

Die Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa, Postfach 101529, 28015 Bremen

Auskunft erteilen

Janine Lamot

Johanna Wallenhorst
Zimmer 508/503

T: +49(0)421 361 -10137/-35367

F: +49(0)421 496 -10137/-35367

E-Mail:

[janine.lamot@wah.bremen.de/](mailto:janine.lamot@wah.bremen.de)

johanna.wallenhorst@wah.bremen.de

Mein Zeichen

(bitte bei Antwort angeben) 024/024-3

Bremen, 30.10.2019

Erlass 03/2019 der zentralen Service- und Koordinierungsstelle für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungen (zSKS) über die Vergabe öffentlicher Aufträge über Architekten- und Ingenieurleistungen im Anwendungsbereich der HOAI (HOAI-Vergabe-Erlass)

Verfahrensvorschrift nach § 3 Abs. 3 BremVergabeOrgV

Anlässlich des Urteils des EuGH v. 04.07.2019 (Rs. C-377/17, „HOAI-Urteil“) erlässt die zSKS mit **Wirkung zum 04.11.2019** folgende Verfahrensvorschrift:

1. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Architekten- und Ingenieurleistungen im Anwendungsbereich der HOAI (im Folgenden: HOAI-Leistungen) ist es nicht zulässig, Angebote allein deshalb auszuschließen, weil sie die Mindestsätze der HOAI unterschreiten oder die Höchstsätze der HOAI überschreiten.
2. Die in der HOAI enthaltenen Mindest- und Höchstsätze dürfen vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen von Vergabeverfahren über HOAI-Leistungen nicht mehr verbindlich vorgegeben werden. Die zSKS empfiehlt, im Regelfall den Mindestsatz als Grundlage für die Honorarberechnung vorzugeben, mit der Möglichkeit für den Bieter, Zu- oder Abschläge hierauf vorzunehmen. Die übrigen Regelungen der HOAI, insbesondere die Systematik der Honorarermittlung, gelten weiterhin unverändert.
3. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über HOAI-Leistungen ist bei Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien den Vorgaben der vorstehenden Ziffer 2 Rechnung zu tragen. In der Regel ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über entsprechende Architekten- und Ingenieurleistungen neben den üblichen Qualitätskriterien zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit auch ein Preiskriterium erforderlich.

Dienstgebäude
Zweite Schlachtpforte 3
28195 Bremen
www.wirtschaft.bremen.de

 **Eingang**
Martinistraße 28
28195 Bremen

 **Martinistraße**
Bus Linie 25

Bankverbindungen
Nord/LB
IBAN: DE27 2905 0000 1070 1150 00 BIC: BRLADE22XXX
Sparkasse Bremen
IBAN: DE73 2905 0101 0001 0906 53 BIC: SBREDE22XXX
Deutsche Bundesbank, Filiale Hannover
IBAN: DE16 2500 0000 0025 0015 30 BIC: MARKDEF1250

Dienstleistungen und Informationen der Verwaltung unter Tel. (0421) 361-0
www.transparenz.bremen.de, www.service.bremen.de

4. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Erlasses bereits begonnene Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge über HOAI-Leistungen sind entsprechend der Vorgaben der Ziffern 1. bis 3. anzupassen.
5. Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge über HOAI-Leistungen, die nach Inkrafttreten dieses Erlasses begonnen werden, sind entsprechend der Vorgaben der Ziffern 1. bis 3. auszugestalten.
6. Die Ausnahmevorschrift des § 5 Abs. 2 S. 1 lit. d TtVG ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über HOAI-Leistungen nicht mehr anwendbar. Es müssen mithin gemäß § 5 Abs. 1 TtVG drei Vergleichsangebote eingeholt werden, sofern nicht eine der anderen Ausnahmen des § 5 Abs. 2 S. 1 TtVG einschlägig ist.
7. Dieser Erlass ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über HOAI-Leistungen sowohl im Bereich oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte (im Sinne von § 106 GWB) anzuwenden.
8. Dieser Erlass gilt für öffentliche Aufträge über Architekten- und Ingenieurleistungen im Anwendungsbereich der HOAI, die von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 GWB oder von Sektorenauftraggebern im Sinne des § 100 GWB vergeben werden.

