

9. Kölner Vergabetage online 21. -23.09.2021

Honorarfreiheit im Vergabeverfahren - und was nun?

Hermann Summa, ROLG a.D.

Rechtlicher Ausgangspunkt

Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen und anderer Gesetze v. 12.11.2020, in Kraft seit dem 19.11.2020

- **Machte den Weg frei für die HOAI 2021, die zwar weiterhin Honorartafeln für die verschiedenen Leistungsbilder enthält.**
- **Diese sind aber nur noch „Orientierungshilfen“ (unverbindliche Preisempfehlungen) > § 2a HOAI.**
- **Das gilt zwangsläufig auch für das zugrundeliegende System der Flächen- oder Kostenorientierung.**

Rechtlicher Ausgangspunkt

Aber:

Vorbewertung des VO-Gebers (siehe auch § 1 Abs. 1 Satz 2 ArchLG)

- **Ein Honorar, das sich an den Tafelwerten orientiert, ist eine für alle Beteiligten akzeptable Vergütung = angemessen.**

(Einschub: Die heute geltenden Tafelwerte stammen aus dem Jahre 2013.)

Rechtlicher Ausgangspunkt

Konsequenzen für das Vergabeverfahren:

Auch bei der Vergabe von Planungsleistungen ist nunmehr ein (reiner?) Honorarwettbewerb für alle Leistungen zulässig.

Planer dürfen sich bei ihren Honorarangeboten selbstverständlich an der HOAI 2021 orientieren.

Sie dürfen die neue HOAI auch 1:1 umsetzen.

Sie können aber vom Auftraggeber nicht mehr dazu gezwungen werden.

Rechtlicher Ausgangspunkt

Das neue Recht lässt verschiedene Honorarmodelle zu; z.B.

- nach der Vergütungssystematik der HOAI (flächen- oder baukostenabhängige Tafelwerte)
- Pauschalhonorare
- Zeithonorare (Stundensätze)
- Faktorhonorare (x % der Gesamtbaukosten)
- Kombimodelle
- Erfolgshonorare (?)

Auftragswertschätzung

Vorbemerkung:

- Nach der VgV gilt der „funktionale Auftragsbegriff“, und zwar völlig unabhängig von der Leistungsart.
- Die einzelnen Planungsgewerke (Objekt, Tragwerk und Gebäudetechnik) sind, wenn sie für ein bestimmtes Bauvorhaben benötigt werden, **Fachlose**.
- Die Einzelwerte von Fachlosen sind **immer** zur Ermittlung des Auftragswerts zu addieren.
- Es gibt weder in europäischen noch im nationalen Vergaberecht ein Norm, in der stünde oder in die man hineininterpretieren könnte, bei Planungsleistungen sei eine Aufteilung nach Leistungsbildern zulässig.

Auftragswertschätzung

Früher:

- Eine seriöse Auftragswertschätzung nach der HOAI führte zwangsläufig zu einem realitätsnahen Ergebnis.

Heute: Honorarfreiheit

- Eine baukostenorientierte Honorarkalkulation kann zu einem völlig anderen Ergebnis führen als eine ausschließlich auf dem geschätzten (Personal-)Aufwand aufbauende Honorarkalkulation.
- große Abweichungen denkbar

Auftragswertschätzung

Aber:

§ 3 VgV verlangt eine seriöse Prognose, keine Ergebnisrichtigkeit.

Rechtlich „richtig“ ist jede Kostenschätzung, der eine **vertretbare Methode** zugrunde liegt.

Eine Kostenschätzung nach dem HOAI-System ist grds. eine vertretbare Methode!

Aber: Der Auftraggeber muss eine andere Methode wählen, wenn er (in zulässiger Weise?) durch Kalkulationsvorgaben die Anwendung des HOAI-Systems ausschließt.

Leistungsbestimmung vs. Kalkulationsfreiheit

Honorarangebote in einem Verfahren:

Bieter A: 102.000 € nach HOAI

Bieter B: 99.040 € pauschal

Bieter C: 98 €/h (Architekt); 43 €/h Mitarbeiter pauschal

Bieter D: 13 % der Gesamtbaukosten

Wie werten?

Wertung der „Preise“ mangels Vergleichbarkeit unmöglich!

Leistungsbestimmung vs. Kalkulationsfreiheit

Persönliche Meinung:

- Der Auftraggeber ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, durch Kalkulationsvorgaben eine **Vergleichbarkeit** der „Preise“ (= Gesamtsummen) sicherzustellen.
- **Aber:** Er darf nicht ein bestimmtes Modell verbindlich vorgeben (= HOAI durch die Hintertür) oder ausschließen.

Zulässig:

- Wer Stundensätze anbietet, muss auch die Anzahl der Stunden festlegen.

Unzulässig:

- Stundenhonorare sind nicht zugelassen.

Vertragsentwürfe müssen entsprechend gestaltet/angepasst werden.

Einschub

Planungsleistungen werden regelmäßig in einem VmT vergeben.

In einem Verhandlungsverfahren sind auch Preisverhandlungen zulässig.

Persönliche Meinung:

Dies schließt Verhandlungen über Modifizierungen oder Änderungen des Honorarmodells ein.

z.B. Festlegung einer Kostenobergrenze für Faktormodell

Wechsel vom Stundensatzmodell zum Pauschalhonorar

Mögliche Folge: Anpassung des Honorarteils finalen Vertragsentwurfs an das Verhandlungsergebnis

Festpreisvergabe

§ 58 Abs. 2 Satz 2 VgV:

Der öffentliche Auftraggeber kann auch Festpreise ... vorgeben, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien nach Satz 1 bestimmt wird.

