

Vorlage Nr. TABV/153/2021/1
Bearbeitet von: Janetzky, Jörg
Aktenzeichen:
Kostenträger/Kostenstelle: 11240000



Vorlage für: Gemeinderat 25.01.2022

Betreff:

Stellungnahme zu den Anmerkungen des GPA-Berichtes der Bauausgabenüberprüfungen 2016-2019
- Beratung und Beschlussfassung

Beschlussantrag:

Der Gemeinderat stimmt den Stellungnahmen der Verwaltung an die GPA zu.

Beratungsfolge	Status	Sitzungstermin	Zuständigkeit
Technischer Ausschuss	nicht öffentlich	11.01.2022	Vorberatung
Gemeinderat	öffentlich	25.01.2022	Entscheidung

Finanzielle Auswirkungen:

- keine Auswirkungen auf den Haushalt
- einmalige Anschaffungs- und Herstellungskosten i.H.v. _____ Euro
- kein Folgeertrag Folgeertrag geschätzt pro Jahr i.H.v. _____ Euro
- kein Folgeaufwand Folgeaufwand geschätzt pro Jahr i.H.v. _____ Euro
- Aufwand im Haushaltsplan enthalten unter
- Ertrag im Haushaltsplan enthalten unter
- Stelle im Stellenplan enthalten

Bei über- und außerplanmäßige Ausgaben:

angedachte Finanzierung der Maßnahmen über

- Einsparungen bei
- Mehrertrag bei
- kein Deckungsvorschlag des Fachamtes
-

Hinweis: sofern kein Deckungsvorschlag aufgeführt ist, muss die Deckung über allgemeine Steuermittel oder allgemein vorhandene liquide Mittel erfolgen.

Sachverhalt/Begründung:

Vom 11.05.2020 bis zum 21.08.2020 hat die Gemeindeprüfungsanstalt Karlsruhe eine überörtliche Prüfung der Bauausgaben der Gemeinde Malsch durchgeführt. Am 23.02.2021 wurde mit Beteiligung der Rechtsaufsichtsbehörde eine Schlussbesprechung durchgeführt, an der auch die Fraktionsvorsitzenden des Gemeinderates teilgenommen haben.

Die Verwaltung hat die beigefügte Stellungnahme erstellt. Diese soll nach der Beratung im Gemeinderat an die GPA und an das Landratsamt gesandt werden.

Zu den Prüfungsbemerkungen, die mit dem Buchstaben „A“ besonders gekennzeichnet sind, nimmt die Gemeinde Malsch wie folgt Stellung:

A1 Allgemeine Prüfungsfeststellungen Nachweis der Einbaudicke bei bituminösen Schichten

Die Verwaltung hat bereits nach der letzten Prüfung den für die Gemeinde tätigen Ingenieurbüros schriftlich die damalige Prüfungsfeststellung, mit der Bitte um zukünftige Beachtung, weitergeleitet. Die Verwaltung wird die Ingenieurbüros erneut bitten die Vorgaben umzusetzen und wir werden besser nachprüfen.

A2–A4 Sanierung der Frauenalber Straße Prüfung und Wertung der Angebote

- Stellungnahme Ingenieurbüro Fuhr+Müller:

GPA-Feststellungen (Prüfbericht vom 06.05.2021)

Feststellung A 2:

Wir sind nicht der Meinung, dass hier eine unzulässige Nachverhandlung vorliegt, es handelt sich um einen offensichtlichen Denkfehler, welcher korrigiert werden darf. In diesem Zusammenhang verweisen wir auf ein Urteil der Vergabekammer Nordbayern (21 VK 3194 15/14).

Feststellung A 3:

Es ist nicht richtig, dass Recyclingmaterial in die Gräben eingebaut wurde. Das Aushubmaterial war gem. Baugrundgutachten nicht wieder einbaufähig. Nach einem Hinweis des Auftragnehmers, dass das Aushubmaterial aufbereitet werden und dann wieder eingebaut werden kann, wurde dies geprüft und im Nachtragsangebot 1 angeboten und auch beauftragt. Hierdurch hat der Auftraggeber eine Einsparung von netto 7.080 €.

Feststellung A 4:

Hierzu hatten wir uns in unserem Schreiben vom 16.06.2020 ausführlich geäußert (4 Seiten).

Karlsruhe, 02. Juni 2021

Fuhr + Müller

Ingenieurgesellschaft mbH



B. Fischer

Siehe bitte auch Anhang 1.

**A5 Erschließung des NBG Rotäcker und Gewerbegebiet
Übertragung von Bauleistungen außerhalb des Baugebietes an
den Erschließungsträger**

Diese Konstellation einer Baumaßnahme (Erschließung Baugebiet Rotäcker mit dem erstmaligen Ausbau einer Teilstrecke der Karl-Baumann-Straße die gleichzeitig zum Teil Erschließungsstraße für das Baugebiet Rotäcker ist sowie der Sanierung einer Teilstrecke Karl-Baumann-Straße) wird in der Form nicht mehr vorkommen und ist als einmaliger Vorgang zu betrachten.

Bei der Maßnahme „Karl-Baumann-Straße“ handelt es sich nur zum Teil um eine Straßensanierung der andere Teil stellt die erstmalige komplette Herstellung der Straße dar.

Das im Prüfungsbericht angedruckte Bild zeigt den „Bogen“ der Karl-Baumann-Straße. Dieser dient als Erschließungsstraße für das Baugebiet Rotäcker gleichzeitig ist er die Grundstückserschließung für die dortigen Anlieger. Die Kosten für den „Bogen“ werden mit 50 % auf das Baugebiet und mit 50% auf die Altanlieger der Karl-Baumann-Straße umgelegt.

Für den „Bogen“ der Karl-Baumann-Straße wurden die dortigen Altanlieger mit Bescheiden vom 19.11.2019 erstmalig zum Erschließungsbeitrag veranlagt.

Fazit:

Diese enge Verzahnung des Baugebietes Rotäcker mit der „Erschließungsstraße“ Karl-Baumann-Straße, der erstmaligen Herstellung der Karl-Baumann-Straße sowie die Sanierung einer Teilstrecke der Karl-Baumann-Straße und des Mühlwiesenweges veranlasste die Verwaltung zur Übertragung der Bauleistung auf den Erschließungsträger. Dies auch unter dem Hintergrund die wirtschaftlichste Lösung für Baugebiet, Altanlieger und Gemeinde zu erzielen.

