

Die Planer bleiben oft auf ihren Kosten sitzen

Dringend nötig: Anerkannte
Honorarregeln für Planer bei ÖPP-
Projekten

Frank Kumlehn und Andrée Rebmann

IBB

INSTITUT FÜR
BAUWIRTSCHAFT UND
BAUBETRIEB



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
BRAUNSCHWEIG

UNIV.-PROF. DR.-ING.
R. WANNINGER

SCHLEINITZSTR. 23 A
38106 BRAUNSCHWEIG

FON 0531 391-3174
FAX 0531 391-5953

ibb@tu-bs.de
www.ibb.tu-bs.de

Veröffentlichung

Braunschweig September 2006

Beim nachfolgenden Dokument handelt es sich um die Einreichungsfassung des Beitrags:

**Kumlehn, Frank ; Rebmann, Andree: Die Planer bleiben oft auf ihren Kosten sitzen :
Dringend nötig: Anerkannte Honorarregeln für Planer bei ÖPP-Projekten. In: Deutsches
Ingenieurblatt. Berlin : Schiele & Schön (2006), Nr. 9, S. 50-55**

Auf ggf. bestehende Unterschiede infolge redaktioneller Überarbeitung der Einreichungsfassung wird hingewiesen.

1 Einleitung

Das im Vergaberecht verankerte Recht auf eine angemessene Honorierung von Angebotsausarbeitungen wird in der Praxis allerdings oftmals ignoriert. Unterlegene Bieter, insbesondere die beteiligten Planer der unterschiedlichen Fachrichtungen, erhalten dadurch keinen adäquaten Ersatz ihrer Aufwendungen. Hiergegen muss – und kann – etwas unternommen werden. Welche Möglichkeiten es gibt, beschreibt der folgende Beitrag.

ÖPP-Projekte im Bausektor werden üblicherweise europaweit im Rahmen von nichtoffenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren ausgeschrieben und vergeben.

Seit dem Inkrafttreten der derzeit gültigen Vergabeverordnung (VgV) am 01. September 2005 ist zusätzlich die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs möglich. Praxiserfahrungen über diesem Vergabeverfahren, bei dem die Vergabestelle auf Basis einer allgemeinen Vorgabe von „Bedürfnissen und Anforderungen“ mit unterschiedlichen Bietern verhandelt, liegen allerdings derzeit noch nicht vor.

Der Ablauf der Vergabeverfahren gestaltet sich bei ÖPP-Projekten im Bausektor nach der VOB oder VOL. Welche der beiden Normen anzuwenden ist, entscheidet sich nach einem aktuellen Beschluss der Vergabekammer Arnsberg vom 07. März 2005 – (Az.: VK 2/2005) - entgegen der bislang angewendeten so genannten Schwerpunkttheorie - danach, ob Bauleistungen eine Haupt- oder nur eine Nebenleistung darstellen. Soweit nicht nur eine Nebenleistung vorliegt, ist unabhängig vom Verhältnis der Auftragsanteile die Vergabe zwingend gemäß VOB vorzunehmen. Die geänderte Abgrenzung der Anwendungsbereiche von VOB und VOL ergibt sich aus dem seit dem 07. September 2005 gültigen ersten ÖPP-Beschleunigungsgesetz, durch das geänderte Vorschriften in § 99 Abs. 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) aufgenommen wurden.

Übliche Ausschreibungsform bei ÖPP-Projekten ist die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm, die auch als funktionale Leistungsbeschreibung und in der Literatur zu ÖPP als Outputspezifikation bezeichnet wird. Vergabestellen verfolgen mit der Anwendung dieser Ausschreibungsform das Ziel, Planungsleistungen dem Wettbewerb zu unterstellen und aufeinander abgestimmte Bauleistungen, Leistungen der Nutzungsphase und Finanzierungsleistungen zu erhalten. Inwieweit diese Verfahrensweise zielführend ist und ob dabei architektonische Belange angemessen berücksichtigt werden, soll hier nicht weiter betrachtet werden.

Zur Erstellung eines Angebots für ein funktional beziehungsweise outputspezifisch ausgeschrieben ÖPP-Projekt müssen die Bieter Planungsleistungen im weiteren Sinn für den Bau des zu errichtenden Objekts, für den Betrieb des Projekts in der Nutzungsphase, für die Finanzierung und das allgemeine Bauherren- und Projektmanagement erbringen (Abb. 1).