Gilt auch für Planungsleistungen > reiner Qualitätswettbewerb

„Wer bietet mir für 100.000 € die beste Qualität?“

Freie Entscheidung des Auftraggebers

Vorschlag:

Festpreis an HOAI orientieren

Preis als einziges Zuschlagskriterium?

§ 76 Abs. 1 Satz 1 VgV

„Architekten- und Ingenieurleistungen werden im Leistungswettbewerb vergeben.“

Weitverbreitete Schlussfolgerung:

- Ein reiner Preiswettbewerb ist unzulässig!

Kann man so sehen.

Sinnvoll für die Planung standardisierter Objekte?

Preis als einziges Zuschlagskriterium?

Problematisiert wird: (Un-)Vereinbarkeit mit EU-Recht

M.E. kein Problem > liegt innerhalb des Gestaltungsspielraums, den das EU-Recht den Mitgliedsstaaten einräumt.

Persönliche Meinung:

Dem ZK „Preis“ sollte heute ein höherer Stellenwert beigemessen werden als in der Vergangenheit > höherer Wettbewerbsrelevanz

Denn:

- Eine hohe Gewichtung der nichtmonetären ZK kann zur Folge haben, dass eine im Vergleich zum Marktstandard **geringfügig höhere Qualität** mit einem **überproportionalen Zuschlag** auf den durchschnittlichen Marktpreis erkaufte wird.
 - **Extremfall:** Die Beschaffung einer überteuerten Luxusleistung kann nach den eigenen Vorgaben des Auftraggebers wirtschaftlich sein.

Angemessenheit

OSV früher:

Honorare mussten (weitgehend) nach der HOAI ermittelt werden.

- Ein auf diese Weise ermitteltes Honorar war kraft Gesetzes angemessen.
- Es bestand insofern nie Anlass für eine Preisprüfung.
- Vielmehr musste der Auftraggeber prüfen, ob das Angebot mit der HOAI in Einklang stand (§ 127 Abs. 2 GWB; § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV).

Angemessenheit

OSV heute:

Folge der Honorarfreiheit

Keine Prüfung mehr nach §§ 127 Abs. 2 GWB, 76 Abs. 1 Satz 2 VgV, sondern

- Preisprüfung nach § 60 VgV oder § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV kann im Einzelfall angebracht/notwendig sein.

Vertreten wird:

Jede Unterschreitung der Mindestsätze (= Basishonorarsätze) macht eine Prüfung nach § 60 VgV notwendig.

Angemessenheit

Persönliche Meinung: Nein!

- **§ 60 VgV erlaubt nicht die Schaffung quasiverbindlicher Basishonorarsätze durch die Hintertür.**
- **Unverbindliche Preisempfehlungen sind nun einmal unverbindlich und dürfen unterschritten werden.**
- **Der VO-Geber ist zwar verpflichtet, Honorartafel zu entwickeln, deren Anwendung zu angemessenen Honoraren führt.**
- **Weder er noch der Auftraggeber ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Planungsleistungen angemessen honoriert werden.**

Angemessenheit

§ 60 VgV schützt nicht den Billigheimer vor sich selbst.

Die Norm dient in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers vor einem Billigheimer, der bei der Ausführung zu „Einsparungen“ neigen könnte.

Also (wie auch in anderen Vergabeverfahren)

- bis 10% Abweichung vom **Bezugswert** > keine Veranlassung, etwas zu tun
- ab 20% Abweichung > Prüfungs- und Aufklärungspflicht
- dazwischen: Einzelfallentscheidung (Ermessen), auch abhängig von Honorarhöhe

Angemessenheit

Bezugswert?

nächsthöheres Honorar?

Höchstpersönliche geistig-schöpferische Leistungen werden anders kalkuliert als z.B. Bauleistungen.

- große Abweichungen bei Aufwandsprognose „systemimmanent“

Deshalb **Vorschlag**

derzeit = bis sich ein statistisch greifbares „neues“ Marktniveau entwickelt hat > **Bezugswert = Basishonorar**

Angemessenheit

USV?

§ 44 UvGO > wie § 60 VgV

Aber § 50 UVgO: Sonderregelung für freiberufliche Leistungen

Nahezu einhellige Meinung: Die übrigen Regelungen der UVgO sind nicht anwendbar > also auch nicht § 44?

Webfehler der UVgO aus der Zeit vor dem HOAI-Urteil des EuGH

Persönliche Meinung:

- Die Gedanken und Motive, die den §§ 60 VgV, 44 UVgO zugrunde liegen, gelten jetzt auch für die Vergabe von Planungsleistungen.

Angemessenheit

Letzter Hinweis:

In Vergabeerlassen u.ä. kann die Anwendbarkeit von UVgO-Regelungen auf Verfahren zur Vergabe von Leistungen nach § 50 UVgO angeordnet werden.

Beispiel:

VV Öffentliches Auftragswesen in RLP v. 18.08.2021 (in Kraft seit 06.09.2021)

5.5.1.

- Bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen (§ 50 UVgO) sind die §§ 1 bis 6 und 44 UVgO anzuwenden.

This is the end ...

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!