

Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

Teil 1: Die Vorbereitung der Ausschreibung: Auftragswertermittlung und Wahl der Verfahrensart im Ober- und Unterschwellenbereich

von Rechtsanwalt Dr. Simon Bulla, Augsburg*

I. Einleitung

Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen unterliegt in Deutschland – dem tradierten Selbstverständnis dieser klassischen Freien Berufe entsprechend – einem Sondervergaberecht. Oberhalb der Schwellenwerte früher in der VOF, heute im Abschnitt 6 der VgV mit ihren §§ 73 ff. geregelt, unterhalb der EU-Schwellenwerte ursprünglich gar vom Haushaltsvergaberecht freigestellt und inzwischen nur in rudimentären Ansätzen in § 50 UVgO geregelt, war und ist die Vergabe dieser freiberuflichen Leistungen gegenüber Bauaufträgen oder „gewöhnlichen“ Liefer- und Dienstleistungsaufträgen in gewissem Umfang privilegiert.

Diese Privilegierung äußert sich insbesondere in zwei Vorschriften: Zum einen will § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV bei der Vergabe mehrere Planungsleistungen im Rahmen eines Gesamtvorhabens nur „Lose über gleichartige Leistungen“ der Additionspflicht bei der Schätzung des Auftragswerts unterwerfen, d.h. die Schwelle für die Beachtung des EU-Vergaberechts bewusst höher als bei öffentlichen Bauaufträgen, Lieferaufträgen und sonstigen Dienstleistungsaufträgen legen; hinter der Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit der EU-Vergaberichtlinie ist ein großes Fragezeichen zu setzen, hält die EU-Kommission sie doch für unionsrechtswidrig und hatte gegen die Bundesrepublik ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Zum anderen erklärt § 74 VgV das Verhandlungsverfahren zum Regelverfahren bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Oberschwellenbereich – ein (vermeintlich) großer Vorteil, darf ein öffentlicher Auftraggeber hier doch über den gesamten Angebotsinhalt verhandeln – ausgenommen die Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien (§ 17 Abs. 10 VgV).

Angesichts dessen überrascht der Befund, dass in den letzten Monaten Streitigkeiten um Architekten- und Ingenieurvergaben vor der Vergabekammer, aber auch den Nachprüfungsstellen im Unterschwellenbereich zunehmen. Während die Bau-, Liefer- und Dienstleistungswirtschaft angesichts

einer starken Konjunktur saturiert scheint, werden Architekten und Ingenieure zuletzt streitlustiger. Der Entwicklung des Vergaberechts gereicht dies nicht zum Schaden, eröffnen die eingeleiteten Nachprüfungsverfahren den Vergabekammer und -senaten doch die Möglichkeit, die Spielräume und Grenzen des Verhandlungsverfahren näher zu konturieren.

Der vorliegende Beitrag widmet sich dem Stadium der Vorbereitung einer Ausschreibung von der ordnungsgemäßen Schätzung der Auftragsart bis zur rechtssicheren Wahl der Verfahrensart – hierbei insbesondere den Fallkonstellationen, in denen ausnahmsweise eine Direktvergabe zulässig sein kann. Abschließend werden die Neuregelungen zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Unterschwellenbereich (§ 50 UVgO), die länderspezifischen Besonderheiten am Beispiel der bayerischen Bekanntmachung zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich und die Gefahren, die aus dem EU-Primärrecht und der Unterschwellenmitteilung der Kommission drohen können, untersucht.

Ein Folgebeitrag wird auf die neueren Entscheidungen der Vergabenachprüfungsinstanzen zur Auftragsbekanntmachung, zum Teilnahmewettbewerb und zum eigentlichen Angebotsverfahren eingehen.

II. Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Oberschwellenbereich

1. Die ordnungsgemäße Auftragswertermittlung

Am Anfang einer jeden Beschaffung steht die Schätzung des Auftragswerts. Vor Einleitung eines Verga-

* Scheidle & Partner Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater mbB, Fachanwalt für Vergaberecht und Fachanwalt für Verwaltungsrecht sowie Lehrbeauftragter der Universität Augsburg.

beverfahrens muss sich der öffentliche Auftraggeber zunächst im Klaren sein, ob er an das strenge EU-Vergaberecht des Oberschwellenbereichs oder „nur“ das – für freiberuflichen Leistungen tatsächlich laxer, aus einem Paragraphen (§ 50 UVgO) bestehende und für Kommunen überdies häufig nur zu Anwendung *empfohlene* – Unterschwellenvergaberecht gebunden ist. Der EU-weit harmonisierte Schwellenwert liegt für Dienstleistungen (das EU-Recht kennt keine Sonderregelung für Architekten- und Ingenieurleistungen) bei derzeit netto 221.000,00 €.¹

a) Allgemeinen Grundsätze der Auftragswertschätzung

Für die Auftragswertschätzung gelten zunächst die allgemeinen Regeln und Grundsätze des § 3 VgV. Von besonderer Relevanz für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen sind hierbei zunächst vier Aussagen.

(1) Voraussichtlicher Gesamtwert

Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 VgV). Hierbei sind grundsätzlich auch die Nebenkosten zu berücksichtigen, sind sie doch Teil der Gesamtvergütung eines Planers.² Die früher teilweise vertretene Auffassung, dass die Nebenkosten nur ein Ausgleich für den Aufwand im Zusammenhang mit der Auftragsausführung seien,³ überzeugt nicht; in jedem Honorar für eine Dienstleistung – bspw. auch einem Anwaltshonorar – steckt in gewissem Umfang ein Ausgleich für „allgemeine Geschäftskosten“ des Freiberuflers.

Der Gesamtwert ist einschließlich von Optionen, Vertragsverlängerungen und ausgelobter Prämien zu schätzen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VgV). Sieht ein Architektenvertrag bspw. eine bestimmte Prämie für den Fall der Bauzeitunterschreitung vor, ist diese bei der Auftragswertschätzung zu berücksichtigen. Geht einer VgV-Ausschreibung ein Planungswettbewerb nach RPW als Realisierungswettbewerb voraus, sind für die Auftragswertschätzung neben dem HOAI Honorar zusätzlich auch das Preisgeld und Zahlungen an die Teilnehmer zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 12 Satz 1 VgV).

(2) Keine Umgehung

Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nach § 3 Abs. 2 VgV

nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung des EU-Vergaberechts zu umgehen (S. 1). Insbesondere darf eine Auftragsvergabe nicht so unterteilt werden, dass die Einzelaufträge jeweils unterhalb des Schwellenwerts liegen, in Summe aber einen Auftragswert von netto 221.000,00 € überschreiten, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor (S. 2). Beispielsweise kann ein öffentlicher Auftraggeber zunächst eine Machbarkeitsstudie (LP 1 und 2) ausschreiben, um auf dieser Grundlage die Baukosten zu schätzen und Zuwendungsanträge beim Fördergeber stellen zu können. Hier liegt ein sachlicher und objektiver Grund für die Unterteilung des Auftrags vor. Eine unzulässige Umgehung des EU-Vergaberechts liegt demgegenüber vor, wenn bei unbedingter Beschaffungsabsicht, eine Vollplanung zu beauftragen, zunächst nur die LP 1 bis 4, dann LP 5 bis 7 und schließlich LP 8 und 9 jeweils unerschwerlich ausgeschrieben werden, in Summe aber der Schwellenwert überschritten wäre. Auch dann, wenn ein Vorhaben in mehreren Abschnitten (Haushaltsjahren) verwirklicht werden soll, aber bereits ein Grundsatzbeschluss des zuständigen Gremiums (z.B. Stadtrat) vorliegt, sämtliche Abschnitte zu realisieren, sind die Entgelte für die einzelnen Abschnitte zu addieren.⁴

(3) Maßgebender Zeitpunkt

Drittens: Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung der Auftragsvergabe ist der Tag der Auftragsbekanntmachung bzw. anderweitigen Einleitung des Vergabeverfahrens (§ 3 Abs. 3 VgV). Hat der Auftraggeber einen Auftragswert ordnungsgemäß geschätzt und ist dabei einem Irrtum unterlegen, ist dies grundsätzlich unschädlich, auch wenn der Auftragswert ex post deutlich überschritten wird. Maßstab in der vergaberechtlichen Entscheidungspraxis ist ein umsichtiger und sachkundiger Auftraggeber.⁵

1 Art. 4 Buchst. c) RL 2014/24/EU i.V.m. VO (EU) 2017/2365.

2 So OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.05.2006 – Verg W 2/06, VergabeR 2007, 248 (Rdnr. 36); Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR, 3. Aufl., § 3 VgV Rdnr. 27; Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 22.

3 So noch OLG Schleswig, Beschl. v. 30.03.2004 – 6 Verg 1/03 (Rdnr. 37 – juris).

4 S.a. EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-574/10, VergabeR 2012, 593 (Rdnr. 12 – juris).

5 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.05.2002 – Verg 5/02, VergabeR 2002, 665 (Rdnr. 8 – juris); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.12.2009 – 15 Verg 5/09, VergabeR 2010, 685 (Rdnr. 91).

Unerwartete Honorarsteigerungen sind bei Architektenleistungen aufgrund der Preisbindung der HOAI zwar grundsätzlich weniger wahrscheinlich als bei einem Bauauftrag mit Einheitspreisvertrag und schwer kalkulierbaren Vordersätzen. Auch beim Architekten können sich durch höhere Honorarsätze (das wirtschaftlichste Angebot bietet keinen Mindestsatz), nachträgliche Planänderungen (in den Grenzen des § 132 GWB), höhere anrechenbare Kosten etc. deutliche Verschiebungen ergeben.

Für die Frage, wann der Auftraggeber seinen Schätz- und Prognosespielraum überschreitet, gilt dabei die Faustformel: Je näher die Auftragswertschätzung an den Schwellenwert heranreicht, desto sorgfältiger muss die Vergabestelle ihre Prognose substantiieren und dokumentieren.⁶ Es gibt aber keine Aufgreifschwelle, ab der eine unzulässige Auftragswertschätzung zu vermuten wäre.⁷ Die Regelung des § 2 Abs. 5 Satz 2 KonzVgV, wonach bei Überschreitung der Auftragswertschätzung um mehr als 20 % der Zeitpunkt des Zuschlags maßgebend für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts ist, ist nicht verallgemeinerungsfähig.

(4) Addition von Losen

Und schließlich viertens: Kann die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen (§ 3 Abs. 7 Satz 1 VgV). Bei Planungsleistungen soll dies nach § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV nur für Lose über gleichartige Leistungen gelten (hierzu sogleich).

b) Addition von nicht gleichartigen Planungsleistungen?

Eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht derzeit, ob der Auftragswert von Objekt- und Fachplanungen zu addieren ist oder ob die Zusammenrechnung dieser „ungleichartigen“ Planungen nach § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV auch künftig – wie es bislang gängige Vergabepaxis war – unterbleiben darf.

Den unionsrechtlichen Rahmen steckt Art. 5 Abs. 8 der Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU) ab. Dieser sieht eine uneingeschränkte Addition von Dienstleistungsaufträgen vor, die in mehreren Losen vergeben werden (vergleichbar § 3 Abs. 7 Satz 1 VgV). Mit der Gegen Ausnahme vom Additionsgebot in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV hat der deutsche Verordnungsgeber den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie faktisch eingeschränkt, ohne dass dies von einer Öffnungsklausel in der Richtlinie ge-

deckt wäre. Überhaupt sind Sonderregelungen für Architekten- und Ingenieurleistungen dem EU-Vergaberecht grundsätzlich fremd. Architekten und Ingenieure finden sich nur in den Erwägungsgründen und der Begriffsdefinition des Wettbewerbs erwähnt (Art. 2 Abs. 1 Nr. 21 RL 2014/24/EU).

Die deutsche Sonderregelung ist in mehreren Etappen unter Druck geraten.

(1) Die Autilhalle-Entscheidung des EuGH

Zunächst urteilt der EuGH in seiner Autilhalle-Entscheidung aus dem Jahr 2012, dass Architektenleistungen auch dann zu addieren seien, wenn ein Bauvorhaben in mehreren Abschnitten geplant und errichtet wird. Im zugrunde liegenden Fall sollte eine Sport- und Veranstaltungshalle – aus haushaltsrechtlichen Gründen über drei Haushaltsjahre verteilt – nach dem Grad ihrer Dringlichkeit saniert werden. Das Architektenhonorar lag für die drei Abschnitte jeweils unter dem Schwellenwert, addiert jedoch darüber. Die Gemeinde hatte im konkreten Fall zu Beginn einen Grundlagenbeschluss zur Gesamtansanierung in allen drei Abschnitten gefasst.⁸ Der EuGH begründet seine Entscheidung mit einer funktionalen Betrachtungsweise anhand der funktionalen und wirtschaftlichen Kontinuität eines Bauwerks und prüft,

„ob die verschiedenen Lose dieses Bauwerks dieselbe wirtschaftliche und technische Funktion erfüllten. [...]“

Die angeblich andere Natur von Dienstleistungsaufträgen kann nicht als Begründung herangezogen werden, um die Nichtanwendung der vom Gerichtshof im Urteil Kommission/Frankreich entwickelten funktionellen Betrachtungsweise auf diese Aufträge zu rechtfertigen. Daher ist bei der Beurteilung, ob Dienstleistungen, deren Erbringung wie im vorliegenden Fall in verschiedenen getrennten Abschnitten erfolgt ist, als einheitlicher Auftrag anzusehen sind, der einheitliche Charakter in Bezug auf ihre wirtschaftliche und technische Funktion zu prüfen“ (Hervorh. d. Verf.).⁹

⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.12.2009 – 15 Verg 5/09, VergabeR 2010, 685 (Rdnr. 91); OLG Celle, VergabeR 2007, 808 (Rdnr. 45).

⁷ Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 12.

⁸ EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-574/10, VergabeR 2012, 593 (Rdnr. 9 ff. – juris).

⁹ EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-574/10, VergabeR 2012, 593 (Rdnr. 37 ff.).