Rechtliche Aspekte

Was ist zwingend zu beachten ?

KUNZ
RECHTSANWÄLTE

Dr. Dr. Stefanie Theis LL.M.
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Vergaberecht

theis@kunzrechtsanwaelte.de

FON 06131 971767 13
FAX 06131 971767 71

KUNZ Rechtsanwälte
Weberstraße 21
55130 Mainz

www.kunzrechtsanwaelte.de

KUNZ Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Agenda

I. Rechtlicher Rahmen: VgV

II. Rechtlicher Rahmen: Auftragswert

III. Rechtlicher Rahmen: Inhaltliche Anforderungen

IV. Rechtlicher Rahmen: Verfahren unterhalb der Schwellenwerte

V. Rechtlicher Rahmen: Pauschalangebote

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

I. Rechtlicher Rahmen: VgV

Abschnitt 6 der VgV enthält besondere Regelungen für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen.

§ 73 Abs. 2 VgV:

Architekten- und Ingenieurleistungen sind:

1. Leistungen, die von der… (HOAI) erfasst werden
2. Sonstige Leistungen, für die die berufliche Qualifikation des Architekten oder Ingenieurs erforderlich ist oder vom öffentlichen AG gefordert wird.

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

I. Rechtlicher Rahmen: VgV

- **§ 74 VgV Verfahren:**
  In der Regel Verhandlungsverfahren oder wettbewerblicher Dialog; aber: kein Ausschluss des Offenen Verfahrens (VK Westfalen Beschl. v. 23.1.2018-VK 1-29/17) „Die Möglichkeit den Zuschlag anhand des Preises als alleinigem Zuschlagskriterium zu erteilen, besteht bei der Beschaffung von Ingenieurleistungen nicht.“

- **§ 31 VgV:**
  Auch bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen muss eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung erfolgen (VK Westfalen Beschl. v. 28.02.2017 VK 1-1/17);

  Zuschlagskriterien, Rahmenbedingungen, wesentliche Einzelheiten der Leistung (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.06.2013- Verg 7/13); sofern der öffentliche AG beim jeweiligen Leistungsbild nicht nur Grundleistungen, sondern auch besondere Leistungen erwartet, sind diese dem Bieter neben den Grundleistungen im Einzelnen bekannt zu geben. (VK Sachsen, Beschl. v. 18.04.2013 1/SVK/009-13)

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

Wertgrenzen:

- Europaweite Vergabe: ab 214.000,00 € netto (§ 3 VgV)
- Unterhalb 214.000,00 € gilt das jeweilige Landesrecht/ Haushaltsrecht
- **Neue Anforderung: Wie ermittelt sich der Auftragswert ?**

  Maßgeblich ist der vorab geschätzte Auftragswert.

✓ Dieser muss nachvollziehbar ermittelt und begründet werden. Bisher erfolgte die Schätzung auf Basis der Mindestsätze der HOAI. Alternativ ist eine Schätzung nach Erfahrungswerten zulässig= Kosten, die in der Vergangenheit am Ort der Leistungserbringung für vergleichbare Leistungen bezahlt wurden. Stichwort: übliche Vergütung

✓ Durch den Wegfall des verbindlichen Preisrechts der HOAI haben sich andere Preisgrundlagen bzw. eine übliche Vergütung noch nicht entwickelt.

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

III. Rechtlicher Rahmen: inhaltliche Anforderungen

Wettbewerbliches Verfahren?

- Eignungskriterien
- Leistungs-beschreibung
- Zuschlagskriterien
- Ausführungsbedingungen/ Stufenverträge

Häufig zu hohe und nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Anforderungen in Bezug auf Mindestumsätze, Referenzen und Qualifikation Unzureichende bzw. dem Ermessen des Bieters unterliegende LB

Zuschlagskriterien nicht an Qualität orientiert

Preiswettbewerb (teilweise verdeckt) Hinweis: § 58 Abs. 2 VgV Auf Wertung des Preises kann vollständig verzichtet werden

Spätere Handhabung nicht transparent

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

Formelle Festlegungen des Auftraggebers

Der öffentliche Auftraggeber muss in seiner Ausschreibung transparente Regeln aufstellen, wie er mit den Angeboten umgehen will:

- Einheitliche Angebotsunterlagen, Vorgabe von Formblättern
- Aufforderungsschreiben
- Eindeutige Aufgabenbeschreibung, Zielvorgaben, zeitliche Abläufe etc.
- Beabsichtigter Vertrag (Entwurf) = Mindestbedingungen
- Angaben zu den Wertungskriterien (Eignungs- und Zuschlagskriterien) und deren Gewichtung (Wertungsmatrix)

Dokumentation

Wichtig!!

