

E-Vergabe

18.10.2018: Deadline für die elektronische Vergabe!

E-Vergaben sind nach dem 18.10.2018 bei europaweiter Vergabe obligatorisch und bestimmen zunehmend die Zusammenarbeit zwischen Auftraggebern und Planern in den Leistungsphasen 6 (Vorbereitung der Vergabe) und 7 (Mitwirken bei der Vergabe) der HOAI. Je nach Leistungsaufteilung ist das Honorar nach § 8 Abs. 2 HOAI anteilig zu bewerten. Auch Planer kommen an der E-Vergabe nicht vorbei und ein Mehrvergütungsanspruch ist zumindest nach dem genannten Datum nicht mehr gegeben.

Anfrage 1: Ein Auftraggeber will wissen, ob er auch nur Teilleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 beauftragen und das Honorar entsprechend kürzen könne, wenn er Vergaben jetzt von seiner zentralen Vergabestelle mit einem E-Vergabesystem durchführe.

Anfrage 2: Ein Planer will wissen, ob er dem Auftraggeber ein zusätzliches Honorar in Rechnung stellen könne, wenn er für den Auftraggeber die E-Vergabe bei europaweiter Vergabe manage. Hierbei handele es sich doch sicherlich um eine Besondere Leistung.

Vorab: Für fast alle¹ EU-weiten Vergaben gilt², dass der öffentliche Auftraggeber nur noch bis zum 18.10.2018 schriftliche Angebote verlangen kann. Danach muss (!) der Auftraggeber auch elektronische Angebote akzeptieren. Etwas anders ist dies bei unterschwelligen, nationalen Bauvergaben der VOB/A: Bis zum

18.10.2018 sind schriftlich eingereichte Angebote zuzulassen.³ Danach kann (!) der Auftraggeber schriftliche Angebote zulassen, muss aber nicht⁴.

Viele Auftraggeber verwenden bereits heute E-Vergabepattformen und immer mehr Planer bieten diese ihren Auftraggebern an. Bei Vergaben ist allerdings zu unterscheiden zwischen delegierbaren und nichtdelegierbaren Auftraggeberleistungen. Delegierbare Leistungen sind solche, welche in der Praxis meist von Planern entsprechend den Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 der HOAI durchgeführt werden. Nichtdelegierbare Leistungen sind Vergaben, welche nur der Auftraggeber durchführen kann, weil nur er die Angebotsöffnung durchführen, einen Ermessensspielraum ausüben, Entscheidungen treffen⁵ oder rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben kann⁶.

¹ Anders Verteidigung und Sicherheit gem. VSVgV

² § 81 S. 1 der Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die durch Artikel 8 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist; § 64 Sa. 1 der Sektorenverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657), die durch Artikel 9 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist
³ § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A Fassung

2016, Bekanntmachung vom 1. Juli 2016 (BAnz AT 01.07.2016 B4)

⁴ Vgl. Einführungserlass des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit vom 09.09.2016 zu § 13 VOB/A

⁵ VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 20.08.2007 - VK 2 LVwA LSA-15/07

⁶ ausführlich Kalte/Wiesner im DIB 10/2011, S. 58 und ohne unübliche besonderer Kompetenzübertragung durch den Auftraggeber an einen Dritten

Zur Anfrage 1: Auf Nachfrage erläutert der Auftraggeber, dass sein Planer meine, dass er alle Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 der HOAI beauftragt und vergütet erhalten müsse. Der Auftraggeber aber wolle konkret folgende Teilleistungen lt. Anlage 10 zu § 24 Abs. 4 HOAI bei einem Gebäude mit eigenen Mitarbeitern und seiner E-Vergabepattform selbst erbringen:

- Leistungsphase 6:
 - lit. a) Aufstellen eines Vergabeterminplans
 - lit. f) Zusammenstellen der Vergabeunterlagen für alle Leistungsbereiche
- Leistungsphase 7:
 - lit. a) Koordinieren der Vergaben der Fachplaner
 - lit. b) Einholen von Angeboten
 - lit. c) Prüfen und Werten der Angebote einschließlich Aufstellen eines Preisspiegels
 - lit. e) teilweise und zwar: Dokumentation des Vergabeverfahrens
 - lit. f) Zusammenstellen der Vergabeunterlagen für alle Leistungsbereiche

Antwort GHV: Der Auftraggeber bestimmt, was er beschaffen will⁷, nicht der Planer. Der Planer muss ihn zwar zu erforderlichen Leistungen beraten (§ 650p Abs. 1 BGB), aber der Auftraggeber ist der Herr des Geschehens. Und auch die HOAI schreibt nicht vor, was ein Auftraggeber beauftragen muss, sondern was er schlussendlich zu bezahlen hat. Daher regelt § 8 Abs. 2 HOAI die Vergütung für genau solche Fälle, bei denen ein Auftraggeber nicht alle Grundleistungen beauftragt. Hier ist normiert, wie sich das Honorar ergibt, wenn nur einzelne Grundleistungen einer Leistungsphase oder auch nur Teile von Grundleistungen übertragen werden. Dann gilt: *„..., so darf für die übertragenen Grundleistungen nur ein Honorar berechnet und vereinbart werden, das dem Anteil der übertragenen Grundleistungen an der gesamten Leistungsphase entspricht.“* Demnach ist nur ein der Grundleistung im Verhältnis zur gesamten Leistungsphase oder Teilleistung entsprechender Anteil des Honorars zu vereinbaren und abzurechnen. Dabei regelt die HOAI selbst zwar nur die Vergütung für ganze Leistungsphasen (für Gebäude in § 34 Abs. 1 HOAI), die Rechtsprechung erkennt aber Teilleistungsbewertungstabellen grundsätzlich an⁸ und jeder aktuelle HOAI-Kommentar hält eine solche Tabelle vor.