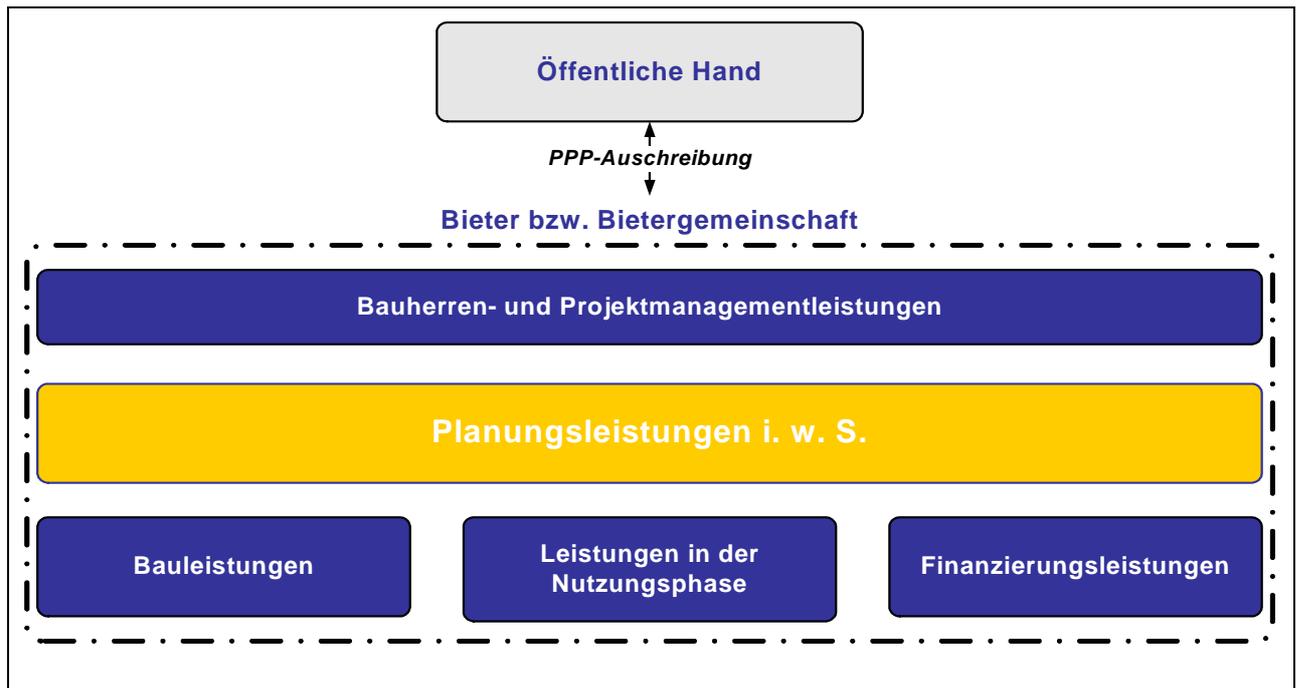


Abb. 1: Bei PPP-Projekten von Bietern zu erbringende Planungs- und Ausführungsleistungen

Die Planungsleistungen im weiteren Sinne sind damit für den Akquisitionserfolg entscheidend, so dass der Arbeit und dem Engagement der bieterseits diesbezüglich eingebundenen Architekten und Ingenieure sowie weiteren Beratern eine außerordentlich große Bedeutung zukommt. Da bei der Angebotserstellung für ein ÖPP-Projekt sämtliche im Vertragszeitraum von üblicherweise 20 bis 30 Jahren anfallenden Leistungen zu konzipieren sind, entstehen auf Seiten der Bieter beträchtliche Kosten. Nur selten steht diesen Kosten allerdings eine angemessene Honorierung gegenüber. Den Verfassern sind Beispiele bekannt, bei denen weniger als 10 % der tatsächlichen Kosten ersetzt wurden.

2 Kostenbestandteile der Angebotsausarbeitung im Wettbewerb

Bei näherer Betrachtung einer typischen Bietergemeinschaft für ein ÖPP-Projekt wird deutlich, bei wem Kosten für die kostenfrei zu erbringende Angebotsbearbeitung und für „honorierungspflichtige“ Angebotsausarbeitungen entstehen. Unter Angebotsbearbeitung ist das Kalkulieren von Preisen auf Basis vorhandener Planungen und konkreter Leistungsverzeichnisse zu verstehen. Angebotsausarbeitungen sind demgegenüber Planungsleistungen in Form von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, statischen Berechnungen, Mengenerrechnungen oder anderen Unterlagen, die zusätzlich für die Erstellung eines Angebots notwendig sind oder unmittelbar von der Vergabestelle verlangt werden. Abb. 2 verdeutlicht, dass Planer regelmäßig rechtlich nicht an der Bietergemeinschaft teilhaben, die sich später zur Arbeitsgemeinschaft beziehungsweise Projektgesellschaft konstituiert. Dieser Umstand begründet sich daraus, dass Planungsbüros als selbstständige Unternehmen nicht die notwendige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzen, um an der Bietergemeinschaft unmittelbar teilhaben zu können. Es ist zu bedenken, dass Bietergemeinschaften Gesellschaften bürgerlichem Rechts sind, bei denen das Prinzip der gesamtschuldnerischen Haftung gilt.

Sofern sich Planungsbüros unmittelbar an Bietergemeinschaften beteiligen wollten, müssten sie wirtschaftlich dazu in der Lage sein, in die Leistungen der anderen Gesellschafter einzutreten.

