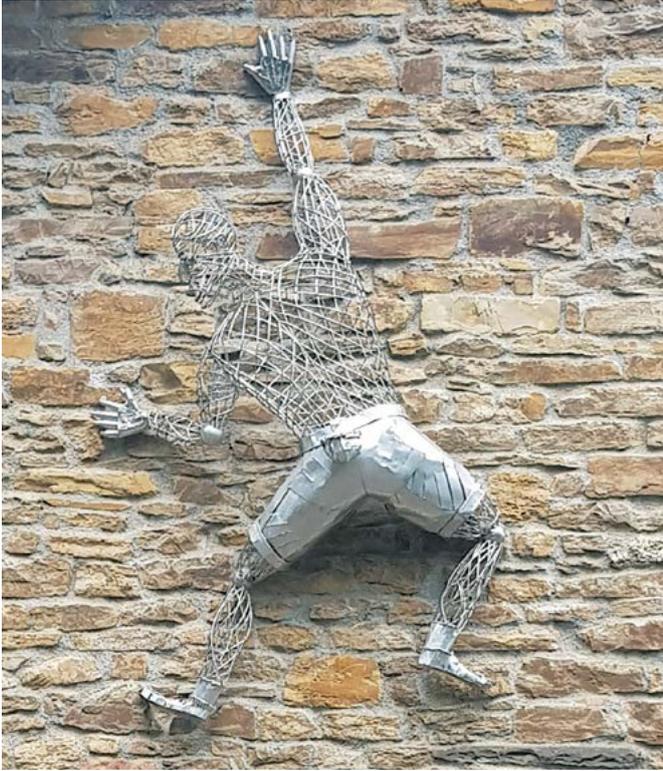


Abb. 1: Hürden überwinden bei der Vergabe von Planer- und Architektenleistungen (Foto: Jost)

Wettbewerbliche Herausforderungen

Bei der „klassischen“ Vergabe von Planungsleistungen hat das EuGH-Urteil aus dem Jahr 2019,⁶ mit dem die HOAI-Mindest- und -Höchstsätze für unionsrechtswidrig erklärt wurden, zunächst für erhebliche Verunsicherung gesorgt. Nach dem „Paukenschlag“ des EuGH hat sich die Unsicherheit im Umgang mit den Folgen der Entscheidung für die Zwecke des Vergaberechts zwar recht rasch gelegt, offen und noch nicht entschieden sind allerdings die Auswirkungen auf die zahlreichen Mindestsatzklagen von Architekten, die noch in großer Zahl vor deutschen Gerichten anhängig sind. Hier warten wir alle gespannt auf die neuerliche Entscheidung des EuGH.⁷

Für die Zwecke des Vergaberechts hat sich nach der EuGH-Entscheidung – auch auf Grundlage eines entsprechenden Rundschreibens des BMI⁸ – eingebürgert, den Bietern die Möglichkeit von Auf- und Abschlägen auf die HOAI Mindest- und Höchstsätze einzuräumen. Mit Inkrafttreten der

modernisierten HOAI zum 01.01.2021 sind die früheren HOAI-Mindestsätze und -Honorartabellen ohnehin zu Orientierungswerten mutiert.⁹ Das dahinterliegende „System“ der Honorarermittlung gilt gleichwohl unverändert fort. Dieses System und die Orientierungswerte werden durch die öffentliche Hand landauf, landab auch weiterhin als Grundlage des Preiswettbewerbs bei Planervergaben genutzt. Mit anderen Worten: Für die Praxis hat sich außer dem Wegfall der Mindestsätze rechtlich faktisch bislang kaum etwas geändert.

In der Praxis wird teils verlautbart, es haben ob des Wegfalls der Honorarmindestsätze bereits ein ruinöser Preiswettbewerb und eine Abwärtsspirale bei der Vergütung der Planer eingesetzt. Dieses Risiko besteht in der Tat. Es handelt sich um das gleiche Risiko, das alle Branchen trifft, für die es keine gesetzlich geregelte Mindestvergütung gibt. Wie real dieses Risiko angesichts einer nach wie vor boomenden Baubranche und vor allem des sehr großen Bedarfs an Planerleistungen für die öffentliche Hand ist, bleibt aber abzuwarten.

Das Vergaberecht jedenfalls erlaubt der öffentlichen Hand seit dem 01.01.2021 zudem, sich auch von den Orientierungswerten der HOAI zu lösen. Die früher strikte Vorgabe etwa in § 76 VgV, wonach der Preisrahmen der HOAI bei der Vergabe von Planerleistungen zwingend zu beachten war, existiert nicht mehr. Die öffentliche Hand darf heute also auch alternative Preismodelle jenseits des „HOAI-Systems“ zulassen.

Der bloße Verweis auf den ohnehin durch die VgV vorgegebenen „Leistungswettbewerb“ und entsprechend hohe Gewichtung der Qualität ist dabei freilich keine Lösung. Denn zum Glück gibt es in Deutschland ausreichend Planungsbüros, die sich mit hoher Qualität um öffentliche Aufträge bewerben. In vielen Fällen entscheidet deshalb auch bei hoher Gewichtung der Qualität letztlich der Preis über den Zuschlag.

Ganz unabhängig davon sind viele Planungsbüros – teils mit guten Argumenten – der Auffassung, die Honorartabellen der HOAI könnten auch in ihrer Form als Orientierungswerte in vielen Fällen den tatsächlichen Aufwand in Planungsvorhaben nicht angemessen abbilden. Viele Auftraggeber haben sicher auch bereits unterschiedlich starkes Engagement ihrer Planer in den eher geistig-schöpferischen Leistungsphasen (HOAI Lph 1 bis 4) einerseits und den eher technisch und betrieblich geprägten Durchführungsphasen (HOAI Lph 5 bis 9) andererseits beobachten können. Auftraggeber können diesen Unwägbarkeiten künftig nicht nur durch bloßen Verweis auf vereinbarte Pauschalpreise auf Grundlage der HOAI-Orientierungswerte begegnen. Sie sind auch berechtigt, alternative Preisgestaltungen zu erlauben, wie etwa:

⁶ EuGH, Urteil v. 04.07.2019 – C-377/17.

⁷ BGH, Beschluss v. 14.07.2020 – VII ZR 174/19.

⁸ Erlass des BMI v. 05.08.2019 – 70000/1#1.

⁹ Horn/Hofmann, NZBau 2021, 237; Dörr, ZfBR 2021, 360 (361); Weise, NJW-Spezial 2021, 44.



- **Festpreise** (§ 58 Abs. 2 Satz 3 VgV); z. B. bei abgrenzbaren Planungsleistungen, es findet dann ein reiner Qualitätswettbewerb statt;
- Vergütung nach **Tages- und Stundensätzen**; das Planungsbüro wird dann nach Aufwand vergütet (und bleibt in der Verpflichtung, das Personal wirtschaftlich einzusetzen);¹⁰
- **Mischmodelle** mit z. B. festen Pauschalen für die geistig-schöpferischen Leistungsphasen und aufwandsbezogener Vergütung (Tages- oder Stundensätze, Monatspauschale etc.) für die weniger gut planbare Baudurchführung (insb. Objektüberwachung);
- zulässig sind weiter (wie bisher auch) **Auf- und Abpreisungsmodelle**, bei denen ein fiktives Bruttogesamthonorar auf der Grundlage geschätzter anrechenbarer Kosten, vorgegebener Honorarzonen und des Basis Honorarsatzes gewertet wird. Dieses Basis Honorar wird anschließend im Projektverlauf anhand von Kostenberechnung und -schätzung fortgeschrieben.¹¹

