

[zum Webinar](#)

KG Berlin zur Beachtlichkeit von Rechtsänderungen

VOF-Ausschreibung nach HOAI 2009 einstellen

Der vom Kammergericht Berlin (1. September 2014, Az.: Verg 18/13) im Eilverfahren entschiedene Sachverhalt hat den Abschluss eines Vertrags zur Erbringung und zur Vergütung von Leistungen gemäß der HOAI 2009 zum Gegenstand. Zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der VOF-Ausschreibung im März 2013 war die erst im Juli 2013 beschlossene HOAI 2013 noch nicht in Kraft getreten.

Nach Ansicht des Berliner Vergabesenates leidet die VOF-Ausschreibung seit dem Inkrafttreten der HOAI 2013 allerdings an Rechtsfehlern, die so schwer wiegen, dass das pflichtgebundene Ermessen, das dem öffentlichen Auftraggeber nach § 14 Absatz 6 VOF im Hinblick auf die Entscheidung über eine etwaige Ausschreibungsaufhebung zusteht, auf null reduziert ist, und allein durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens sowie gegebenenfalls Bekanntmachung einer neuen Ausschreibung ein vergaberechtlich akzeptabler Zustand herbeigeführt werden kann. Zum einen war der Vertrag zur Erbringung und zur Vergütung von Leistungen nach der HOAI 2009 mit dem Inkrafttreten der HOAI 2013 unmöglich geworden. Denn die HOAI ist zwingendes Preisrecht, was auch für die HOAI 2013 gilt. Hieraus folgt nach Einschätzung des Kammergerichtes zwar nicht, dass eine Vergabestelle seit dem Inkrafttreten der HOAI 2013 Leistungen ihrer Struktur und ihrem Inhalt nach nur so ausschreiben kann wie in der HOAI 2013 vorgesehen. Ein öffentlicher Auftraggeber darf Leistungen durchaus abweichend ausschreiben, mithin ihre Struktur und ihren Inhalt zum Beispiel auch gemäß der HOAI 2009 ausrichten. Allerdings hat die Vergütung der ausgeschriebenen Leistungen gemäß der aktuell geltenden HOAI 2013 zu erfolgen. Da

der ausgeschriebene Vertrag hinsichtlich seiner Vergütung, sowohl was die Höhe als auch was die Vergütungsstruktur anbelangt, die HOAI 2009 in Bezug nimmt, weicht der Vertragsinhalt von dem von der HOAI 2013 vorgegebenen Regelinhalt ab, so die Berliner Richter. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt bestand die Abweichung in einem Umfang, der von der HOAI 2013 nicht mehr toleriert wird. Denn durch die im Vertrag in Aussicht genommene individuelle Vereinbarung einer Honorierung gemäß der HOAI 2009 werden die Mindestsätze der HOAI 2013 unterschritten.

Zum anderen war der dortige Ausschreibungsinhalt seit dem Inkrafttreten der HOAI 2013 im erheblichen Maße intransparent geworden. Denn durch die Novellierung der HOAI wurden die jeweiligen Aufgabenfelder der von der HOAI beschriebenen einzelnen Leistungsphasen sowie deren prozentualer Anteil an der Gesamtvergütung vielfach verändert. Soweit in der Ausschreibung daher auf bestimmte Leistungsphasen oder einzelne Paragraphen der HOAI Bezug genommen wurde, ohne die maßgebliche Fassung der HOAI zu benennen, ist das Leistungs- und Preisgefüge des Vergabeverfahrens infolge des Inkrafttretens der HOAI 2013 zweifelhaft geworden. Dadurch bleibt der Ausschreibungsinhalt in erheblichem Maße ungewiss und damit intransparent, wenn und weil es erst das Ergebnis einer prozessual unsicheren Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ist, welche Leistungen zu welchem Preis Vertragsgegenstand sein sollen. Das ist nach Ansicht des Kammergerichtes vergaberechtlich nicht hinzunehmen, jedenfalls dann, wenn die Abweichungen – wie dort – Vielzahl und struktureller Natur sind. > **HOLGER SCHRÖDER**

VORTEILE ERHALTEN

Architekten und Ingenieure fordern bei der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien, dass die Vorteile des deutschen Vergaberechts erhalten bleiben. Insbesondere wird der Erhalt der Vergabeordnung für freie-

rufliche Leistungen (VOF) gefordert. Nur diese werde den Besonderheiten der geistig-schöpferischen Leistungen und damit den Planungsleistungen durch eine spezifische Auswahl der Verfahrensarten gerecht.

VK Sachsen-Anhalt zu organisatorischen Versäumnissen bei Vergabeverfahren

Unverzügliche Rügepflicht

Ein öffentlicher Auftraggeber beschrieb Architekten- und Ingenieurleistungen in einem Verhandlungsverfahren mit europaweitem Teilnahmewettbewerb aus. Der von den Interessenten zu bearbeitende Bewerbungsbogen enthielt die Auswahlkriterien, deren Gewichtung und die Bewertung zur Auswertung der eingereichten Teilnahmeanträge. Die Bewertung sollte auf der Grundlage einer aufsteigenden Bepunktung von eins (ausreichend, erfüllt gerade die Mindestanforderungen) bis fünf (Erfüllung auf höchstem Niveau oder überdurchschnittliche Erfüllung der Auswahlkriterien) erfolgen. Weitere Erläuterungen zu dem Punktesystem beinhaltete der Bewerbungsbogen nicht.