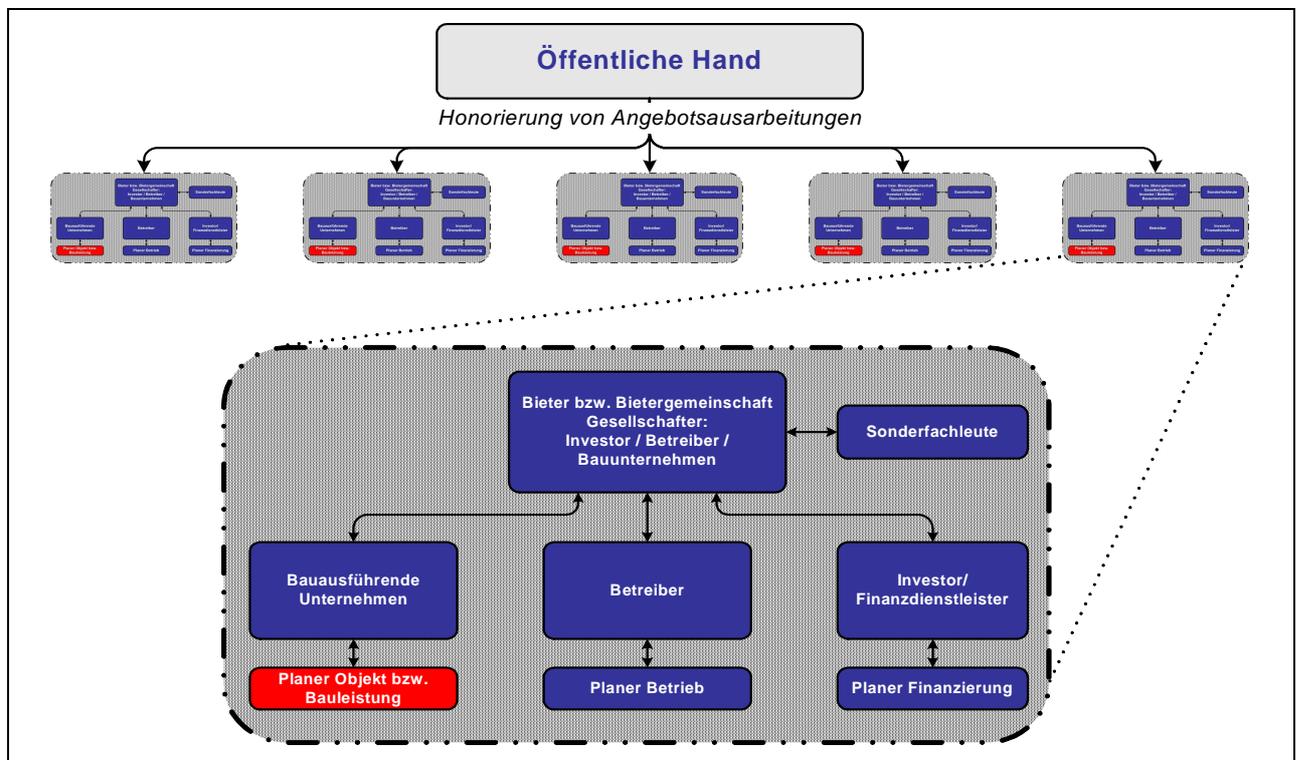


Abb. 2: Beteiligte an Angebotsausarbeitungen einer typischen Bietergemeinschaft bzw. Projektgesellschaft

Die erforderlichen Planungsleistungen, das heißt insbesondere die aufgrund des Leistungsprogramms beziehungsweise der Outputspezifikation notwendigen Angebotsausarbeitungen, werden üblicherweise zunächst von den Mitgliedern der Bietergemeinschaft übernommen. Diese verfügen entweder über eigene Planungskapazitäten, wie dies zumeist bei Betreibern und Investoren oder Finanzdienstleistern der Fall ist, oder sie beauftragen externe Planer und Berater. Dies ist wiederum typisch für die Planung des eigentlichen Bauobjekts oder für besondere vertragsrechtliche oder steuerliche Beratungen. Aufwendungen beziehungsweise Kosten für Angebotsausarbeitungen entstehen somit bei den Planungsabteilungen der Bieter und bei den extern hinzugezogenen Planern und Beratern.

In quantitativer Hinsicht ergibt sich nach Einschätzung der Verfasser in Bezug auf die notwendige Anfertigung von Angebotsausarbeitungen bei Leistungsprogrammen beziehungsweise Outputspezifikationen, dass auf Seiten der Bieter Planungskosten entstehen, die nur in Teilen durch die der HOAI zu entnehmenden Honorarregelungen erfasst werden.

Es ist zu bedenken, dass die HOAI lediglich den Aufwand im Bereich der mit dem eigentlichen Bauobjekt verbundenen Planungskosten erfasst.