Nicht nur der guten Ordnung halber bietet das Vergaberecht dabei auch die Möglichkeit der Preisprüfung bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten, § 60 VgV. Ist das Angebot des günstigsten Bieters ungewöhnlich niedrig (mindestens ca. 10 % bis 20 % günstiger als der Zweitbieter) und kann er diesen niedrigen Preis nicht erklären, ist der Auftraggeber berechtigt, dieses Angebot nicht zu bezuschlagen. Die Preisprüfung verhindert zwar nur Dumpingangebote im Einzelfall und keinen ruinösen Preiswettbewerb insgesamt, die übrigen Bieter haben auf Durchführung der Preisprüfung (nicht aber den Ausschluss des Bestbieters) aber auch einen vergaberechtlichen Anspruch.¹² Im Ergebnis können mit den Mitteln der Preisprüfung immerhin „Ausreißer“ wieder eingefangen werden. Wiederum liegt die eigentliche Herausforderung aber nicht in den vergaberechtlichen Erfordernissen, sondern der letztlich wirtschaftlichen Frage, wie ein faires und leistungsgerechtes Vergütungsmodell für die zu vergebende Planungsleistung vereinbart werden kann.

Verfahrensrechtliche Herausforderungen

Es bleiben die originär vergaberechtlichen Herausforderungen bei der Vergabe von Planerleistungen. Auch diese sind im Ergebnis bewältigbar, zumal die öffentliche Hand in den vergangenen Jahren – auch ob der Verpflichtung zur E-Vergabe – an vielen Stellen ihre vergaberechtliche Schlagkraft erhöht und neue Strukturen geschaffen hat. Insbesondere haben die meisten Verwaltungen inzwischen Strukturen für Vergabestellen geschaffen bzw. diese schon eingerichtet, um den vergaberechtlichen Anforderungen gerecht zu werden.

Die in vergaberechtlicher Hinsicht größte Herausforderung ist sicher die in größeren Vorhaben erforderliche Vielzahl an Planungsbüros. Wegen der grundsätzlichen Hürde, Leis-



Abb. 2. Grenzen einhalten bei der Vergabe von Aufträgen (Foto: Annick Rietz)

tungen gebündelt an Generalplaner zu vergeben (§ 97 Abs. 4 GWB), besteht das Erfordernis mehrerer Vergabevorgänge für ein Vorhaben (im Hochbau z. B. Objektplaner, mehrere Fachplaner, zusätzliche Gutachten etc.). Die Diskussion darüber, ob die für ein einheitliches Vorhaben erforderlichen Planungsleistungen jeweils für sich betrachtet und vergeben werden dürfen oder vergaberechtlich als Lose eines (funktional) einheitlichen Planungsauftrags gelten, dürfte sich dabei aktuell dem Ende zuneigen. Bis vor einigen Jahren war insoweit herrschende Meinung, die einzelnen Planungsleistungen dürften auf Grundlage von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV jeweils für sich („isoliert“) betrachtet werden. Der Schwellenwert für eine europaweite Vergabe war damit in den wenigsten Fällen erreicht oder überschritten, und die Aufträge durften nach den nationalen Vergabebestimmungen – meist freihändig – vergeben werden. Auch unter dem Eindruck eines erneuten Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission¹³ und jüngerer Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen wird sich vermutlich künftig eine andere, unionsrechtskonforme Auslegung der Vorschrift durchsetzen.¹⁴

Bereits heute ist es der „sichere Weg“, diejenigen Planungsleistungen bei der Schwellenwertberechnung gemeinsam zu betrachten, die bezogen auf ein konkretes Vorhaben „innerlich kohärent“ und „funktional“ aufeinander bezogen sind.¹⁵ Bei der daraus folgenden – und bei Bauleistungen völlig üblichen – Addition der Auftragswerte von z. B. Objekt- und Fachplanung wird der maßgebliche EU-Schwellenwert in vielen Fällen überschritten sein und zur Anwendbarkeit des GWB- und VgV-Vergaberechts führen.

¹⁰ BGH, Urteil v. 17.04.2009 – VII ZR 164/07.

¹¹ Überblick bei Horn/Hofmann, NZBau 2021, 237 (239).

¹² BGH, Beschluss v. 31.01.2017 – X ZB 10/16.

¹³ Vertragsverletzungsverfahren 2018/2272.

¹⁴ OLG München, Urteil v. 13.3.2017 – Verg 15/16; VK Westfalen Beschluss v. 18.12.2019 – VK 1-34/19.

¹⁵ So bereits EuGH, Urteil v. 15.03.2012 – C-574/10.



Abb. 3: Den Durchblick behalten beim Vergaberecht (Foto: SQF, Berlin)

Das bedeutet nun aber keine Vielzahl aufwendig und europaweit auszuschreibender Aufträge für Planungsleistungen. Auch hier bietet das Vergaberecht Spielräume für erhebliche und praktikable Erleichterungen, insbesondere:

- **20 %-Kontingent:** Das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte findet auf Lose eines funktional einheitlichen Planungsauftrags keine Anwendung, soweit der Wert dieser einzelnen Lose jeweils 80.000,- Euro nicht übersteigt (z. B. Fachplanung Elektro) und der Wert jener Lose 20 % des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt, § 3 Abs. 9 VgV. Dadurch müssen auch bei der Addition aller Planungsleistungen zur Schwellenwertberechnung viele kleinere Lose nicht europaweit ausgeschrieben werden.
- **Offenes Verfahren:** Planungsleistungen dürfen grundsätzlich immer im Verhandlungsverfahren vergeben werden. Sind die Leistungen hinreichend beschreibbar, kommt allerdings auch in Betracht, Planungsleistungen im wesentlich kürzeren offenen Verfahren zu vergeben (z. B. isolierte Ausschreibung der Objektüberwachung, Planung von Abbruchleistungen, umfangreiche Bestandsuntersuchungen etc.).
- **Zuschlag auf Erstangebote:** Werden Planungsleistungen im Verhandlungsverfahren vergeben, können sich Auftraggeber den Zuschlag auf Erstangebote vorbehalten, § 17 Abs. 11 VgV. Auf diese Weise können unnötige „Proforma“-Verhandlungen bei zuschlagsreifen Erstangeboten vermieden werden.
- **Rahmenvereinbarungen:** Für wiederkehrende Planungsleistungen, etwa betreffend Wartungs- und Instandhaltung, kommt der Abschluss von Rahmenvereinbarungen in Betracht. Während der Laufzeit sind Einzelabrufe ohne erneute Ausschreibung bis zu der in der Rahmenvereinbarung angegebenen Höchstgrenze¹⁶ möglich.

Gerade zu Beginn eines größeren Vorhabens hat die Verwaltung freilich häufig noch gar keine genaue Kenntnis von den künftig zu vergebenden Leistungen. In dieser Phase der Vorbereitung („Phase 0“) stoßen viele Verwaltungen häufig an Kapazitätsgrenzen, zuweilen fehlt erforderliche Spezialkompetenz. Auch in der Vorbereitungsphase zwingt das Vergaberecht aber gerade nicht dazu, ein externes Planungsbüro erst nach aufwendiger Ausschreibung zu beauftragen. Tatsächlich wird ein solcher Auftrag zur Vorbereitung des Projektes (vergaberechtlich: an einen „Projektanten“) meist als Los Nr. 1 im 20 %-Kontingent angesehen werden können und in vielen Fällen auch unter der Wertgrenze für UV-gO-Direktaufträge liegen.

Fazit

Alles also ganz einfach? Natürlich nicht, der Teufel steckt wie immer im Detail. Ich hoffe aber, die aus meiner Sicht aktuellen Herausforderungen und strukturellen Lösungsansätze habe aufzeigen können.



Dr. Andreas Ziegler

Rechtsanwalt und Partner, Kunz Rechtsanwälte, Mainz; Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der Universität Mannheim

¹⁶ EuGH, Urteil v. 17.06.2021 – C-23/20.