**A6 Erschließung des NBG Rotäcker und Gewerbegebiet
Beschränkte Ausschreibung**

Die Kollegen die damals verantwortlich diese Aufgaben ausgeführt haben sind zwischenzeitlich im Ruhestand. Die Nachfolger können daher zur damaligen Vorgehensweise keine Aussage treffen, werden aber zukünftig die Anmerkungen der GPA berücksichtigen.

**A7 Erschließung des NBG Rotäcker und Gewerbegebiet
Abschluss eines Pauschalvertrages**

Die Kollegen die damals verantwortlich diese Aufgaben ausgeführt haben sind zwischenzeitlich im Ruhestand. Die Nachfolger können daher zur damaligen Vorgehensweise keine Aussage treffen, werden aber zukünftig die Anmerkungen der GPA berücksichtigen.

**A8 Erschließung des NBG Rotäcker und Gewerbegebiet
Fehlende Abrechnungsgrundlagen und Qualitätsnachweise**

Anmerkungen und Vorgabe werden künftig beachtet

**A9 Neugestaltung der Bergstraße in Sulzbach
Unzulässige Vergabe der Erd-, Entwässerungskanal- und
Verkehrs-wegebauarbeiten**

Die Verwaltung wird zukünftig bei vergabewidrigen Entscheidungen des Gemeinderats Einspruch einlegen müssen.

**A10 Neugestaltung der Bergstraße in Sulzbach
Abrechnung der Bauleistungen des ersten Bieters**

Bemerkungen werden zur Kenntnis genommen

**A11 Neugestaltung der Bergstraße in Sulzbach
Freihändige Vergabe der restlichen Bauleistungen**

Anmerkungen werden zukünftig beachtet

A12 Neugestaltung der Bergstraße in Sulzbach
EU-Weite Ausschreibung von Ingenieurleistungen

Künftig werden die Bestimmungen des Vergaberechts berücksichtigt.

A14 Umgestaltung der Goethestraße
Schlußrechnungsprüfung für den 3.BA

Die Überzahlung wurde und wird eingefordert

A15 Umbau und Erweiterung der HTS
Bauaktenführung und fehlende Abrechnungsunterlagen

Die Unterlagen liegen bereits jetzt im elektronischen Workflow vor und werden künftig turnusmäßig im Original zur zusätzlichen Archivierung entgegengenommen.

A16-A19 Umbau und Erweiterung der HTS

Allgemeiner Hintergrund: Bereits im Jahr 2012 entwickelte die Gemeinde Malsch das Bedürfnis, als Schulträger der zunächst als Haupt- und Werkrealschule und anschließend als Werkrealschule neuen Typs geführten Hans-Thoma-Schule als Gemeinschaftsschule für die Klassenstufen 1-10 fortzuführen. Hierdurch sollte für die Gemeinde Malsch die Aussicht gefestigt werden, dass diese auch in Zukunft Träger einer weiterführenden Schule sei. Anlass für den Bedarf zur Fortentwicklung des bisherigen pädagogischen Angebots war u.a., dass die Übergangsquoten auf die als Haupt-/Werkrealschule geführte Hans-Thoma-Schule in Folge des Wegfalls der Grundschulpflicht drastisch zurückgegangen waren. Die vom Kultusministerium herausgegebenen und für ein Gesamtschulkonzept als realistische Kenngrößen anzunehmenden Übergangsquoten hingegen, legten eine Sicherung und Fortführung der Hans-

Thoma-Schule als attraktives und nachhaltiges pädagogisches Angebot des Schulstandorts Malsch nahe.

Auf Grundlage eines pädagogischen Konzepts, einer Machbarkeitsstudie zur baulichen Umsetzung dieses Konzepts und einem darauf aufbauenden Modell zur Einführung der Gemeinschaftsschule wurde eine Kostenschätzung für die erforderlichen Um- und Erweiterungsmaßnahmen eingeholt. Diese Kostenschätzung belief sich auf brutto 2,7 mio. €. Ferner ergab eine beauftragte Investitionsschätzung, dass von Landeszuschüssen im mittleren bis oberen sechsstelligen Bereich (600 –700 T €) ausgegangen werden könne. Hieran anknüpfend wurde der entsprechende Gemeinschaftsschulenantrag von der Gemeinde Malsch binnen der Antragsfrist zum Ablauf des 01. Oktober 2012 gestellt und der Beschluss zur Einrichtung einer Gemeinschaftsschule an der Hans-Thoma-Schule gefasst. Im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Projekts zur Errichtung einer Gemeinschaftsschule wurden drei voneinander abgrenzbare Vorhaben initiiert. Das erste Bauvorhaben umfasst die Erweiterung der Hans-Thoma-Schule mit einer Mensa. Das zweite Bauvorhaben betrifft die Sanierung und Modernisierung des Bestandsgebäudes. Das zweite Bauvorhaben lässt sich ferner in drei eigenständige Bauabschnitte untergliedern. Das dritte Bauvorhaben bezieht sich auf den sog. Sporttrakt, der nicht Gegenstand des Prüfungsberichts der GPA ist.

Die GPA vertritt u.a. die Auffassung, dass es sich bei den Bauvorhaben Nr. 1 und Bauvorhaben Nr. 2 um ein einzige, räumlich und zeitlich zusammenhängende Baumaßnahme mit dem Ziel eine Gemeinschaftsschule zu errichten handelt und stellt fest, dass die Auffassung der Gemeinde Malsch (es handele sich um getrennte Bauvorhaben) nicht bestätigt werden kann [vgl. Prüfungsbericht, S. 52]. Ferner moniert die GPA das von der Gemeinde Malsch durchgeführte Auslobungsverfahren sowie die hieran anschließende Vergabe der Architekten- und Fachplanungsleistungen, die zivilrechtlich in einem einheitlichen Vertragswerk [dem sog. Generalplanungsvertrag] an den Erstplatzierten der vorangegangenen Auslobung übertragen worden sind.

Vor diesem Hintergrund hat die Gemeinde Malsch ein externes Büro um Prüfung gebeten, ob die von der GPA im Hinblick auf die nachfolgenden Beschaffungsvorgänge erhobenen und vergaberechtlichen Beanstandungen zutreffend sind:

**A16 Umbau und Erweiterung der HTS
 unterlassene EU-weite Ausschreibung der Architektenleistung**

A. Sachverhalt

Im Rahmen der Technischen Ausschusssitzung v. 16. April 2013 über die weitere Vorgehensweise bei der Vergabe von Planungsleistungen wurde der Gemeinde Malsch durch Herrn Dipl.-Ing. Lehnert [Harrer Ingenieure; externer Berater i.S.d. Prüfberichts v. 06. Mai 2021, S. 43] empfohlen ein „Verfahren mit Planung“ [nachf. Mehrfachbeauftragung] durchzuführen. Hieraufhin wurden 12 Architekten bzw. Architekturbüros angefragt, von denen vier keine Bewerbungsunterlagen abgegeben hatten. Aus den verbleibenden Bewerbern wurden sodann entlang einer Bewertungsmatrix fünf Architekten eingeladen an einem Planungswettbewerb über den Umbau und die Erweiterung der Hans-Thoma-Schule gem. der Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW 2013) teilzunehmen. Dem erstplatzierten Preisträger wurden anschließend, d.h. nach Anpassung und Überarbeitung der Entwurfsplanung die Architektenleistungen nach den Leistungsphasen 2 – 8 [HOAI 2013] übertragen.

