

Neuer Planer erforderlich?

Wesentliche Änderungen sind neu auszuschreiben!

Kommt es im Laufe des Projekts zu wesentlichen Änderungen der Planungsleistung, muss die Vergabestelle prüfen, ob sie den bestehenden Planervertrag kündigen und eine Neuausschreibung machen muss. Das ist bei Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte in § 47 UVgO und bei Auftragswerten oberhalb der EU-Schwellenwerte in § 132 GWB geregelt. Verträge auf Basis der HOAI haben den Vorteil, dass diese meist zu keiner Neuausschreibungspflicht führen.

Frage 1: Eine Auftraggeberin: *„Bei der Objektplanung einer Schulsanierung haben wir im VgV-Verfahren anrechenbare Kosten von rd. 5 Mio. € angenommen. Im Zuge der Vorplanung wurde der Sanierungsbedarf genauer ermittelt und die Kostenschätzung endete mit rd. 12 Mio. €. Muss ich die Architektenleistung neu ausschreiben?“*

Frage 2: Eine Tragwerksplanerin: *„Ich habe den Auftrag für die Tragwerksplanung eines Kindergartens. Der Kindergarten soll nun nach abgeschlossener Vorplanung zu einer Kindertagesstätte erweitert werden. Der Auftraggeber ist sehr zufrieden mit meiner Leistung, meint aber, er müsse die Planungsleistungen aller Planer neu ausschreiben. Stimmt das?“*

Frage 3: Ein Auftraggeber: *„Es hat sich in den fachtechnischen Berechnungen für die Planung zur Sanierung unserer Kläranlage gezeigt, dass ich nicht nur den beauftragten biologischen Teil,*

sondern auch die Nachklärbecken erweitern muss. Kann ich den Planungsvertrag einfach so erweitern oder muss ich ein komplett neues Vergabeverfahren machen?“

Vorab: Der EuGH¹ hat schon 2008 entschieden, dass wesentliche Änderungen eines Auftrags zu einer Pflicht zur Neuausschreibung führen. Das ist auch schlüssig, sonst könnte, drastisch formuliert, eine Vergabestelle zunächst ein Vergabeverfahren für Kugelschreiber vornehmen und dieses dann nach Vertragsschluss in Computer ändern. Für Computer hätte es dann gar keinen Wettbewerb gegeben und es hätten sich sicher auch völlig andere beworben. Es muss also eine Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Änderungen geben. In Artikel 72 der Richtlinie 2014/24/EU wurde auf europäischer Ebene eine Abgrenzung geschaffen, welche der deutsche Gesetzgeber in § 132 GWB bei Auftragswerten oberhalb der EU-Schwellenwerte umgesetzt

¹ EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06, „Presstext“.

hat. Unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt (soweit die UVgO bereits verbindlich eingeführt ist) § 47 UVgO, der auf § 132 GWB verweist und dabei z. B. eine andere Änderungsschwelle benennt (bei Dienstleistungen 20 % statt 10 % wie in § 132 Abs. 3 GWB).

Dabei ist § 132 GWB so strukturiert, dass § 132 Abs. 1 GWB nur allgemein beschreibt, was eine wesentliche Änderung ist. § 132 Abs. 2 Satz 1 GWB benennt, wann keine Neuausschreibung erforderlich ist, und unterscheidet vier Fälle. Das sind vereinfacht:

- Nr. 1: ein Vertrag enthält Anpassungsklauseln für die Änderung
- Nr. 2: zusätzliche Leistungen
- Nr. 3: geänderte Leistungen
- Nr. 4: Ersetzung des Auftragnehmers.

§ 132 Abs. 2 Satz 2 regelt, dass in den zuvor genannten Fällen von Nr. 2 und 3, also bei den zusätzlichen oder geänderten Leistungen, der Preis um nicht mehr als 50 % des ursprünglichen Auftragswertes erhöht werden darf. Diese Schwelle gilt nach Satz 3 für jede Änderung getrennt, sofern diese nicht „mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften“ des GWB „zu umgehen“. So muss die Vergabestelle also insbesondere § 132 Abs. 2 GWB prüfen.

§ 132 Abs. 3 GWB gibt zudem eine Geringfügigkeitsgrenze vor, unterhalb der die Vergabestelle keine Neuausschreibung vornehmen muss. Für die hier diskutierten freiberuflichen Dienstleistungen liegt die Grenze bei 10 %. Allerdings darf diese Grenze nur einmal ausgenutzt werden, da mehrere Änderungen zusammengefasst zu betrachten sind, also anders als bei der 50 %-Schwelle.

Zu beachten ist zudem, dass Änderungen nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3, also geänderte und zusätzliche Leistungen nach § 132 Abs. 5 GWB, im EU-Amtsblatt bekannt zu machen sind.

Soweit die UVgO im jeweiligen Bundesland ohne (!) Änderungen gem. Landesrecht eingeführt ist, regelt diese in § 47 Abs. 1 UVgO, dass § 132 Abs. 1, 2 und 4 auch gelten und dass statt § 132 Abs. 3 GWB der § 47 Abs. 2 UVgO gilt. Demnach stimmen UVgO und GWB überein, nur dass in der UVgO die Geringfügigkeitsgrenze bei 20 % statt bei 10 % wie im GWB liegt.

Der Prüfverlauf stellt sich grafisch stark vereinfacht wie folgt dar (wobei nachfolgend nur auf das GWB Bezug genommen wird, in den Fällen, die unter die UVgO fallen, sind die 10 % mit 20 % zu ersetzen):

Abb. 1: Schema Prüfverlauf Neuausschreibung nach § 132 GWB (stark vereinfacht)

Antwort 1: Die Auftraggeberin erläutert, dass es deshalb zu dieser deutlichen Kostenerhöhung gekommen sei, weil nach Vertragsschluss die Anforderungen aus Amok-Alarmen und Brandschutz gestiegen und mehr Schadstoffe festgestellt worden seien. Was das Gebäude angeht, sei es auch weiterhin unverändert eine Modernisierung einer Schule, nur mit deutlich höheren Kosten als bei Vergabe angenommen. Auf Nachfrage erläutert die Auftraggeberin weiter, dass die HOAI gem. Vertrag vereinbart sei.

Liegt also ein Vertrag „nach HOAI“ vor, so ist über § 6 Abs. 1 Nr. 4 HOAI vereinbart, dass sich das Honorar nach der zugehörigen Honorartafel ergibt. Bei einem Gebäude gilt die Honorartafel nach § 35 Abs. 1 HOAI. In dieser ist eindeutig geregelt, wie sich das Honorar ergibt, wenn die anrechenbaren Kosten nicht 5 Mio. € sind, sondern 12 Mio. €. Die Parteien haben also mit Vertragsschluss und durch die Inbezugnahme auf die HOAI bereits klar und genau vereinbart, wie sich das Honorar ergibt, wenn es zu einer Veränderung der anrechenbaren Kosten kommt. Zudem hat sich der

Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Es war eine Modernisierung einer Schule beauftragt und es ist eine Modernisierung einer Schule geblieben. Damit ist der Fall dem § 132 Abs. 2 Nr. 1 zuzuordnen. Die Auftraggeberin muss kein neues Vergabeverfahren durchführen, eine Prüfung der 50 %-Schwelle entfällt (diese greift nur in den Fällen der Nr. 2 und 3).

Antwort 2: Auf Nachfrage erläutert die Tragwerksplanerin zunächst, dass die Änderung dazu führe, dass sie ein um rd. 40 % höheres Honorar erhalte. Der Auftraggeber würde bereits für die Architektenleistung ein neues Vergabeverfahren beginnen und meine, dass das auch für die Tragwerksplanungsleistungen gelten müsse. Auf weitere Nachfrage erläutert die Tragwerksplanerin, dass sich an der statischen Konstruktion nichts ändern würde. Es ist und bleibe eine ausgesteifte Stahlbetonkonstruktion, sie würde einfach nur etwas größer.

Ohne genauer in die Prüfung des Auftraggebers einzusteigen, dürfte sein Prüfergebnis für die Architektenleistungen in der Tat zutreffen. Eine Änderung von einem Kindergarten in eine Kindertagesstätte dürfte eine wesentliche Änderung des Gesamtcharakters der Gebäudeplanung zur Folge haben². Dies gilt aber nur für die Architektenleistung. Wenn sich jedoch die statische Konstruktion nicht ändert, ändert sich auch der Gesamtcharakter des Auftrags für die Tragwerksplanung nicht. Damit liegt ein Fall von § 132 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB, also eine geänderte Leistung vor; es kommt auch nicht zu einer Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags. Ein neues Vergabeverfahren ist nicht erforderlich. Dasselbe dürfte wahrscheinlich auch für die Planer der Technischen Ausrüstung gelten, weil auch bei diesen nicht zu erwarten ist, dass sich der Gesamtcharakter ändert.

§ 132 GWB – Prüfschema (vereinfacht)

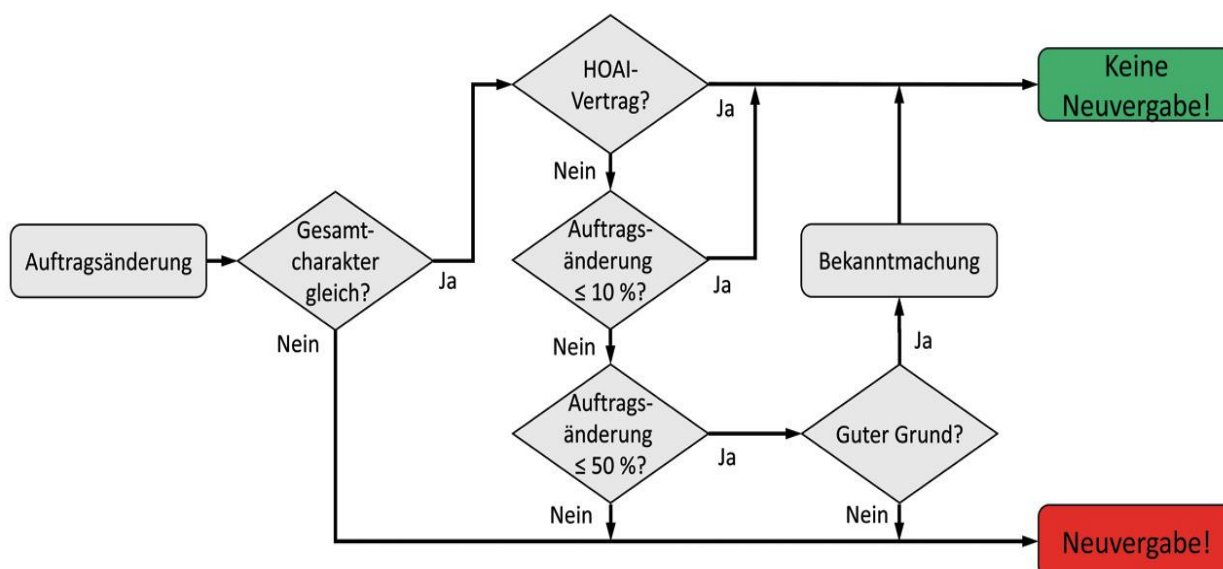


Abb. 1: Schema Prüfablauf Neuausschreibung nach § 132 GWB (stark vereinfacht)

² So schon von der VK Baden-Württemberg am 07.06.2018 - 1 VK 10/18 für Architektenleistungen einer Kindertagesstätte entschieden,

welche zusätzlich eine Ganztagesbetreuung erhalten sollte.

Zur Frage 3: Der Auftraggeber erläutert, dass er den geänderten Auftragswert berechnet habe und zu einer Änderung von rd. 30 % gegenüber dem ursprünglichen Auftragswert komme. Damit liegt ein Fall von § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB, nämlich eine zusätzliche Leistung, vor. Ein Wechsel würde aber beträchtliche Mehrkosten verursachen und technisch erhebliche Schwierigkeiten erzeugen. Mit beträchtlichen Mehrkosten müsste der Auftraggeber deshalb rechnen, weil er bei einer getrennten Vergabe nicht in den Vorteil der degressiv verlaufenden Tafelwerte der HOAI kommen würde. Erweitert er nämlich den bestehenden Auftrag, ist es für den Auftraggeber deutlich günstiger (im vorliegenden Fall rd. 15%). Vor allem: Verfahrenstechnisch lässt sich der biologische Teil nicht von der Nachklärung trennen. Beide beeinflussen sich unmittelbar. Würde der Auftraggeber eine Trennung vornehmen, würden der neue und der bestehende Planer zu Recht die Verantwortung für das „technisch untrennbare Gesamtwerk“ ablehnen. Beide Teile einer Kläranlage

können nur als Ganzes geplant und verantwortet werden. Der Auftraggeber hat also gute Gründe, die Planungserweiterung bei dem bestehenden Planer zu beauftragen.

Fazit:

§ 132 GWB bei EU-Verfahren und § 47 UVgO bei nationalen Verfahren regeln, wann ein Auftraggeber bei Änderungen kein neues Vergabeverfahren machen muss. Generell führen Änderungen im Auftragswert von nicht mehr als 10 % (EU) bzw. von nicht mehr als 20 % (national) zu keiner Pflicht zur Neuausschreibung. Bei Änderungen von nicht mehr als 50 % des ursprünglichen Auftragswertes braucht die Vergabestelle gute Gründe. Liegen diese vor, ist auch dann keine Neuausschreibung erforderlich. Ändern sich bei einem Vertrag „nach HOAI“ nur die anrechenbaren Kosten, ist dafür keine Neuausschreibung erforderlich. Deshalb sind Verträge nach der Systematik der HOAI vorteilhaft, weil sie etwaige Anpassungen bereits regeln.

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