- Zuschlagskriterien und Eignungskriterien sind unterschiedliche Bereiche
  - Eignung = bieterbezogen
  - Zuschlag = angebotsbezogen

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

III. Rechtlicher Rahmen : Inhaltliche Anforderungen

Dokumentation des Verfahrens verpflichtend: § 6 UVgO; § 8 VgV Vergabevermerk

Fortlaufend: von Beginn an

1. Name und Anschrift des öffentlichen **Auftraggebers** sowie **Gegenstand** und **Wert** des Auftrags

2. Namen der berücksichtigten **Bewerber** und die Gründe für ihre Auswahl

3. nicht berücksichtigte Angebote und Teilnahmeanträge sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung

4. Gründe für die Ablehnung von Angeboten, die für ungewöhnlich niedrig befunden wurden

5. Name des **erfolgreichen Bieters** und die Gründe für die Auswahl seines Angebots

6. bei Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb die in § 14 Absatz 4 genannten Umstände, die die Anwendung dieses Verfahrens rechtfertigen

7. gegebenenfalls Angaben zu aufgedeckten **Interessenkonflikten** und getroffenen Abhilfemaßnahmen

8. gegebenenfalls die Gründe, aufgrund derer mehrere **Teil- oder Fachlose** zusammen vergeben wurden

→ Alle wesentlichen Verfahrensfestlegungen- und Handlungen (auch wesentliche interne Abstimmungen dazu) sowie die Kommunikation mit Marktteilnehmern/Bewerbern/Bietern

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

Eignungskriterien gesetzlich begrenzt:

§ 122 GWB:

(1) Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen werden.

(2) Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen AG im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, technische und berufliche Leistungsfähigkeit (z. B. Umsatz, Personal, Referenzen)

(3) …

(4) Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Die Wertung von Organisation, Qualifikation und Erfahrung (Zertifizierungen) des Personals ist gem. § 43 UVgO ausdrücklich zulässig. Das kann z. B. in Form von Konzeptbewertungen auf flexiblen Notenskalen erfolgen. (so auch BGH 4.4.2017- X ZB 3/17)

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

Festlegung von nicht diskriminierenden Eignungskriterien:

- Struktur des Büros, ggf. Wertung von Prozessrationalsierungen im Büro
- Vorgaben für die Bürogröße entsprechend den Planungsanforderungen
- Anforderungen an fachliche Erfahrungen des Büros, die für den zu vergebenden Auftrag unerlässlich sind
- Besondere Qualifizierungen; Nachweise
- Referenzen; Inwieweit müssen diese dem konkreten Projekt entsprechen? Wichtig: keine übertriebenen Anforderungen (§ 75 Abs. 5 VgV: vergleichbar!!)
- Forderung nach Referenzschreiben?
- Ansprechpartner für Referenzen
- Unzulässig: Ortsansässigkeit als Eignungskriterium; zulässig: Sicherstellung örtlicher Präsenz, wenn für den Auftrag erforderlich auch als Wertungskriterium.

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

III. Rechtlicher Rahmen: Inhaltliche Anforderungen

Unzulässig:
Forderung nach unverhältnismäßig hohen Jahresumsätzen im Verhältnis zum Auftragsumfang; Nachweis unverhältnismäßig hoher Versicherungssummen

Erfahrungen mit Förderpraxis im Land RLP

Referenzen nur aus einem bestimmten Gebiet

Wichtig:
Eignungskriterien müssen in der Bekanntmachung angegeben werden, damit der potentielle Bewerber ersehen kann, ob er diese überhaupt erfüllen kann. Sie dürfen nachträglich nicht geändert werden.

Strikte Abgrenzung zu Zuschlagskriterien, aber: bei vorgesehenem Team Überschneidungen möglich. Darstellung der Arbeitsweise des Teams im Projekt als Zuschlagskriterium zulässig.

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

Zuschlagskriterien

müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird (§ 127 GWB).

Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden.

Maßgebend ist, zu welchen Anforderungen im Angebot und im Verhandlungsgespräch der Auftraggeber Informationen erhalten will: Was ist besonders wichtig bei der Ausführung z. B. qualitative, umweltbezogene und ggf. soziale Aspekte?