Die GPA hat im Rahmen der überörtlichen Prüfung der Bauausgaben der Gemeinde Malsch in den Jahren 2016 – 2019 mit Prüfungsbericht v. 06. Mai 2021 zur Vergabe der reinen Architektenleistungen folgende Feststellungen getroffen:

1. Die Gemeinde Malsch hat keine Auftragswertermittlung für die Vergabe der Architektenleistungen nach § 1 Abs. 2 VOF durchgeführt. Diese hätte ein voraussichtliches Architektenhonorar von netto 205.277,42 € ergeben, sodass ein Verfahren nach § 1 Abs. 2 VOF hätte durchgeführt werden müssen.
2. Auf Grund des durchgeführten Auswahlverfahrens konnte kein Wettbewerb im Sinne der VOF stattfinden.
3. Die durchgeführte Mehrfachbeauftragung entsprach nicht den Prämissen der RPW 2013, da kein zweistufiges Verfahren nach § 3 RPW 2013 durchgeführt wurde, sondern die Teilnehmer selbst ausgesucht wurden. Hätte man den nichtoffenen Wettbewerb hingegen mit öffentlicher Ausschreibung durchgeführt, anstatt diesem eine beschränkte Aufforderung voranzustellen, wäre das Vergabeverfahren für die Architektenleistungen ggf. nicht zu beanstanden gewesen.

B. Ergebnis

Die von der GPA gegenüber der Gemeinde Malsch monierten Umstände sind teilweise unzutreffend. Die GPA legt Ihren Schlussfolgerungen und Annahmen nicht hinreichend zu Grunde, dass der Auftragswert für die Vergabe der reinen Architektenleistungen den maßgeblichen Schwellenwert für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen nicht überschritten hatte und für die Vergabe der reinen Architektenleistungen deswegen kein Vergabeverfahren nach § 1 Abs. 2 VOF durchzuführen war.

C. Rechtliche Würdigung

a) Die Gemeinde Malsch hat keine Auftragswertermittlung für die Vergabe der Architektenleistungen nach § 1 Abs. 2 VOF durchgeführt. Diese hätte ein voraussichtliches Architektenhonorar von netto 205.277,42 € ergeben, sodass ein Verfahren nach § 1 Abs. 2 VOF hätte durchgeführt werden müssen.

Vor Inkrafttreten der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Jahr 2019 bestand keine Bindung an das Vergaberecht bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen, zu denen auch die Architektenleistungen gehörten. Vor Inkrafttreten der UVgO hatte der öffentliche Auftraggeber daher nur haushaltsrechtliche Vorgaben zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der Haushaltsmittel zu beachten.

Die GPA geht bei der Ermittlung des Auftragswertes von anrechenbaren Kosten in Höhe von netto 1.964.915,97 € aus und stellt dabei auf die mit dem Architekten später vereinbarten Honorarparameter ab [Prüfungsbericht, S. 44, Fn. 2].

Dies halten wir für nicht unproblematisch, denn der maßgebliche Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes ist der Tag, an dem das Vergabeverfahren eingeleitet wird, sodass die Auftragswertbestimmung möglichst nah zu diesem Zeitpunkt vorgenommen werden sollte [vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 17. Mai 2011 – Verg W 16/10]. Unseres Erachtens kann daher die Auffassung vertreten werden, dass für die Schätzung des Auftragswerts schon dem Grunde nach nicht auf die späteren Honorarparameter abgestellt werden kann, denn bei der Schätzung des Auftragswertes handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, die einer forensisch vergleichenden Wertung ausgehend von den tatsächlich vereinbarten Preisen per sé unzugänglich ist. Bei dieser Prognoseentscheidung kommt dem Auftraggeber zudem ein Beurteilungsspielraum zu, der stets von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängig ist und nur dahingehend überprüft werden kann, ob der Auftraggeber von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist und seine Entscheidung nicht nach sachfremden Erwägungen getroffen hat. Vertretbar ist somit, dass maßgeblich derjenige Wert ist, den ein sachkundiger Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments angenommen hätte bzw. derjenige Schätzwert, der am Markt für vergleichbare Leistungen als durchsetzbare Honorare anzunehmen gewesen wäre [vgl. VK Branden-

burg, Beschluss v. 11. November 2005 – Az.: 2 VK 68/05]. Auch hier steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, wobei dieser seine Prognose eigenverantwortlich vorzunehmen hat [vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08. Mai 2002 – Az.: Verg 5/02].

Nach unserer Auffassung bestehen bereits Bedenken, dass als Grundlage für die Schätzung des Schwellenwertes die späteren Honorarparameter herangezogen werden können. Aber selbst wenn auf anrechenbare Kosten in Höhe von netto 1.964.915,97 € abgestellt würde, hielten wir es für vertretbar, dass die Gemeinde Malsch vor dem Hintergrund des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums davon ausgehen konnte, dass hieraus ein Nettohonorar von 182.224,23 € für die Auftragswertschätzung angenommen werden durfte, d.h. der maßgebliche Schwellenwert von netto 200.000,00 € nicht erreicht werden würde. Dies zeigt auch die Kontrollüberlegung, dass die Marktlage im Jahr 2013 angespannt gewesen

ist und auf Grund des höheren Wettbewerbsdrucks, nicht zwingend mit einem Umbauzuschlag i.H.v. 10 % und eine Nebenkostenpauschale von 4,5 % zu kalkulieren war. Ferner dürfte ebenso vertreten werden können, dass im Rahmen der Prognoseentscheidung berücksichtigt werden durfte, dass die Entwurfsplanung bereits vorlag (s.o.), sodass auch die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 – 3 nicht nochmals vollständig anfallen würden. Berücksichtigt man diese Umstände zu Gunsten der Gemeinde Malsch, lässt sich entlang der preisrechtlichen Vorgaben der HOAI [da vor der Entscheidung des EuGH zur Europarechtswidrigkeit der selbigen] und nach den von der GPA angelegten anrechenbaren Kosten in Höhe von netto 1.964,915,97 € ein geschätzter Auftragswert von 156.806,41 € ($182.224,23 \text{ €} \times 0,77 \times 1,085 \times 1,03 = 156.806,41 \text{ €}$) errechnen, sodass hiervon ausgehend auch unter Berücksichtigung einer marktüblichen Schwankung der Angebote von ca. 20 % (= 31.361,28 €) noch immer ein geschätzter Auftragswert von unter 200.000,00 € zur Schätzung des Auftragswertes herangezogen werden könnte [vgl. BGH, Urteil v. 27. November 2007 – Az.: X ZR 18/07; OLG Dresden, Beschluss v. 24. Juli 2012 – Az.: Verg 2/12].

Stellt sich dann allerdings ex post – und hierauf stellt die GPA im Rahmen ihrer Berechnung des voraussichtlichen Architektenhonorars ab – heraus, dass der tatsächliche Auftragswert vom geschätzten Auftragswert abweicht, ist dies grundsätzlich unschädlich [vgl. OLG Celle, Beschluss v. 19. August 2009 – Az.: 13 Verg 4/09; OLG Bremen, Beschluss v. 26. Juni 2009 – Verg 3/2005; VK Nordbayern, Beschluss v. 13.

Juli 2012 – 21.VK-3194-11/12]. Ebenso unschädlich ist es, wenn die eingehenden Angebote [und damit auch der spätere, tatsächliche Auftragswert] über dem prognostizierten Auftragswert liegt, denn dadurch wird eine [nachträgliche] Pflicht zur europaweiten Ausschreibung des Auswahlverfahrens nicht begründet [vgl. OLG Bremen, Beschluss v. 26. Juni 2009 – Verg 3/2005; VK Bund, Beschluss v. 12. Mai 2003 – VK 2-20/03].

Sollte jedoch auch der maßgebliche Prognosewert, d.h. die ex ante Auftragswertschätzung, zu dem Ergebnis kommen, dass der voraussichtliche Auftragswert mit einem Volumen von über netto 200.000,00 € zu beziffern ist, so wäre die Gemeinde Malsch zur Beachtung der Bestimmungen der VOF im Rahmen der Vergabe europaweiter freiberuflicher Leistungen verpflichtet gewesen.

b) Auf Grund des durchgeführten Auswahlverfahrens konnte kein Wettbewerb im Sinne der VOF stattfinden

Das Verfahren im Hinblick auf die Vergabe der Architektenleistungen erfolgte mehrstufig. Zunächst wurde eine Anzahl von zwölf Bewerbern angefragt. Aus dem Kreis der interessierten Bewerber konnten sich im Rahmen der Auslobung und entlang einer Bewertungsmatrix fünf Architekten qualifizieren, deren anonymisierte Planungsentwürfe durch ein Preisgericht bewertet und prämiert wurden. Den Zuschlag für die zu erbringenden Leistungen erhielt in Folge der Auslobung der Erstplatzierte, wobei auch die GPA feststellt, dass die Durchführung des Planungswettbewerbs bzw. der Auslobung selbst und auch die Entscheidung des Preisgerichts nicht zu beanstanden sind.

Die GPA moniert jedoch, dass die Auswahl der interessierten zwölf Architekten nicht im Rahmen eines offenen Verfahrens [d.h. an eine unbeschränkte Anzahl von Bewerbern] gerichtet war. Vielmehr sei hier bereits – im Sinne einer vorgezogenen Auswahlentscheidung der Gemeinde Malsch – eine Beschränkung des Wettbewerbs vorgenommen, da nur zwölf bestimmte Architekten angesprochen wurden. Es fehle also an einer Bekanntmachung der Auslobungsabsicht, was wiederum als Wettbewerbsbeschränkung zu bewerten sei, die nicht mit der VOF übereinzubringen wäre. Die GPA moniert also, dass die Gemeinde Malsch die

Auslobungsabsicht bzw. die Beschaffungsabsicht nicht hinreichend öffentlich bekannt gemacht hat.

Auch diese Bewertung halten wir für nicht unproblematisch, denn der vergaberechtliche Anwendungsbereich der VOF beschränkt sich auf solche Beschaffungen, deren Auftragsschätzwert den maßgeblichen Schwellenwert übersteigt. Hierzu verweisen wir auf die vorstehenden Ausführungen unter II. lit C. a), sodass vertreten werden könnte, dass es vergaberechtliche nicht darauf ankäme, ob die Auslobungsabsicht nach der VOF ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sei.

Geht man jedoch mit der GPA davon aus, dass die Beschaffung der Architektenleistungen den Auftragsschätzwert überstiegen hätte, d.h. unterstellt der Planungswettbewerb wäre nach den Vorschriften des zweiten Kapitels der VOF durchzuführen gewesen, käme es für die Pflicht zur Bekanntmachung des Auslobungsinteresses auf Art. 69 der Vergabekoordinierungsrichtlinie [RL 2004/18/EG] an. Nach Art. 69 Abs. 1 RL 2004/18/EG teilt der öffentliche Auftraggeber seine Absicht, einen Wettbewerb durchführen zu wollen, in der sog. Wettbewerbsbekanntmachung mit und verwendet dabei das Standardformular 12 der VO 842/2011/EU. Weder Art. 69 Abs. 1 RL 2004/18/EG noch § 15 VOF als nationale Umsetzung enthalten dabei eine ausdrückliche Regelung, wonach der öffentliche Auftraggeber von der Bekanntmachung des Auslobungsinteresses absehen kann, sodass es darauf ankommt, ob ein Ausnahmefall aus normimmanenten Schranken angenommen werden muss.