Bremen, den 30.10.2019

Im Auftrag

gez. Susann Blaseio

Begründung:

Einleitung

Mit Urteil vom 04.07.2019 (Rs. C-377/17, „HOAI-Urteil“) hat der EuGH festgestellt, dass Deutschland dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt (2006/123/EG) verstoßen hat, dass es verbindliche Honorare (Mindest- und Höchstsätze) für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat. Das Urteil des EuGH richtet sich mithin nicht gegen die HOAI als solche und in ihrer Gänze, sondern gegen die Regelungen betreffend Mindest- und Höchstsätze.

Die zSKS nimmt dieses Urteil des EuGH und die damit insbesondere im Zusammenhang mit der Vergabe von Planungsleistungen an Architekten und Ingenieure im Anwendungsbereich der HOAI derzeit verbundenen rechtlichen Unsicherheiten zum Anlass **für übergangsweise Regelungen**. Diese Regelungen sollen gelten, bis auf Bundesebene Maßnahmen für den zukünftigen Umgang mit der HOAI getroffen worden sind und gegebenenfalls die bremische Regelung in § 5 TtVG (insb. § 5 Abs. 2 S. 1 lit. d TtVG) überarbeitet worden ist. Die zSKS nimmt damit ihren gesetzlichen Auftrag wahr, die Verfahrensvorschriften bei der Vergabe von Planungsleistungen als Teilbereich der Dienstleistungen und das Vorgehen der öffentlichen Auftraggeber weitestmöglich zu vereinheitlichen.

Zu Ziffer 1

Durch das „HOAI-Urteil“ des EuGH ist nun festgestellt, dass die verbindlichen Mindest- und Höchst-honorarsätze der HOAI nicht mit EU-Recht vereinbar sind.

Daher dürfen in Vergabeverfahren über HOAI-Leistungen Angebote nicht aus dem Grund ausgeschlossen werden, dass sie Mindesthonorarsätze unterschreiten oder Höchsthonorarsätze überschreiten. Diese Folge soll nun auch mittels dieses Erlasses für die bremischen öffentlichen Auftraggeber einheitlich und verbindlich vorgegeben werden.

Zu Ziffer 2

Aufgrund des EuGH-Urteils sollen die Mindest- und Höchstsätze der HOAI im Land Bremen im Rahmen von Vergabeverfahren über Architekten- und Ingenieurleistungen im Anwendungsbereich der HOAI von den öffentlichen Auftraggebern nicht mehr als verbindliche und zwingend einzuhaltende preisgestaltende Regelung vorgegeben werden. Der Bieter darf in seinem Angebot nun Zu- oder Abschläge auf Basis der Mindestsätze der HOAI vornehmen. Sofern dabei die Mindest- und Höchstsätze über-/unterschritten werden, ist dies zulässig.

Da der EuGH die HOAI lediglich im Hinblick auf die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze als nicht europarechtskonform bewertet hat, wird die grundlegende Systematik der HOAI bei der Honorarermittlung beibehalten. Insbesondere wird das Honorar weiterhin anhand von anrechenbaren Kosten, Leistungsbild, Leistungsphase, Honorarzone und Honorartafel sowie bspw. Regelungen zu Zuschlägen (§ 6 Abs. 2 HOAI, „Umbauzuschlag“) oder Abschlägen bei nicht vollständiger Erbringung aller Leistungen einer Leistungsphase (§ 8 Abs. 2 HOAI) ermittelt. Für die Übergangszeit kann so sichergestellt werden, dass Auftraggeber und Bieter im Vergabeverfahren und bei der späteren Abrechnung entsprechender Verträge auf die gewohnte Systematik der HOAI zurückgreifen können, dass aber gleichzeitig den Feststellungen des EuGH Rechnung getragen wird.

Einen „**Mustertext für die Vorgabe der HOAI auf Basis der Mindestsätze**“ in Vergabeverfahren für HOAI-Leistungen finden Sie in der Anlage dieses Erlasses. Die Verwendung dieses Mustertextes wird dringend empfohlen; eine Abweichung im Einzelfall ist zu dokumentieren.

SKUMS beabsichtigt, die bremischen AVB und die Vertragsmuster kurzfristig entsprechend anzupassen.

Unberührt von der Regelung in Ziffer 2 dieses Erlasses bleibt die Möglichkeit, vor der Festlegung der Zuschlagskriterien Festpreise oder Festkosten vorzugeben, wenn die dafür geltenden Voraussetzungen erfüllt sind, vgl. insb. § 58 Abs. 2 S. 3 VgV.

Zu Ziffer 3

Nach dem Grundsatz des § 127 Abs. 1 GWB (siehe in der Gesetzesbegründung, Drucksache 18/6281, S. 111) ist der Preis ein bedeutendes Kriterium und hat eine ausschlaggebende Rolle. Im Rahmen von Vergabeverfahren über HOAI-Leistungen ist dies insbesondere nach der Entscheidung des EuGH zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass im Rahmen von Vergabeverfahren über HOAI-Leistungen ein Wertungskriterium zum Preis zu bilden ist. Die Bedeutung des Preises muss sich

letztlich bei jeder Vergabe in angemessenem Maße in der Gesamtbewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots widerspiegeln.

Bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten kann dementsprechend eine Auskömmlichkeitsprüfung durchzuführen sein (vgl. § 60 VgV; § 54 SektVO).¹

Sollten Festpreise/Festkosten gemäß § 58 Abs. 2 S. 3 VgV bzw. § 52 Abs. 2 S. 3 SektVO in Betracht kommen, kann von dieser Regelung Gebrauch gemacht werden.

Neben den vorstehenden Vorgaben ist auch weiterhin bei der Vergabe von Planungsleistungen der Grundsatz der Vergabe im Leistungswettbewerb (§ 76 Absatz 1 VgV) zu beachten.

Die vorstehenden Grundsätze gelten entsprechend auch bei nationalen („unterschwellig“) Vergaben.

Zu Ziffer 4 und 5

Die in den Ziffern 1 bis 3 des Erlasses gemachten Vorgaben sollen sowohl bei zukünftigen Vergabeverfahren umgesetzt werden als auch bei solchen Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Erlasses bereits begonnen waren.

Für laufende Vergabeverfahren bedeutet das abhängig vom Verfahrensstand in der Regel Folgendes:

Durch Änderung der betreffenden Vergabeunterlagen (bei EU-Verfahren) bzw. auf andere geeignete Weise (bei nationalen Verfahren) ist dem Bieter/den Bietern mitzuteilen, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI für dieses Verfahren nicht mehr als fixe verbindliche Vorgabe gelten. Es ist den Bietern mitzuteilen, dass auf Basis der noch in der HOAI existenten Mindestsätze ein Angebot gemacht und ggf. vom Bieter mit Zu- und Abschlägen eingereicht werden kann. Zudem ist in geeigneter Weise auf eine in der Regel erforderliche entsprechende Anpassung eines Wertungskriteriums zum Preis hinzuweisen.

Sollte es hier insbesondere bei der Frage nach der konkreten Anpassung bei laufenden Vergabeverfahren -auch angesichts des jeweiligen Verfahrensstandes- zu Fragen kommen, können Sie sich gerne an die zSKS wenden.

Zu Ziffer 6

Die Ausnahme nach § 5 Abs. 2 S. 1 lit. d TtVG für freiberufliche Leistungen, deren Vergütung in ihren wesentlichen Bestandteilen unter Einhaltung der Mindestsätze nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden, ist nach der Entscheidung des EuGH zur HOAI bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über HOAI-Leistungen nicht mehr anzuwenden, da das Tatbestandsmerkmal der Abrechnung der Vergütung „in ihren wesentlichen Bestandteilen nach Festbeträgen oder unter Einhaltung der Mindestsätze“ aus Sicht der zSKS gegenwärtig nicht mehr in der vom Regelungszweck vorgesehenen Weise erfüllt ist.

¹ Siehe dazu die im Themenblatt der zSKS „Das wirtschaftlichste Angebot“ (S. 12 unten) dargelegte Aufgreifschwelle von 20/20 (20% unter dem nächsthöheren Angebot, 20% unter der Auftragswertschätzung des Auftraggebers)

Im Ergebnis sind folglich auch bei HOAI-Leistungen Vergleichsangebote gemäß § 5 Abs. 1 TtVG einzuholen, sofern nicht im Einzelfall ein anderer Ausnahmegrund des § 5 Abs. 2 TtVG vorliegt. Diese anderen Ausnahmegründe bleiben von der Entscheidung des EuGH unberührt.

Ebenso bleiben Vergaben nach § 5 Abs. 2 S. 1 lit. d TtVG möglich, wenn es sich um Leistungen handelt, die die Tatbestandsmerkmale dieser Ausnahmeregelung weiterhin vollumfänglich erfüllen (z. B. Leistungen nach der Gebührenordnung für Prüfstatiker).

Zu Ziffer 7

In der Konsequenz des „HOAI-Urteils“ und im Interesse einer einheitlichen, rechtstreuen Umsetzung der Entscheidung sind die Vorgaben dieses Erlasses bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über HOAI-Leistungen sowohl im Oberschwellen- als auch im Unterschwellenbereich umzusetzen.

Anlage zum Erlass der zSKS vom 30.10.2019

Mustertext für die Vorgabe der HOAI auf Basis der Mindestsätze:

In einer Klausel über die Vergütung in Verträgen über Architekten- und Ingenieurleistungen im Anwendungsbereich der HOAI sollte wie nachfolgend formuliert und durch Ankreuzen des korrekten Feldes durch den öffentlichen Auftraggeber die einschlägige Variante (Berechnungshonorar oder frei vereinbartes Honorar) vorgegeben werden. Dabei bezieht sich die Variante „Das Honorar wird frei vereinbart“ auf Fälle, in denen die HOAI auch nach der bisherigen Rechtslage Raum für eine freie Honorarvereinbarung ließ.

§ ... Vergütung

<input type="radio"/>	<i>Das Honorar wird als Berechnungshonorar vereinbart. Die Ermittlung der Vergütung richtet sich nach den jeweiligen Berechnungsparametern der HOAI (Fassung 2013) sowie nach etwaigen in diesem Vertrag in der Anlage „Honorarermittlung“ vereinbarten Zu- oder Abschlägen.</i> <i>Bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs richtet sich die Anpassung der Vergütung für Grundleistungen gemäß § 10 HOAI nach dem in der „Honorarermittlung“ vereinbarten Honorarsatz inklusive eines etwaigen ebenfalls dort vereinbarten Zu- oder Abschlags.</i>
<input type="radio"/>	<i>Das Honorar wird frei vereinbart.</i>

Die Anlage „Honorarermittlung“ ist vom Bieter bei Angebotserstellung auszufüllen und sollte unter dem Punkt „Honorarsatz“ für das Berechnungshonorar wie folgt formuliert sein:

<i>Basis für die Honorarberechnung ist:</i>	
<input type="radio"/>	<i>der Mindestsatz der einschlägigen Honorartafel.</i>
<input type="radio"/>	<i>der Mindestsatz der einschlägigen Honorartafel zzgl. eines Zuschlags in Höhe von vom Hundert des Mindestsatzes.</i>

○	<i>der Mindestsatz der einschlägigen Honorartafel abzgl. eines Abschlags in Höhe von vom Hundert des Mindestsatzes.</i>
○	<i>der Mindestsatz der einschlägigen Honorartafel; bei Leistungsphase(n) X, Y zzgl. eines Zuschlags in Höhe von vom Hundert des Mindestsatzes.</i>
○	<i>der Mindestsatz der einschlägigen Honorartafel; bei Leistungsphase(n) X, Y abzgl. eines Abschlags in Höhe von vom Hundert des Mindestsatzes.</i>

Statt vorstehend je zu formulieren „der Mindestsatz der einschlägigen Honorartafel“ kann die im Einzelfall einschlägige Honorartafel konkret bezeichnet werden.

Erläuterung zur Berechnung:

Wenn im Vertrag die Variante „Das Honorar wird als Berechnungshonorar vereinbart. ...“ gewählt wird, erfolgt die Berechnung des Honorars wie folgt:

Im Rahmen der Honorarermittlung ergibt sich aus der im vorstehenden Muster der Anlage „Honorarermittlung“ vom Bieter angekreuzten und ggf. ergänzten Alternative, welcher Honorarsatz angeboten wurde. Je nach Angebot des Bieters kann dies der für die Leistung einschlägige Mindestsatz sein. Der Mindestsatz kann aber auch mit einem Zu- oder Abschlag (ggf. nur hinsichtlich einzelner Leistungsphasen) versehen sein. Unter Berücksichtigung der etwaigen Zu- oder Abschläge wird der für den konkreten Vertrag geltende Honorarsatz ermittelt und sodann anhand dieses Honorarsatzes nach der Systematik der HOAI das Honorar berechnet.