Diese Tabellen liefern meist ähnliche Werte, sie sind alle recht gut geeignet. Für die Antwort soll auf die Tabelle im Kommentar von Fuchs/Berger/Seifert⁹ zurückgegriffen werden, weil diese eine passende Aufteilung und feste Werte liefert und so einfach in der Handhabung ist (siehe Tabelle 1 und Tabelle 2). In der Tabelle können die nicht beauftragten Teilleistungen statt mit dem von FBS ausgewiesenen Prozentsatz mit 0 % bewertet werden. So ergibt sich für den vorliegenden Fall eine Bewertung von 9,25 % für die beauftragten Leistungen der Leistungsphase 6 und 2,00 % für die beauftragten Leistungen der Leistungsphase 7. Mit Hilfe der Tabellen können auch alle anderen Zuordnungen zwischen Auftraggeber und Planer vereinbart werden.

Zur Anfrage 2: Der Planer bestätigt auf Nachfrage, dass er mit allen Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 im Leistungsbild Ingenieurbauwerke nach Anlage 12 zu § 43 Abs. 4 HOAI beauftragt sei und in seinem Vertrag stehen würde, dass alle aktuellen Regelungen bei der Vergabe von Bauleistungen zu beachten seien.

Antwort GHV: Lt. Vertrag ist der Planer auch mit folgenden 2 Grundleistungen der Leistungsphase 7 beauftragt:

- lit. a) Einholen von Angeboten
- lit. e) (...) Dokumentation des Vergabeverfahrens

Die vertraglich vereinbarte Beachtung des Vergaberechts bedeutet, dass der Planer diese vereinbarten Leistungen unter Beachtung der o. g. Vergaberegeln zu erbringen hat. Das bedeutet, dass der Planer spätestens nach dem 18.10.2018 keine andere Wahl hat, als eingehende elektronische Angebote zu akzeptieren. Bis zu diesem Datum könnte der Planer ohne weitere konkretisierende Vereinbarung im Vertrag noch darauf bestehen, dass er das „Einholen von Angeboten“ in Papierform vornehme; denn der Auftraggeber ist davor nicht gezwungen, digitale Angebote anzunehmen. Bis zu diesem Tag könnte man auch vertreten, dass die Forderung nach E-Vergabe durch den Auftraggeber einen Mehrvergütungsanspruch beim Planer als Besondere Leistung auslöst, weil es sich noch nicht um eine im allgemeinen erforderliche Leistung im Sinne von § 3 Abs. 2 HOAI oder um eine allgemein übliche Beschaffenheit nach § 633 Abs. 2 BGB handelt. Nach dem 18.10.2018 gibt es bei einem solchen Vertrag jedoch keine Grundlage mehr für einen Mehrvergütungsanspruch. Dann ist die E-Vergabe im allgemeinen erforderlich. Deshalb sollten

⁷ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.07.2014 - 15 Verg 4/14

⁸ BGH, Urteil vom 16.12.2004 - VII ZR 174/03

⁹ Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 2016, Anhang C, Rdn. 29, FBS genannt

auch Planer bis dahin über ein eigenes System für die E-Vergabe verfügen, wenn sie weiterhin alle Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 der HOAI erbringen wollen.

Fazit: Die Welt wird zunehmend digital. Das gilt nach dem 18.10.2018 auch für die europaweite Vergabe als „Muss“, abhängig von den Bietern, und für nationale Vergaben von Bauleistungen als „Kann“, abhängig vom Auftraggeber. Auftraggeber und Planer sind gehalten, sich

spätestens jetzt entsprechende Systeme zuzulegen, sonst können sie nach diesen Daten keine Angebote mehr bearbeiten. Dabei bleiben nicht delegierbare Aufgaben zwar beim Auftraggeber, delegierbare Aufgaben können, müssen aber nicht, vom Planer erbracht werden. Bei einer vertraglichen Leistungsaufteilung greift § 8 Abs. 2 HOAI und Teilleistungsbewertungstabellen helfen eine entsprechende Vergütung zu vereinbaren.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger;
Rechtsanwalt Michael Wiesner, LL.M., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dipl.-Betriebswirt (FH).

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV) gemeinnütziger e. V.
Friedrichsplatz 6
68165 Mannheim
Tel: 0621 – 860 861 0
Fax: 0621 – 860 861 20