- Die sog. Big Points sind als Leistungsanforderungen zu formulieren.
- Gewichtung des Preises (AG kann auch Festpreise vorgeben, so dass die Auswahl ausschließlich nach Qualitätskriterien erfolgt; bietet sich nach wie vor an und ist auch trotz Entfall der HOAI als verbindliches Preisrecht zulässig)
- Der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium scheidet bei Planungsleistungen aus. Welchen Anteil der Preis prozentual in der Wertung haben muss, ist gerichtlich nicht entschieden. Er darf aber einen ausschlaggebenden Faktor bilden. (OLG Düsseldorf Beschl. v. 21.05.2012, Verg 3/12: 30 % noch angemessen)

Wichtig: Zuschlagskriterien müssen so gefasst sein, dass eine Überprüfung möglich (Kontrolle) und eine Verbindung zum Auftragsgegenstand gegeben ist.

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

Zuschlagskriterien

- Wirtschaftliche/ architektonische Aspekte nicht objektivierbar, sondern subjektive Wahrnehmung des Beschaffungsgegenstandes
- Qualifikation des Planungsteams als unternehmensbezogenes Zuschlagskriterium zulässig, obwohl die Erfahrung des Projektteams klassischerweise ein Eignungskriterium ist (VK Westfalen, Beschl. v. 23.01.2018 –VK 1-29/17)
- Zu erwartende Qualität der Leistungen
- Änderungswünsche am vorgesehenen Vertrag

Wichtig:

- Sind die Kriterien nicht klar beschrieben und ist deshalb nicht verständlich (Empfängerhorizont!) für welche Nachweise welche Punkte erzielt werden können, ist die Wertungsmatrix intransparent

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

IV. Rechtlicher Rahmen: Verfahren unterhalb der Schwellenwerte

- Freiberufliche Leistungen unterhalb der Schwellenwerte sind nach den Bestimmungen des Haushaltsrechts auszuschreiben.
- Die primärrechtlichen Anforderungen Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung sind als tragende Grundsätze des Gemeinschaftsrechts bei der „Beschaffung“ des öffentlichen Auftraggebers auch außerhalb des europäischen Vergaberechts zu beachten.
- Unterhalb der EU-Schwellenwerte reicht es in der Regel aus, formlos 3 Angebote einzuholen.
- Formale Anforderungen bestehen nicht.
  Ausnahme für Leistungen bis Auftragswert 25.000,00 € netto:

✓ „Vergabeverfahren nur mit **einem** Unternehmer“ = Möglichkeit sich nur mit einem Büro in Verbindung zu setzen, aber kein sog. Direktkauf, sondern formalisiertes Vergabeverfahren: Streuungsgebot ist zu beachten.
Vergabevermerk: Begründung/Eignungsprüfung.

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

IV. Rechtlicher Rahmen: Verfahren unterhalb der Schwellenwerte

- Inhaltliche Vorgaben an ein formalisiertes Wettbewerbsverfahren gibt es nach der bisherigen **Verwaltungsvorschrift "Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz„ vom 24.04.2014** nicht und sind auch in der neuen VV nicht vorgesehen.
- AG ist aber berechtigt auch unterhalb der Schwellenwerte einen Teilnahmewettbewerb z. B. nach den Regeln der UvgO durchzuführen.
- Verfahrensarten nach der UVgO entsprechen grundsätzlich Oberschwellen-Verfahrensarten; Oberhalb der Schwelle Tool- Box auch für Planungsleistungen.
- Unterhalb der Schwelle möglich: Verhandlungsvergabe“ mit/ohne Teilnahmewettbewerb
  - ✓ Ersetzt bisherige „freihändige Vergabe“
  - ✓ Dient insb. begrifflicher Klarstellung
  - ✓ Ausnahmsweise (§ 12 Abs. 3 i.V.m § 8 Abs. 4 UVgO) auch mit nur einem Unternehmen zulässig

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

V. Rechtlicher Rahmen: Pauschalangebote

- Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars hat für beide Vertragsparteien Bindungswirkung.
- Sie muss bei Auftragserteilung erfolgen. Es sollten alle Honorargrundlagen ermittelt sein, ansonsten ist Streit vorprogrammiert.
- Eine Anpassung kann nur in Ausnahmefällen verlangt werden.
- Änderungen sind möglich, wenn die HOAI dem Vertrag zugrunde gelegt wurde und die Voraussetzungen des § 10 HOAI vorliegen, bzw. der AG Änderungsanordnungen nach § 650 b BGB trifft.
- Für eine Pauschalpreisvereinbarung müssen die maßgebenden Bemessungsfaktoren des Preises feststehen. Nur dann kann eine Übertragung auf veränderte Verhältnisse erfolgen.

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Dr. Stefanie Theis LL.M.
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht,
Fachanwältin für Vergaberecht,
Richterin am Verfassungsgerichtshof RLP

Kunz Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Weberstraße 21, 55130 Mainz
Tel.: 06131/ 971 767 - 0
theis@kunzrechtsanwaelte.de

© KUNZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB Alle Rechte vorbehalten.