Ein interessierter Architekt hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingereicht. Am 23. Dezember 2013 informierte die Vergabestelle per Telefax den Architekten, dass seine Bewerbung aufgrund der erreichten Punktzahl nicht berücksichtigt werden kann. Zusätzlich benannte der öffentliche Auftraggeber die erreichte Punktzahl für die Hauptauswahlkriterien und stellte sie der höchsten Punktebewertung gegenüber. Mit Schreiben vom 7. Januar 2014 rügte der Architekt seine Nichtberücksichtigung. Er monierte u.a., dass die Punktebewertung zu unbestimmt und nicht nachvollziehbar sei. Außerdem fänden sich in den Teilnahmeanträgen keinerlei Festlegungen, welche Mindestanforderungen von den Bewerbern erwartet würden und was eine gute Erfüllung der Auswahlkriterien darstellen würde. Die Vergabestelle half der Verfahrensrüge nicht ab, weil sämtliche Rügepunkte spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung hätten gerügt werden müssen. Zudem sei die erst am 7. Januar 2014 erhobene Rüge ohnehin verspätet, weil sie nicht unverzüglich erfolgte. Der Architekt leitete daraufhin ein Nachprüfungsverfahren ein. Ohne Erfolg.

Die Vergabekammer Sachsen-Anhalt (8. Mai 2014 - Az.: 2 VK LSA 01/14) hält die o.g. Rügepunkte für verspätet i.S.d. § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 GWB. Danach ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den vermeintlichen Verstoß gegen Vergabevorschriften

Öffentliche Ausschreibungen

www.bayerische-staatszeitung.de
INHALTSVERZEICHNIS

Hochbau

Augsburg 86152 Elektrotechnik Klinik	0400031
Bad Neustadt a.d. Saale 97616 Stahlbauarbeiten, Gelände	0400003

Falls nötig, müssen Rügen im Vergabeverfahren zeitnah erfolgen.

FOTO: BSZ

ten im Vergabeverfahren positiv erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Vorliegend hat der Architekt mehr als 14 Tage verstreichen lassen ehe er seine Rüge gegenüber der Vergabestelle erhoben hat. Dem unverzüglichen Rügeerfordernis kann der Architekt auch nicht deshalb genügen, weil er sich urlaubsbedingt erst am 7. Januar 2014 Rechtsrat einholen konnte und die Rüge noch am selben Tage geltend gemacht hatte. Zwar mag der Architekt die grundsätzlich erforderliche positive Kenntnis von möglichen Vergabeverstößen erst erlangt haben, nachdem er anwaltliche Beratung in Anspruch genommen hat. Eine positive Kenntnis ist nach Auffassung der sachsen-anhaltischen Vergabekammer jedoch ausnahmsweise entbehrlich, wenn

die Unkenntnis des Bieters nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis des Vergabeverstoßes gewertet werden kann. Dies setzt nicht etwa voraus, dass ein Bieter sich mit dem möglichen Verstoß bereits befasst hat und sich nur gegen die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen sperrt. Es kann vielmehr auch und gerade dann angenommen werden, wenn es der Bieter vorwerfbar versäumt, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass er Kenntnis von Vergabeverstößen erlangen kann.

Ein solches organisatorisch bedingtes mutwilliges Sich-Verschließen ist vorliegend zu bejahen. Der Architekt hätte dafür Sorge tragen müssen, dass auch bei einem längeren Betriebsurlaub die Überprüfung eines laufenden Vergabeverfahrens stattfinden

kann. Er hätte insoweit für eine entsprechende Vertretungsregelung sorgen müssen. Gegebenenfalls hätte er auch verlassen können, dass sich ein fachlich versierter externer Berater während seiner Abwesenheit mit möglichen Nachprüfungsangelegenheiten befasst. In diesem Zusammenhang stellt die Vergabekammer Sachsen-Anhalt fest, dass auch die bloße Faxeingangskontrolle durch Dritte nicht ausreichend sei. Es stellt einen organisatorischen Mangel dar, dass ein Vergabevorgang über einen Zeitraum von mehr als zwei Wochen unbearbeitet blieb. Dies sei dem Architekten anzulasten. Die erst am 7. Januar 2014 erhobene Rüge war mit einem Zeitraum von mehr als 14 Kalendertagen jedenfalls verspätet, weil die Frist zwischen Kenntniserlangung bzw. des mutwilligen Sich-Verschließens (23. Dezember 2013) und der Verfahrensrüge (7. Januar 2014) generell keinesfalls mehr als zwei Wochen betragen darf. Unabhängig hiervon war der Architekt darüber hinaus nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 GWB mit seinen Rechten ausgeschlossen, soweit er sich gegen angebliche Unklarheiten in der bekanntgegebenen Bewertungsmatrix gewandt hatte.

> **HOLGER SCHRÖDER**

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

ANZEIGE

VOF

Wir führen für öffentliche Auftraggeber VOF-Verfahren durch.

RAe Prof. Rauch & Partner, Regensburg
www.prof-rauch-baurecht.de

3 auf einen Klick

DIE ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular Server24

Kommunal druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Arnulfstraße 122, 80636 München
Tel: (+49) 89/290142-30
E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de
Web: www.staatsanzeiger-eservices.de



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG