

I. Berechnung des Auftragswertes zur Vergabe von Planungsleistungen

Mit dem Beschluss des OLG München vom 13.03.2017 – Verg 15/16 hat sich erstmalig ein Vergabesenat dazu geäußert, ob nach den in Folge der Vergaberechtsreform zum April 2016 neu formulierten Regelungen der §§ 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO und 3 Abs. 7 Satz 2 VgV, eine Addition verschiedener Planungsleistungen bei der Berechnung des EU-Schwellenwerts erfolgen muss.

Bereits in der Vergangenheit war die Frage umstritten, ob die Leistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben grundsätzlich als gleichartige Leistungen anzusehen und damit für die Schwellenwertberechnung zu addieren sind.

Bei der Beauftragung von Architekten- und Ingenieurleistungen ist der öffentliche Auftraggeber stets mit der Frage konfrontiert, ob die Leistungen EU-weit bekannt zu machen sind oder nach nationalem Recht vergeben werden dürfen.

Wie bei allen anderen Dienstleistungen auch, wird diese Frage über die vom öffentlichen Auftraggeber vorzunehmende Schätzung des Auftragswertes beantwortet. Erreicht der zu schätzende Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert nach § 106 Abs. 1 Nr. 1 GWB von derzeit 209 TEURO, muss zwingend ein EU-weites Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Bei der Schätzung des Auftragswertes ergibt sich bei einem Auftrag der unterschiedliche Leistungen der Objekt- und Fachplanung beinhaltet, die Anschlussfrage, ob diese unterschiedlichen Leistungen bei der Schätzung des Auftragswertes zu addieren sind. Die einschlägige Regelung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV und die inhaltsgleiche Regelung in § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO sehen vor, dass eine Gesamtbetrachtung erfolgen muss, wenn es sich um gleichartige Planungsleistungen handelt. Sind danach Leistungen der Objekt- und der unterschiedlichen Fachplanungsbereiche nicht als gleichartig anzusehen, könnten die Werte der Einzelleistungen getrennt betrachtet werden. Das führt dazu, dass bei der Unterschreitung des EU-Schwellenwertes lediglich nationales Recht zur Anwendung kommt.

Sachverhalt:

Die Auftraggeberin, die im Bereich Strom-, Erdgas-, Trinkwasser- und Wärmeversorgung tätig ist, schrieb den Neubau eines Verwaltungsgebäudes im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. In der Auftragsbekanntmachung wurde ausgeführt, dass die Beauftragung der Leistungen für die Tragwerksplanung stufenweise erfolgt und die Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und der Objektplanung lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden müssen und eine Einheit ohne Schnittstellen bilden.

Die Antragstellerin rügte gegenüber der Auftraggeberin verschiedene Vergabeverstöße, die diese zurückwies. Daraufhin stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer. Der Nachprüfungsantrag wurde von der Vergabekammer als unzulässig verworfen, da der Auftragswert den Schwellenwert nicht erreiche, wobei vorliegend der Schwellenwert der SektVO maßgeblich sei. Gegen den Beschluss wendete sich die Antragstellerin mit sofortiger Beschwerde. Der Schwellenwert sei überschritten, weil alle für den Bau erforderlichen Dienstleistungsaufträge zu addieren seien.

Beschluss:

Die sofortige Beschwerde ist erfolgreich. Das OLG München stellt fest, dass der Schwellenwert von 418 TEuro überschritten ist, da entgegen der Ansicht der Vergabekammer die unterschiedlichen Planungsleistungen (Objektplanung, technische Ausrüstung) zu addieren und nicht nur die Kosten der Tragwerksplanung zu berücksichtigen sind.

Dabei stellt das OLG ausgehend von § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO die Frage, nach welchen Kriterien sich die „Gleichartigkeit“ der Planungsleistungen beurteilt. Es verweist auf die bislang herrschende Ansicht, die für freiberufliche Planungsleistungen die Leistungsbilder der HOAI als Indiz nimmt. Danach stellen die Planungsleistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung unterschiedliche Leistungsbilder dar und werden mithin als verschiedenartige und somit nicht zu addierende Planungsleistungen i.S. des § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO angesehen. Für diese Auslegung spreche der Wortlaut, der auf die Gleichartigkeit und nicht auf eine wirtschaftliche oder technische Funktion der Planungsleistung abstelle.

Auch die Entstehungsgeschichte der Norm ließe sich hierfür anführen, so sei eine frühere Gesetzesfassung, die auf den funktionalen Zusammenhang abstelle noch in die jetzige Fassung geändert worden. In einem Referentenentwurf zur VgV (im Rahmen des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV stellt sich die gleiche Problematik) war noch vorgesehen, dass sämtliche Leistungen, „die in funktionalem Zusammenhang stehen“, zu addieren seien. Demgegenüber wurde dann im endgültigen Entwurf die jetzige Regelung vorgesehen, um die bisherige mittelstandsfreundliche Lösung fortzuschreiben. Zudem wäre der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO bei einer funktionalen Betrachtungsweise gering. Bei einer funktionalen Betrachtungsweise würde die Ausschreibungspflicht jedenfalls für Planungsleistungen deutlich ausgeweitet, und zwar selbst dann, wenn die Schwellenwerte für die eigentlichen Bauleistungen möglicherweise noch nicht erreicht würden. Für die Auftraggeber wäre damit gerade bei kleineren Bauvorhaben ein erheblicher Mehraufwand verbunden.

Im Weiteren äußert das OLG München aber seine Bedenken, inwieweit eine solche Auslegung des § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO mit den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien übereinstimme. Eine Einschränkung wie im deutschen Recht nach §§ 3 Abs. 7 Satz 2 VgV, 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO, wonach nur gleichartige Planungsleistungen zu addieren sind, findet sich weder in der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU, noch in der klassischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU.

Auch die Entscheidung des EuGH Urt.v. 15.03.2012 C-574/10 (Autalhalle Niedernhausen) spreche für eine funktionale Betrachtungsweise. Nach Ansicht des EuGH ist für die Frage, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag handelt, der nur in getrennte Lose (oder Abschnitte) aufgeteilt, aber für die Berechnung des Schwellenwerts als ein Auftrag zu behandeln ist, eine funktionelle Betrachtung maßgeblich. Es sei der einheitliche Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion zu prüfen. Die Leistungen wiesen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität auf, die durch die Aufteilung dieser Leistungen in verschiedene Abschnitte nicht als durchbrochen angesehen werden könnten.

Das OLG verweist darauf, dass diese Auffassung auch von der EU-Kommission vertreten wird, die ein inzwischen allerdings aus formalen Gründen eingestelltes Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hatte (Sanierung Schwimmbad Stadt Elze). Die Kommission sah hier Voraussetzungen einer funktionellen Kontinuität und inneren Kohärenz in

wirtschaftlicher und technischer Hinsicht als erfüllt an. Alle Planungsaufträge (trotz unterschiedlicher Leistungsbilder nach der HOAI) hätten sich auf das einheitliche Bauvorhaben der Sanierung des örtlichen Freibads bezogen und es seien jeweils typische Architektenleistungen zu erbringen gewesen. Dies gelte auch, wenn die jeweiligen Leistungen eine unterschiedliche Spezialisierung erfordern und unterschiedlichen Preisregeln unterlägen.

Auch von der amtlichen Begründung (BT-Drs. 18/7318, S. 210) zur inhaltlich identischen Regelung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV ausgehend erscheine es nicht ausgeschlossen, § 2 Abs. 7 Satz. 2 SektVO dahingehend auszulegen, dass es für die „Gleichartigkeit“ auch auf die wirtschaftliche und technische Funktion der Planungsleistungen ankommt. Diese führt aus: „Satz 2 stellt deklaratorisch fest, dass nur die Werte solcher Planungsleistungen zusammenzurechnen sind, die gleichartig sind. Bei der Bewertung, ob Planungsleistungen gleichartig sind, ist die wirtschaftliche oder technische Funktion der Leistung zu berücksichtigen“.

Unabhängig von diesen Ausführungen war die Frage eines Verstoßes von § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO gegen europäisches Vergaberecht im Fall nicht entscheidungserheblich wie das OLG feststellt, da schon der Wortlaut der von der Antragsgegnerin selbst vorgenommenen Bekanntmachung dafür spräche, die Planungsleistungen als Einheit zu betrachten und zu bewerten. Die Auftraggeberin habe damit selbst dokumentiert, dass sie von einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit der Planungsleistungen ausgeht.

Praxistipp:

Auf Grundlage des OLG Beschlusses, als auch der weiter bestehenden Auffassung der EU-Kommission ist den öffentlichen Auftraggebern die ihre Projekte mittels EU- Fördergeldern umsetzen, zu empfehlen, die Werte unterschiedlicher Leistungsbilder für die Objektplanung eines Objektes zu addieren und alle Planungsleistungen bei Erreichen des Schwellenwertes EU-weit auszuschreiben. Gleiches gilt beim Einsatz von Zuwendungen durch andere Zuwendungsgeber. Im Fall der Prüfung der Mittelverwendung besteht hier sonst das Risiko einer möglichen Rückforderung von Fördergeldern.

II. Leitfaden zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

Für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte gibt es einen überarbeiteten Vergaberatgeber aus Baden-Württemberg. Der Leitfaden steht unter dem Titel "Ratgeber Baden-Württemberg für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen oberhalb der EU-Wertgrenze" zum Download zur Verfügung. Der Leitfaden wurde von der Ingenieur- und Architektenkammer Baden-Württemberg, den zuständigen Landesministerien, den kommunalen Spitzenverbänden und der Wohnungswirtschaft auf den Weg gebracht. Aufgrund der Vergaberechtsreform 2016 haben die Herausgeber ihre gemeinsamen vergaberechtlichen Positionen erneut zusammengefasst und überarbeitet, um den Verfahrensbeteiligten eine Orientierungshilfe anzubieten. Der Ratgeber wird Gemeinden und Behörden des Landes Baden-Württemberg zur Anwendung empfohlen. Den Ratgeber können Sie hier kostenfrei herunterladen:

http://abst-mv.de/pdf/VERGABE_Ratgeber_Architekten-%20und%20Ingenieurleistungen_BW-2017.pdf