Die nicht unwesentlichen Aufwendungen für Angebotsausarbeitungen zu den Bauherren- und Projektmanagementleistungen, Leistungen in der Nutzungsphase oder Finanzierungsleistungen sind kostenmäßig somit zusätzlich zu erfassen.

Weiterhin ist zu beachten, dass den Privaten bei ÖPP-Projekten oftmals auch gewisse Objekt- und Nutzungsrisiken übertragen werden. Dies bedingt, dass sie die von Vergabestellen in den Verbindungsunterlagen enthaltenen Grundlagenermittlungen etc. zur Absicherung ihres Projektrisikos nochmals überprüfen müssen, wodurch weitere Planungskosten entstehen.

3 Vorschriften zur Honorierung von Angebotsausarbeitungen

Grundlage für die Honorierung von Angebotsausarbeitungen sind die bei einer ÖPP-Ausschreibung maßgeblichen Vergabevorschriften. Die Ermittlung der zutreffenden Honorierung aus diesen Regelwerken stellt jedoch ein Problem dar, weil zur Festsetzung der Höhe keine expliziten Bemessungsvorschriften vorhanden sind. Darüber hinaus werden lediglich unbestimmte Rechtsbegriffe genannt, deren Verwendung zudem nicht einheitlich erfolgt. Es werden für ein und denselben Sachverhalt die Begriffe „Entschädigung“, „Kostenerstattung“ und „Vergütung“ in unterschiedlichen Verordnungen synonym angewendet (siehe Tab. 1). Äußerst irreführend ist außerdem, dass die Begriffsverwendung nicht mit der Bedeutung in anderen Fällen, insbesondere bei Sachverhalten des Werkvertragsrechts (§ 631 BGB) übereinstimmt.

§ 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A	§ 20 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A	§ 15 Abs. 2 VOF	§ 6a Abs. 7 VgV:
„Für die Bearbeitung des Angebots wird keine Entschädigung gewährt. Verlangt jedoch der Auftraggeber, dass der Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statische Berechnungen, Mengenberechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet, insbesondere in den Fällen des § 9 Nummern 10 bis 12, so ist einheitlich für alle Bieter in der Ausschreibung eine <u>angemessene Entschädigung</u> ¹ festzusetzen.“	„Für die Bearbeitung des Angebotes werden keine Kosten erstattet. Verlangt jedoch der Auftraggeber, dass der Bieter Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet, insbesondere in den Fällen des § 8 Nr. 2 Abs. 1 Buchst. a), so ist einheitlich für alle Bieter in der Ausschreibung eine <u>angemessene Kostenerstattung</u> festzusetzen.“	„Verlangt der Auftraggeber darüber hinaus, dass Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, so ist einheitlich für alle Bewerber eine <u>angemessene Vergütung</u> festzusetzen. Gesetzliche Gebühren- oder Honorarordnungen und der Urheberrechtsschutz bleiben unberührt.“	„Verlangen die staatlichen Auftraggeber, dass die am wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, müssen sie einheitlich für alle Unternehmen, die die geforderte Unterlage rechtzeitig vorgelegt haben, eine <u>angemessene Kostenerstattung</u> hierfür gewährleisten.“

Tabelle 1: Vorschriften zur Honorierung von Angebotsausarbeitungen

Die in Deutschland seit dem 01. Februar 2006 neben der Vergabeverordnung (VgV), der VOB/A, der VOL/A und der VOF unmittelbar anzuwendende Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) enthält keine vergabeverfahrenübergreifenden Regelungen für die Honorierung von Angebotsausarbeitungen. Lediglich für den wettbewerblichen Dialog gilt die Bestimmung, dass „die öffentlichen Auftraggeber [...] Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog vorsehen“ können. Nach europäischem Vergaberecht wird den Vergabestellen somit eine Honorierung frei gestellt.

¹ Bis zur Ausgabe von 1952 wurde in der VOB/A noch der Begriff „angemessene Vergütung“ verwendet. Durch den Wechsel zum Begriff „angemessene Entschädigung“ sollte verdeutlicht werden, dass dem Bieter kein Anspruch auf eine taxmäßige Vergütung i. S. v. § 632 BGB zusteht. Alternativ wurden bei der Neufassung der VOB/A von 1973 auch die Begriffe „Aufwandsersatz“ und „Kostensersatz“ diskutiert. Diese wurden jedoch als nicht so neutral angesehen wie der Begriff „Entschädigung“.

Sämtliche im Vergaberecht im Zusammenhang mit der Honorierung von Angebotsausarbeitungen verwendeten Begriffe sind nach Ansicht der Verfasser verfehlt.

Dies gilt auch für den zuletzt in der VgV neu aufgenommenen Begriff der Kostenerstattung, was ein Vergleich mit der Kostenerstattung bei privaten Krankenkassen zeigt. Der Begriff suggeriert, dass ein Anspruch auf Ersatz sämtlicher tatsächlich entstandener und nachgewiesener Kosten gewährt wird, soweit diese der Höhe nach nicht unangemessen sind. Eine derart umfangreiche Gegenleistung wird nach dem Vergaberecht jedoch nicht zu gewähren sein. Stattdessen ist im Vergaberecht trotz der verwendeten unterschiedlichen Begriffe eine „angemessene“ Entschädigung, Kostenerstattung oder Vergütung in allen Fällen gemeint, dass von der Vergabestelle ein „angemessener“ fixer Geldbetrag festgelegt wird, den all diejenigen erstattet bekommen, die eine Angebotsausarbeitung in qualitativ ausreichender Form termingerecht im Rahmen eines Wettbewerbs vorlegen.

Obwohl dies in Teilen der Literatur kontrovers gesehen wird, kommt es bei dem Geldbetrag nicht auf das Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand des einzelnen Bieters an, da ansonsten Bieter mit unterschiedlichen Kostenstrukturen auch unterschiedliche Zahlungen erhalten müssten.

Da die Vergabestelle den Geldbetrag einseitig nach ihrem billigen Ermessen festsetzt, bewegt sich seine Bemessung verständlicherweise innerhalb eines recht beträchtlichen subjektiven Spielraums.

Wenn in der einschlägigen Fachliteratur beispielsweise erklärt wird, dass unter den Begriffen der Entschädigung, Kostenerstattung oder Vergütung im Zusammenhang mit Angebotsausarbeitungen ein Aufwendungsersatz zu verstehen sei, bei dem ein Gewinnanteil nicht zu berücksichtigen ist, so kann dem nur sehr bedingt gefolgt werden.

Zum einen sind die tatsächlichen Aufwendungen für den Auftraggeber nicht messbar, schon gar nicht in Bezug auf die einzelnen Angebote der verschiedenen Bieter. Fehlt jedoch diese konkrete Basis, so kann zum anderen das prinzipiell zwar richtige Reduzieren um einen Gewinnanteil in der Höhe wiederum nur ungenau und unspezifisch erfolgen. Angesichts der widersprüchlichen Angaben im Vergaberecht ist zu fordern, dass die in den Verordnungen verwendeten verschiedenen Formulierungen vereinheitlicht und präzisiert werden. Begrifflich sollte in Anlehnung an die VKR das Wort „Prämie“ (v. lat. praemium = Belohnung, Preis, Vorteil, Anteil, Gewinn) verwendet werden, dass eine als Auszeichnung oder Anerkennung gewährte Leistung beschreibt.

In Anlehnung an die Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe auf den Gebieten der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens (GRW) von 1995 wäre auch die Verwendung des Begriffs „Bearbeitungshonorar“ denkbar. Durch die Begriffsverwendung muss verdeutlicht werden, dass ein Fixbetrag gezahlt wird, das heißt eine pauschale Gegenleistung, die nur in einem begrenzten Verhältnis zu der von einem Bieter tatsächlich erbrachten Leistung steht. Im Weiteren ist zu fordern, dass bezüglich der Höhe des Fixbetrags durch den Verordnungstext greifbare Anhaltspunkte für eine Bemessung vorgegeben werden (siehe unten).

4 Praxis der Honorierung und Gründe für den status quo

Wie bereits erwähnt, wird bei der Ausschreibung von ÖPP-Projekten häufig darauf verzichtet, den Bietern/Bietergemeinschaften Angebotsausarbeitungen zu honorieren. Erfolgt eine Honorierung, ist die Angemessenheit zumeist in Frage zu stellen. Demgegenüber sind trotz der begrifflichen

Unterschiede die vergaberechtlichen Regelungen dahingehend eindeutig, dass eine angemessene Honorierung von Angebotsausarbeitungen bei ÖPP-Projekten erfolgen muss, und zwar für jeden Bieter, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat.

Weniger eindeutige beziehungsweise davon abweichende Empfehlungen finden sich in Leitfäden zur Durchführung von ÖPP-Projekten, die in den letzten Jahren veröffentlicht wurden. Eine Formulierung wie "... kann es bei komplexen ÖPP-Projekten, die einen hohen Aufwand bei der Angebotserarbeitung verursachen, sinnvoll erscheinen, im Anschreiben sog. Bieterentschädigungen in Aussicht zu stellen, d. h. pauschalierte Honorare für solche Bieter, die letztlich nicht den Zuschlag erhalten" sei hierfür beispielhaft genannt. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich in keiner Verordnung eine Regelung findet, nach der lediglich die Entschädigung der unterlegenen Bieter erfolgen soll und nicht die des späteren Auftragnehmers.

Darüber hinaus ergibt sich aus einer derartigen Handhabung auch für den Auftraggeber kein wirtschaftlicher Vorteil, weil jeder Bieter demnach die Kosten der Angebotsausarbeitung auf den Angebotspreis für die Bau- und Dienstleistungen addieren müsste, in dem Wissen, dass er im Auftragsfall kein Honorar erhalten würde. Unter der Voraussetzung, dass die Entschädigung gleich den Kosten der Angebotsausarbeitung wäre, zahlt der Auftraggeber somit denselben Betrag an den Auftragnehmer, entweder im Gesamtpreis oder als Honorar separat.

Eine andere von einigen Auftraggebern praktizierte Variante besteht darin, die Kosten für die Honorierung der Angebotsausarbeitungen aller Bieter auf den obsiegenden Bieter umzulegen. In diesem Fall braucht die Vergabestelle die Honorierung der Angebotsausarbeitungen nicht aufzubringen, da sie Bestandteil der auftragnehmerseitigen Finanzierung des Gesamtprojekts wird. Diese Vorgehensweise muss mit Hinweis auf einen Beschluss des OLG Celle vom 01. März 2001 (Az. 13 Verg 1/01) als unzulässig angesehen werden. Bei dem dort entschiedenen Fall sollte der Auftragnehmer die Kosten für die Entschädigung der nicht erfolgreichen Bieter sowie für Beratungsleistungen übernehmen, die der Auftraggeber in Anspruch genommen hat. Festgestellt wurde, dass es vergabefremd und rechtswidrig sei, wenn ein Bieter im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung neben seiner eigenen Leistungspflicht zusätzlich zur Übernahme einer fremden Schuld verpflichtet werden soll.

Rein praktisch stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, wer die Kosten trägt, wenn das Ausschreibungsergebnis dazu führt, dass die veranschlagten Haushaltsmittel nicht eingehalten werden oder der Wirtschaftlichkeitsvergleich zu Ungunsten der ÖPP-Variante ausfällt und deshalb das Vergabeverfahren aufgehoben werden muss. Die in der Praxis häufig vorzufindende Verfahrensweise von Vergabestellen, trotz rechtlicher Verpflichtung keine Honorierung zu gewähren, wird somit nachvollziehbar.

Da den Vergabestellen mitunter die notwendigen finanziellen Mittel fehlen, um selbst die Initiierung eines ÖPP-Projekts zu finanzieren, werden die unmittelbar entstehenden Kosten dadurch gesenkt, dass Honorare nicht gewährt werden. Konsequenterweise müssen die Bieter die Kosten der Angebotsausarbeitung unter Berücksichtigung ihrer Auftragswahrscheinlichkeit in ihre Angebotspreise übernehmen.

Nur indirekt abhängig von den vergaberechtlichen Randbedingungen stellt sich die Situation bei den extern eingebundenen Planern aufgrund ihrer Position in der Bieterorganisation dar (vergleiche Abb. 2).

Die Marktsituation der Architekten und Ingenieure erlaubt es derzeit oftmals, mit extern hinzugezogenen Büros eine erfolgsabhängige Honorierung zu vereinbaren. Von den beauftragenden Bauunternehmen oder von der Bietergemeinschaft werden dabei Kosten (in angemessener Höhe) nur dann erstattet, wenn der Vergabewettbewerb gewonnen und der Auftrag erteilt worden ist. Unter diesen Bedingungen und angesichts der beträchtlichen Kosten für die Erstellung der meist sehr umfangreichen Angebotsausarbeitungen ist die Teilnahme an den Projekten für kleine und mittlere Büros/ Unternehmen mit einem hohen Risiko behaftet.

Ob und in welchem Umfang eine gegebenenfalls von der Vergabestelle gewährte Honorierung für Angebotsausarbeitungen proportional zu dem bei den extern hinzugezogenen Büros entstandenen Aufwand gezahlt wird oder ob die Bietergemeinschaften die Honorierung nicht im Wesentlichen für sich behalten, ist fraglich.

5 Bemessung der „angemessenen“ Honorierung

Bei der Bemessung der Honorierung ist zunächst auf den Hintergrund der im Vergaberecht vorgesehenen Zahlungsverpflichtung hinzuweisen. Aus wettbewerblichen Gründen und auch aus Gründen der Mittelstandsförderung ist es gewollt, möglichst vielen und insbesondere auch kleinen und mittelständischen Bietern eine Teilnahme an Vergabeverfahren zu ermöglichen. Allen Teilnehmern müssten somit vergleichbare Teilnahmevoraussetzungen gewährt werden.

Diesem Grundsatz stehen jedoch insbesondere bei ÖPP-Projekten unterschiedliche Kostenstrukturen der einerseits kleinen und mittelständischen und andererseits der großen Bieter gegenüber. Soweit bei der Bemessung der Honorierung ein „angemessener“ Betrag festgelegt werden soll, müsste dies prinzipiell berücksichtigt und den unterschiedlichen Bietern verschiedene Beträge zugebilligt werden. Dies erscheint jedoch in der Praxis nicht möglich zu sein und würde auch erhebliche Ansatzpunkte für Manipulationen bieten. Es ist somit festzustellen, dass auf eine unterschiedliche Bieterstruktur bei der Bemessung der Honorierung keine Rücksicht genommen werden kann.

Hinsichtlich der Höhe der Honorierung ist im Weiteren die im Vergaberecht eingangs genannte Regelung zu berücksichtigen, dass „für die Bearbeitung des Angebots keine Entschädigung/Vergütung/Kostenerstattung gewährt“ wird. Aufwendungen für das schlichte Kalkulieren und Einsetzen von Preisen sind bei ÖPP-Projekten zwar eng mit Aufwendungen für die Erstellung von Angebotsausarbeitungen verbunden, was eine getrennte Kostenerfassung stark erschwert. Dennoch muss bei der Bemessung der „angemessenen“ Honorierung im Einzelfall der nicht ersatzfähige Aufwand hinreichend deutlich und nachprüfbar abgegrenzt werden. Ebenso wenig erstattungsfähig dürften Aufwendungen von Bietern sein, die für die interne organisatorische Abwicklung anfallen. Insbesondere für ÖPP-Projekte gilt, dass Unternehmen regelmäßig nicht alle erforderlichen Teilleistungen im eigenen Betrieb ausführen können. Sie müssen sich daher mit anderen Betrieben beziehungsweise Unternehmen innerhalb von Bietergemeinschaften zusammenschließen oder Nachunternehmern auswählen. Der entsprechende Auswahlprozess kann dabei einen nicht unerheb-

lichen Aufwand verursachen, da sich Private ebenso wie die öffentliche Hand bei der konventionellen Auftragsvergabe zuvor von der fachlichen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit ihrer Partner überzeugen müssen.

In Bezug auf die Bemessung der Höhe der Honorierung wird in der rechtlichen Literatur darauf hingewiesen, dass lediglich der entstandene Aufwand honoriert werden soll, so dass bei Zugrundelegen von „angemessenen“ Marktpreisen unter Zuhilfenahme der Regeln des Preisrechts der Gewinnanteil herauszurechnen ist. Relevant ist dies insbesondere für die in den Honorartafeln der HOAI enthaltenen Preise, die als Bestandteil des Preisrechts zur Bemessung der Honorierung bei Planungsleistungen grundsätzlich heranzuziehen sind.

Bei der Bemessung der Honorierung von Angebotsausarbeitungen für ÖPP-Projekte kann die HOAI nur für die Planung des baulichen Teils als Orientierungshilfe herangezogen werden.

Planungsleistungen zur Konzeption der Nutzungsphase und zur Konzeption der erforderlichen Finanzierungsleistungen werden nicht vom Preisrecht erfasst, so dass taxmäßige Honorartabellen nicht existieren. Auch sonstige allgemein anerkannte Sammlungen üblicher oder angemessener Marktpreise für die im Zusammenhang mit ÖPP-Projekten anfallenden sonstigen Angebotsausarbeitungen existieren nicht. Entsprechendes Datenmaterial wäre jedoch zwingend erforderlich, um im Sinne des Vergaberechts die „Angemessenheit“ einer Honorierung von Angebotsausarbeitungen bewerten zu können.

6 Mögliche Folgen bei fehlender oder unangemessener Honorierung

Die oben genannten Regelungen zur Entschädigung beziehungsweise Kostenerstattung sehen entgegen der gängigen Praxis eigentlich keinen Entscheidungsspielraum für den öffentlichen Auftraggeber vor.

Die Entschädigung beziehungsweise Kostenerstattung ist zwingend in den Vergabeunterlagen festzulegen und jedem Bieter zu gewähren, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat. Wenn der Auftraggeber die Zahlung einer Entschädigung beziehungsweise Kostenerstattung nicht vorsieht, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass ein Bewerber das Fehlen der Entschädigungsfestsetzung gemäß § 20 Nr. 1 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügt und ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 97 ff. GWB vor der Vergabekammer eingeleitet wird.

Auch wenn die Vergabekammer ein Nachprüfungsverfahren aus anderen Gründen zulässt und eine Prüfung des Vergabeverfahrens durchführt, kann sie das Fehlen einer Entschädigungsfestsetzung aufgreifen und verfolgen.

Die Folge wäre stets ein zeitraubendes und kostenträchtiges Verfahren, in dem gegebenenfalls eine angemessene Honorierung für alle Bieter festgesetzt wird. In einer vom Bundesministerium in Auftrag gegebenen Untersuchung des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig „Baukostensteigerungen durch Vergabenachprüfungsverfahren“ wurde festgestellt, dass mit der Durchführung von Nachprüfungsverfahren die im Angebot angenommenen Ausführungsfristen um im Mittel circa zehn Wochen verschoben werden.

Ein statistisch abgesicherter Mittelwert konnte für die nachprüfungsbedingt entstandenen Mehrkosten nicht bestimmt werden, da diese zum Zeitpunkt des Nachprüfungsverfahrens noch nicht beim Auftraggeber geltend gemacht waren, teilweise in anderen Nachträgen verrechnet wurden oder vom Auftragnehmer angesichts der Bedeutung der öffentlichen Hand als potentieller Auftraggeber vorbehaltlos eine kostenfreie Verschiebung zugestanden wurde. Im Einzelfall wurden allerdings Mehrkosten von bis zu 265 Prozent des Auftragswerts für das streitgegenständliche Gewerk festgestellt, was die Notwendigkeit der Einhaltung der Vergabevorschriften unterstreicht.

7 Vorteile einer Honorierung und Lösungsansatz

Mit der im Vergaberecht festgelegten Honorierung der Angebotsausarbeitung wird zum einen das Ziel verfolgt, den Bietern einen Ersatz für ihre in Relation zu konventionellen Ausschreibungen hohen Aufwendungen zu gewähren. Auf der anderen Seite hat der öffentliche Auftraggeber aber auch volkswirtschaftlichen Aspekten Rechnung zu tragen.

Die Vergabestelle soll deshalb dazu veranlasst werden, von vornherein gründlich zu untersuchen und abzuwägen, ob die gewählte Ausschreibungsform, hier konkret die Initiierung eines ÖPP-Projekts, insgesamt ökonomisch vorteilhaft sein wird. Ein Bestandteil der Überlegungen muss dabei sein, dass für ein Bauprojekt mehrfach Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder anderen Unterlagen ausgearbeitet werden, dadurch entsprechende Kosten entstehen und lediglich die "Auftragsvariante" weiter verwendet wird. Die Vorteile, welche sich der Auftraggeber durch die gewählte Vorgehensweise verspricht, sollten die Kosten für eine angemessene Honorierung deutlich überwiegen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass bei konventioneller Vorgehensweise für die einmalige Planung auch das Architekten- und Ingenieurhonorar zu vergüten wäre.

Es ist sicher zu kurz gedacht, wenn die Vergabestelle zwar eine angemessene Honorierung der Angebotsausarbeitungen vorsieht, jedoch die Anzahl der Bieter insbesondere aus Kostengründen auf zwei oder drei beschränkt.

Nach allen Erfahrungen, die zur Auftragsvergabe im öffentlichen Bereich bestehen, ist ein intensiver Wettbewerb von entscheidendem Einfluss auf die Höhe des Angebotspreises. Durch eine angemessene Honorierung der Angebotsausarbeitung bei ÖPP-Projekten kann der Wettbewerb deutlich gefördert werden. Von vornherein wird eine größere Anzahl von leistungsfähigen und kompetenten Unternehmen bereit sein, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Überlegungen zur Auftragswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit von der Anzahl der Konkurrenten treten in den Hintergrund, wenn die Bieter/Bietergemeinschaften damit rechnen dürfen, zumindest wesentliche Teile ihrer Aufwendungen honoriert zu bekommen.

Gleichfalls steigt die Bereitschaft aller bieterseits Beteiligten, einschließlich und vor allem der für die Herstell- und Nutzungskosten planungsverantwortlichen Architekten und Ingenieure, ein Höchstmaß an Engagement, innovativen Ideen und Kreativität zur Optimierung des zu planenden Bauobjekts einzubringen.

Somit steigt die Chance sowohl aus Sicht des Bieters als auch aus der am Ende maßgebenden Sicht des Auftraggebers, dass ein im Hinblick auf die Nutzeranforderungen und den Preis optimales Angebot vorgelegt wird.

Wie oben dargelegt, existieren bislang keine geeigneten Grundlagen zur Bemessung der Höhe der Honorierung, so dass es äußerst fragwürdig erscheint, wie objektiv im konkreten Einzelfall die im Vergaberecht geforderte „Angemessenheit“ einer gewährten Entschädigung/ Kostenerstattung/Vergütung bewertet werden kann.

Nach Ansicht der Verfasser ist es daher notwendig, ebenso wie bei der Bewertung von Angebotsausarbeitungen für funktional ausgeschriebene Bauleistungen, die insbesondere in den 1970er Jahren untersucht wurden, auf Basis von Umfragen bei den beteiligten Unternehmen die tatsächlich anfallenden Kosten zu evaluieren.

Die jeweils genannten Gesamtkosten könnten dann in erstattungsfähige und nicht erstattungsfähige Kosten gegliedert werden, darauf aufbauend kann ein nachweisbar „angemessener“ Betrag festgelegt werden. Hierbei sollten allerdings auch Angebotsausarbeitungen der unterschiedlichen Planer voneinander differenziert werden, damit sowohl die Mitglieder von Bietergemeinschaften als auch ggf. als Nachunternehmer beauftragte Planer transparent das auf ihren Leistungsanteil entfallende Honorar bestimmen können.

Die zunehmende Anzahl von ÖPP-Projekten in Deutschland macht Untersuchungen auf Basis gesicherter Daten aus der Praxis dringend notwendig. Auch wenn es sich bei den zu analysierenden Kostendaten zumeist um sensitive Interna handelt, sollten die an ÖPP-Projekten Beteiligten – Auftraggeber und Auftragnehmer/Bieter - im eigenen Interesse unterstützend mitwirken und das notwendige Datenmaterial und die zugehörigen Informationen in objektiver Art und Weise beisteuern.