Eine solche ungeschriebene Ausnahme könnte unseres Erachtens dann angenommen werden, wenn auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers überwiegende Umstände des Einzelfalls vorliegen, die es trotz der grundsätzlich gebotenen Bekanntmachungspflicht für sachgerecht erscheinen lassen, von der Bekanntmachung im Einzelfall abzusehen (vgl. für die Bekanntmachung der Beschaffungsabsicht z.B. die Regelung gem. § 3 Abs. 4 VOF). Wenn eine solche Ausnahme von der Bekanntmachungspflicht aber schon für die Beschaffungsabsicht gem. § 3 Abs. 4 VOF besteht, wobei hier der Zuschlag im Hinblick auf die Erfüllung des Beschaffungsbedarfs im Raum steht, dürfte nichts anderes gelten, wenn im Rahmen des Planungswettbewerbs über die Bindungswirkung gem. § 17 Abs. 1 VOF kein wesentliches Perius hierzu am Markt beschafft werden soll. Dass also der Auslober mit der Auslobung zivilrechtlich nicht schon einen Antrag auf Abschluss des Architektenvertrags abgibt [vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 19. Dezember 1996 – Az.: 12 U 220/95], dürfte vergaberechtlich nicht zwingend zur Annahme geleiten, dass der zur Auswahlentscheidung zu durchschreitende Auswahlprozess bei der Auslobung und der Beauftragung im Hinblick auf die schützenswerten Interessen des öffentlichen Auftraggebers zwingend unterschiedlich

zu bewerten ist. Dies zeigt auch die Kontrollüberlegung, dass der öffentliche Auftraggeber sich bei der Vergabe der Architektenleistungen z.B. aus Gründen der Sicherheit und Ordnung gem. § 3 Abs. 4 lit. a) VOF auf einen beschränkten Teilnehmerkreis berufen und von einer Bekanntmachung der Beschaffungsabsicht absehen kann. Warum etwas anderes gelten soll, d.h. die Bekanntmachung zwingend schrankenlos erfolgen müsste, wenn ein öffentlicher Auftraggeber in dieser oder einer vergleichbaren Situation unter den in Frage kommenden Teilnehmern einen Planungswettbewerb durchführen möchte, erschließt sich nicht, sodass wir es nicht für vertretbar halten, dass zu Gunsten der Gemeinde Malsch auch im Falle einer Oberschwellenvergabe solche Umstände vorliegen könnten, welche von der grundsätzlichen Pflicht zur Bekanntmachung der Auslobungsabsicht entbinden könnte. Derartige Umstände müssten ihrerseits sicherlich hinreichend dokumentiert werden.

c) Die durchgeführte Mehrfachbeauftragung entsprach nicht den Prämissen der RPW 2013, da kein zweistufiges Verfahren nach § 3 RPW 2013 durchgeführt wurde, sondern die Teilnehmer selbst ausgesucht wurden.

Hierzu moniert die GPA, dass die vorgezogene Auswahlentscheidung der Gemeinde Malsch [keine uneingeschränkte Bekanntmachung der Auslobungsabsicht] als Wettbewerbsbeschränkung zu bewerten sei, die nicht mit § 3 RPW 2013 übereinzubringen wäre. Auch mit Bezug zum Unterschwellenbereich halten wir diese rechtliche Einschätzung nicht für uneingeschränkt zutreffend, da die GPA möglicherweise nicht hinreichend berücksichtigt hat, dass die RPW 2013 zum Zeitpunkt 2013 auf kommunaler Ebene nicht als verbindlich eingeführt war.

Aus dem Erlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung v. 28. Februar 2013 [ebenda S. 4 unter II.] lässt sich für den Anwendungsbereich der RPW 2013 entnehmen, dass die RPW 2013 für alle Wettbewerbe (vorbehaltlich des Oberschwellenbereichs), die ab dem 1. März 2013 ausgelobt werden, anzuwenden sei. In der nachfolgenden und Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift der Ministerien zur Einführung der Richtlinie für Planungswettbewerbe – RPW 2013 – vom 27. März 2013 in Baden-Württemberg wurde der Erlass des Bundesministeriums v. 28. Februar 2013 für die Behörden des Landes und die staatlichen Betriebe eingeführt. Unter Ziff. 1 der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift zur Einführung der Richtlinie für Planungswett-

bewerbe 2013 wird die Anwendung der RPW 2013 für den kommunalen Bereich lediglich empfohlen. Auch für die Vorgängervorschriften galt im Übrigen nach der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift der Ministerien zur Einführung der Richtlinien für Planungswettbewerbe – RPW 2008 – nichts Anderes [vgl. Einführungsvorschrift v. 15. Januar 2009 – Az.: 4-3356.0/10; S. 1, Ziff. 1].

Wir halten es daher, vor dem Hintergrund der verfassungsmäßig garantierten Hoheit der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG, für vertretbar, dass die Gemeinde Malsch nicht unmittelbar an die Richtlinie für Planungswettbewerbe 2013 gebunden gewesen ist, sondern sich bei der Auslobung lediglich an deren Maßgaben orientierte. Diesen Umstand mag die GPA Ihrer Einschätzung, dass das Verwaltungshandeln der Gemeinde Malsch mit den Grundsätzen der RPW 2013 nicht übereingebacht werden könne [Prüfungsbericht, S. 45], nicht hinreichend bewertet haben. Entscheidend dürfte daher nicht sein, ob das Verfahren den RPW 2013 entsprach, sondern ob dieses im Allgemeinen mit den Vorgaben des Haushaltsrechts zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln ein Einklang zu bringen ist. Soweit die GPA hierzu auf die VergabeVwV v. 27. Februar 2019 [GABl. V. 27.03.2019] verweist [Prüfungsbericht, S. 45, Rn. 1], halten wir diesen Verweis für nicht maßgeblich, da die Vorgänge aus dem Jahr 2013 stammen, sodass der zeitliche Anwendungsbereich der VergabeVwV v. 27. Februar 2019 per sé nicht eröffnet sein dürfte. Allerdings dürfte auch die Vorgängervorschrift [Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Beschaffung in der Landesverwaltung – Beschaffungsanordnung, BAO – Az.: 1-0230.0/135 v. 17. Dezember 2007 – GABl. 2008 S. 14) zu keinem anderen Ergebnis führen, da diese Vorgaben nur auf die Beschaffung durch die Dienststellen des Landes, und damit nicht auf Kommunalebene, anzuwenden sind [Ziff. 1.1, BAO]. Dass aus einer beschränkten Bekanntmachung der Auslobungsabsicht zwingend der Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Hinblick auf die spätere Beschaffung folgt, halten wir für bedenklich, denn auch im Oberschwellenbereich kann in den Fällen des § 3 Abs. 4 VOF von der Pflicht die Vergabeabsicht bekannt zu geben, abgesehen werden [s.o.], was gem. § 3 Abs. 4 lit. b) VOF z.B. ausdrücklich dann gilt, wenn der Auftrag an den Gewinner oder den Preisträger eines vorangegangenen Wettbewerbs erteilt wird. Da die RPW 2013 [so diese überhaupt anzuwenden ist – s.o.] aber grundsätzlich davon ausgehen, dass die Auslobungsabsicht bekannt zu machen ist, halten wir die Annahme der GPA inhaltlich für nachvollziehbar. Für den monierten

Verstoß müsste aber genauer herausgearbeitet werden, ob es bei einer Bekanntmachung der Auslobungsabsicht im Internet oder in der Presse überhaupt zu einer größeren Anzahl an interessierten Teilnehmern gekommen wäre, da die RPW 2013 für die Gemeinde Malsch gerade nicht verbindlich eingeführt war. Es könnte als vertreten werden, dass die gezielte Ansprache der Architekten hingegen zeigte, dass trotz entsprechenden Kapazitäten innerhalb des Marktes nur ein eher geringes Interesse an der Teilnahme an der Auslobung bzw. der Mehrfachbeauftragung bestand und gerade durch die gezielten Absprachen der Architekten überhaupt eine Vielzahl von Interessenten erwirkt werden konnte. Ferner müsste nach unserer Auffassung beachtet werden, dass die dennoch erwirkte Anzahl an interessierten Architekten, der Größe und der Bedeutung der Wettbewerbsaufgabe angemessen gewesen sein dürfte. Gleiches gilt auch hinsichtlich der Beschränkung der Teilnehmer für die zweite Stufe der Auslobung auf fünf Bewerber, sodass zweifelhaft bleibt, ob sich ein etwaig nicht auszuschließender Verstoß gegen das Haushaltsrecht überhaupt ausgewirkt hätte.

**A17+18 Umbau und Erweiterung der HTS
unterlassene EU-weite Ausschreibung Generalplanerleistungen
und unzulässige Vereinbarung der Generalplanerleistungen**

A. Sachverhalt

Es wurde bereits dargelegt, dass die Gemeinde Malsch im Jahr 2013 das Projekt der Errichtung einer Gemeinschaftsschule ausgelobt hatte [s.o. sog. Mehrfachbeauftragung]. Mit Bezug zum Auslobungsverfahren selbst wurde die Gemeinde Malsch durch die Harrer Ingenieure Gesellschaft beratender Ingenieure VBI mbH beraten. Gegenstand der Mehrfachbeauftragung bzw. Auslobung waren u.a. eine Kostenschätzung nach Din 276 [aufgegliedert nach Neubau bzw. Bauvorhaben Nr. 1 und Bestand bzw. Bauvorhaben Nr. 2], ein Raumkonzept nach Din 277 [aufgegliedert nach Neubau bzw. Bauvorhaben Nr. 1 und Bestand bzw. Bauvorhaben Nr. 2] sowie ein gesamtheitliches Konzept, welches in Bau und Betrieb alle Aspekte der Wirtschaftlichkeit berücksichtigen sollte.

An den ersten Preisträger wurden auch die weiteren Fachplanungsleistungen vergeben, was sodann zivilrechtlich im Abschluss des sog. „Generalplanervertrags“ mündete.

Die GPA vertritt die Auffassung, dass es sich bei den Bauvorhaben Nr. 1 und Bauvorhaben Nr. 2 um eine einzige, räumlich und zeitlich zusammenhängende Baumaßnahme mit dem Ziel eine Gemeinschaftsschule zu errichten handelt [vgl. Prüfungsbericht, S. 52]. Folglich kommt die GPA zu folgenden Feststellungen:

1. Die Bauvorhaben Nr. 1 und Nr. 2 sind unselbstständige Bauabschnitte eines einzelnen Bauvorhabens.
2. Die Baukosten für die Vergabe der Generalplanungsleistungen für dieses Bauvorhaben durften nicht für jedes Bauvorhaben gesondert bzw. getrennt geschätzt werden, sondern sind i.S.d. Richtlinie 2014/24/EU Art. 5 Abs. 3 bzw. ab dem Jahr 2016 gem. § 3 Abs. 2 VgV zusammenzurechnen.
3. Die Vergabe der eigenständigen Fachdisziplinen entlang der Leistungsbilder der HOAI an denselben Architekten verstößt gegen das Gebot der losweisen Vergabe.

B. Ergebnis

Die von der GPA vorgenommene Bewertung des Sachverhalts ist teilweise unzutreffend. Die GPA legt Ihren Schlussfolgerungen und Annahmen nicht hinreichend zu Grunde, dass der der Gemeinde Malsch bei der Schätzung des Auftragswerts ein Beurteilungsspielraum zukommt und die Gemeinde Malsch dazu gehalten war, einen der Preisträger mit den ausgelobten Planungsleistungen zu beauftragen [vgl. § 8 Abs. 2 RPW 2013].

C. Rechtliche Würdigung

a) Getrennte Bauvorhaben oder Bauabschnitte eines einzelnen Bauvorhabens

Die GPA begründet ihre Auffassung damit, dass die Baukörper [Erweiterung mit Mensa und Bestandsobjekt] räumlich miteinander verbunden sind und letztlich nur gemeinsam funktionieren. Dies ergäbe sich schon aus der Kontrollüberlegung, dass die Haupteinschließung des Bestandsgebäudes über den Erweiterungsbau erfolgt und ebendort nicht nur die Mensa, sondern auch noch weitere Schulräumlichkeiten vorhanden sind. Im Ergebnis lägen daher keine eigenständigen Gebäude vor, da die Mensa technisch und wirtschaftlich nur im Verbund mit dem Bestand einen Sinn

ergäbe [vgl. Prüfungsbericht, S. 52]. Die GPA legt ihren Feststellungen dabei ein zielbezogenes Begriffsverständnis des Bauvorhabens i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 VOB/A (EU) zugrunde und stellt einseitig darauf ab, welche wirtschaftliche oder technische Funktion die Mensa für das Bestandsgebäude erfüllen kann. Ferner bedient sich die GPA der DIN 276 als Orientierungshilfe, soweit diese auf die Kostenberechnung v. 12. März 2015 referenziert [vgl. Prüfungsbericht, S. 52 f.].

Diese Herangehensweise entspricht im Grundsatz den europarechtlichen Vorgaben, wonach ein einheitliches Bauwerk die Gesamtheit von Tief- und Hochbaubeten ist, welche nach ihrem Wesen eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllt [vgl. EuGH, Urteil v. 25. März 2010 – Rs C 451/08; EuGH, Urteil v. 18. Januar 2007 – Rs. C-220/05] nicht gänzlich. Wenngleich die GPA bei ihren Feststellungen auf objektive Kriterien abstellt [vgl. VK Düsseldorf, Beschluss v. 28. September 2007 – VK 27/07].

Die GPA berücksichtigt bei Ihren Feststellungen nach unserer Auffassung aber nicht hinreichend, dass nicht jedes miteinander räumlich verbundene Bauwerk zu einem einheitlichen Bauvorhaben führt. Für die Frage, ob ein einheitliches Bauvorhaben i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A (EU) vorliegt, d.h. für die Feststellung, dass die hiermit in Zusammenhang stehenden Aufträge zusammenzurechnen sind [vgl. Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, § 1 EU VOB/A, Rz. 14; m.w.Nw.], kommt es zwar darauf an, ob die mit dem Auftrag verbundene Herstellung für das Vorhaben in technischer Hinsicht oder im Hinblick auf die vorgesehene, sachbezogene Nutzung erforderlich ist [vgl. VK Rheinland-Pfalz; Beschluss v. 06. April 2005 – VK 9/15] – die rein faktische Anbindung bzw. die Frage nach der Erschließung spielt dabei keine ausschlaggebende Rolle. Diese Auslegung halten wir auch für richtig, da die Abgrenzung unterschiedlicher Bauvorhaben bei Bebauungen in zweiter Reihe, Anbauten und Reihenbebauungen anderenfalls mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden wäre. Erfüllen die Aufträge folglich unterschiedliche wirtschaftliche und technische Funktionen, können unterschiedliche Bauvorhaben auch dann vorliegen, wenn ein faktisch verbundenes Projekt von einem einzelnen Auftraggeber durch ein Unternehmen ausgeführt wird [vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 20. August 2002 – Verg 4/02; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 27. Juni 2018 – Az.: 15 Verg 7/17].

„[...] Einzelne Bauabschnitte einer Entlastungsstraße sind Einzelaufträge

und nicht Lose eines Gesamtbauwerkes, wenn zwischen ihnen kein zwingender technischer und praktischer Zusammenhang besteht, das heißt jeder Bauabschnitt für sich in verkehrstechnischer Hinsicht eine sachgerechte Nutzung durch den Verkehrsteilnehmer ermöglicht.

Bei der Ermittlung des Schwellenwertes ist in diesem Fall auf den Wert des einzelnen Bauabschnitts abzustellen; eine Zusammenrechnung des Wertes der Bauabschnitte erfolgt nicht. [...]“

OLG Brandenburg, Beschluss v. 20. August 2002 – Verg 4/02

Für die Annahme unterschiedlicher Bauvorhaben kommt es nach unserer Auffassung also nicht auf die tatsächliche Verbindung oder die Erschließung an, sondern ob jedes Bauteil für sich genommen funktional wäre bzw. sinnvoll genutzt werden könnte. Bei dieser Bewertung steht der Gemeinde Malsch ein Beurteilungsspielraum zu [s.o. – OLG Dresden, Beschluss v. 24. Juli 20212 – Az.: Verg 2/12 zum Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Schätzung des Auftragswerts], der erst bei Vorsatz und Willkür überschritten ist.

Einen solchen Fall, bei dem der Beurteilungsspielraum überschritten war, hatte das OLG Köln zu entscheiden, soweit dieses darüber befinden musste, ob Baggerleistungen und die anschließende Entsorgung des Erdmaterials funktional voneinander getrennt werden könnten [was das OLG Köln verneinte - vgl. OLG Köln, Beschluss v. 24. Oktober 2016 – Az.: 11 W 54/16]. Ein hiermit vergleichbarer Sachverhalt, der die Entscheidung der Gemeinde Malsch willkürlich erscheinen ließe, liegt jedoch nach unserer Rechtsauffassung nicht vor. Dass der Neubau der Mensa und die Sanierung des Bestandes voneinander getrennt zu betrachten sind, lässt sich auch daran festmachen, dass die Gemeinde Malsch nach durchgeführter Wirtschaftlichkeitsuntersuchung lediglich beschloss, das Bauvorhaben Nr. 1 (Mensa nebst Lernatelier als Neubau) und das Bauvorhaben Nr. 2 (Barrierefreiheit und Naturwissenschaftliche Räume für den Bestand) umzusetzen [vgl. Protokoll über die Gemeinderatssitzung v. 25. Februar 2014]. Ferner kann die Mensa, ebenso wie der Sporttrakt, ihre Funktion auch unabhängig vom Schulgebäude erfüllen und z.B. Dritten zur Nutzung brandschutzergänzend zur Verfügung gestellt werden. Auch umgekehrt, d.h. für die Sanierung des Bestandsgebäudes gilt unseres Erachtens nichts anderes. Diese Wertung, dass z.B. die

Sanierung einer Gebäudehülle und die technische Ausstattung ein eigenständiger Beschaffungsvorgang darstellt, wird dabei auch durch die jüngere Rechtsprechung des OLG Karlsruhe [vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 27. Juni 2018 – Az.: 15 Verg 7/17] gestützt. In der vorzitierten Entscheidung stellt das OLG Karlsruhe klar, dass energetische Sanierung einer Werkstatthalle, bestehend aus Arbeiten am Dach und an der Fassade, inhaltlich derart eng miteinander verknüpft sind, dass eine Aufspaltung der Fassaden- und der Dacharbeiten unzulässig wäre – hieraus lässt sich aber zugleich die Erkenntnis erzielen, dass die Modernisierung und energetische Ertüchtigung selbst, einen hinreichend eigenständigen Charakter für die Annahme eines eigenständigen Bauvorhabens trägt. Von dieser Sanierung ist auch der hiervon abgrenzbare Neuerrichtung eines Mensaanbaus funktional zu trennen. Im Rahmen der Auslobung bzw. Mehrfachbeauftragung sollten die interessierten Teilnehmer zudem auch die Kosten für das Bauvorhaben Nr. 1 und das Bauvorhaben Nr. 2 jeweils getrennt voneinander aufstellen. Dieser Umstand zeigt nach unserer Auffassung, dass ein zwingender Zusammenhang zwischen dem Bauvorhaben Nr. 1 und dem Bauvorhaben Nr. 2 nicht ohne weiteres angenommen werden kann. Schließlich sah die Auslobung auch vor, dass die Teilnehmer sämtliche Kosten für die Realisierung der Bauvorhaben berücksichtigen sollten. Eine Beschränkung auf die reinen Architektenleistungen im Rahmen der Auslobung ist nicht zu erkennen, wobei die Gemeinde Malsch auf Grund der Kostenschätzung davon ausging, dass die anrechenbaren Kosten für jede Disziplin nach der HOAI [die nicht zusammenzurechnen sind – s.u. III. C. b)] den maßgeblichen Schwellenwert nicht übersteigen würde [s.o. - II. C. a)]. Wir halten es daher für vertretbar, dass die Annahme der Gemeinde Malsch, es handelt sich beim Mensabau um ein eigenständiges Bauvorhaben, nicht so weit von den tatsächlichen Verhältnissen entfernt ist, dass diese Annahme gänzlich unvertretbar und nicht mehr hinnehmbar sei [vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 24. Juli 2012 – Az.: Verg 2/12]. Ähnlich verhält es sich auch im Hinblick auf das Bauvorhaben Nr. 3 (den Sporttrakt), der auch nach dem Prüfungsbericht der GPA hinsichtlich der Bewertung als eigenständiges Bauvorhaben unmoniert geblieben ist.

b) Die Baukosten für die Vergabe der Generalplanungsleistungen für dieses Bauvorhaben durften nicht für jedes Bauvorhaben gesondert bzw. getrennt geschätzt werden, sondern sind i.S.d. Richtlinie 2014/24/EU Art. 5 Abs. 3 bzw. ab dem Jahr 2016 gem. § 3 Abs. 2 VgV zusammenzurechnen

Wie bereits dargelegt halten wir es für vertretbar, die von der GPA als „Bauabschnitte 1 – 3“ bezeichneten Bauvorhaben als eigenständige Bauvorhaben Nr. 1 – 3 zu qualifizieren. Hierzu verweisen wir auf die vorstehenden Ausführungen. Innerhalb eines Bauvorhabens ist es für die Vergabe von Planungsleistungen die Auftragswerte umstritten, ob alle zu vergebenden Architekten- und Ingenieurleistungen zu addieren sind und – bei Erreichen oder Überschreiten des für Dienstleistungen maßgeblichen Schwellenwertes hinsichtlich der Summe der Einzelvergaben – eine europaweite Ausschreibung der Leistungen unter Berücksichtigung des sog. 20-%-Kontingentes durchzuführen ist. Den Ansatz die freiberuflichen Leistungen desselben Bauvorhabens getrennt nach Fachbereichen zu bewerten und zu vergeben [vgl. VK Nordbayern, Beschluss v. 27. April 2005 –

Az.: 320.VK-3194-13/05], halten wir auch weiterhin für vertretbar. Zwar wurde die Regelung des § 3 Abs. 2 VOF 2006 in Folge der Autalhalle-Rechtsprechung des EuGH [vgl. EuGH, Urteil v. 15. März 2012 – Az.: C-574/10] ersatzlos gestrichen, sodass gleichartige Planungsleistungen im Hinblick auf ein und dasselbe Bauvorhaben zusammenzurechnen sind – ob es sich bei den unterschiedlichen Fachdisziplinen innerhalb der Leistungsbilder der HOAI um gleichartige Planungsleistungen handelt [vgl. VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 11. Januar 2006 – Az.: VK-SH 28/05; a.A. VK Nordbayern, Beschluss v. 27. April 2005 – Az.: 320.VK-3194-13/05] ist damit jedoch noch nicht abschließend geklärt. Wir halten es daher [gerade auch im Hinblick auf die vergaberechtliche Literatur mit Bezug auf die besagte EuGH-Entscheidung „Autalhalle“] für vertretbar, dass der EuGH die vorbeschriebene und deutsche Praxis der getrennten Betrachtungsweise der jeweiligen HOAI-Fachdisziplinen, überhaupt nicht als unionsrechtswidrig angegriffen habe, und folglich eine Orientierung an den Leistungsbildern der HOAI bzw. jedenfalls eine Unterscheidung von Objekt- und Fachplanern möglich sein dürfte. Ein gegenteiliges Verständnis vertritt die EU-Kommission entlang des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und hat wegen der offensichtlich nach wie vor entgegenstehenden deutschen Praxis mit Aufforderungsschreiben vom 25. Januar 2019 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet [vgl. Vertragsverletzungsverfahren 2018/2272]. Eine Entscheidung des EuGH hierzu steht noch aus.

In der nationalen vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur zeichnet sich dabei ein heterogenes Bild ab [vgl. im Erg. offen gelassen OLG München, Beschl. v. 13. März 2017 – Az.: Verg 15/16, ebenso VK Westfalen, Beschl. v. 18. Dezember 2019 -

Az.: VK 1-34/19; aus der Literatur Möisinger, IBR 2019, 2430; Immenga/Mestmäcker/Dreher, GWB § 100 Rn. 19; Martin/Krautzberger/Kemper Denkmalschutz und Denkmalpflege, 4. Aufl. 2017, Kap. IX, Rn. 394; Fritz, VergabeR 2017, 267; Huhn/Jennert, EuZW 2012, 349; Portz, NZBau 2017, 408; DSW/Dieckmann, VgV § 3 Rn. 35]. Dass eine getrennte Auftragswertschätzung, d.h. ein Abweichen vom Gebot der Addition der einzelnen Auftragswerte innerhalb eines einheitlichen Beschaffungsvorgangs bzw. eines Bauvorhabens, nicht per sé ausgeschlossen ist, ergibt sich zudem aus der Richtlinie selbst, wenn dies durch objektive Gründe gerechtfertigt ist [vgl. Erwägungsgrund 20, RL 2014/24/EU].

Soweit die GPA zudem auf die bisherigen Zahlungen an den Architekten in Höhe von insg.brutto 1.541.949,37 € [vgl. Prüfungsbericht, S. 49] abstellt, ist anzumerken, dass für die Auftragswertschätzung die voraussichtlichen Kosten ohne Umsatzsteuer maßgeblich sind. Wir halten daher die tatsächlichen Kosten für keine geeignete Referenz im Hinblick auf die zu beurteilende Rechtsfrage. Ferner kommt es im Hinblick auf die Frage der Auftragswertschätzung der Planungsleistungen stets auf das jeweilige Bauvorhaben an. Soweit die GPA die ausführt, dass die Vergabe der Architekten- und Ingenieurleistungen im Jahr 2015 den maßgeblichen EU-Schwellenwert von 207.000,00 € überstieg [vgl. Prüfungsbericht, S. 49], wäre nach unserer Auffassung – schon unabhängig von der Frage nach der getrennten Auftragswertschätzung im Hinblick auf die Fachdisziplinen (s.o.) – eine Differenzierung nach den jeweiligen Bauvorhaben Nr. 1 – Nr. 3 vorzunehmen. Eine solche differenzierte Betrachtungsweise ist dem Prüfungsbericht der GPA jedoch nicht zu entnehmen [vgl. Prüfungsbericht, S. 47 ff.].

c) Die Vergabe der eigenständigen Fachdisziplinen entlang der Leistungsbilder der HOAI an denselben Architekten verstößt gegen das Gebot der losweisen Vergabe.

Hierzu stellt die GPA fest, dass die Gemeinde Malsch gegen das Gebot der losweisen Vergabe gem. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB i.V.m. § 3 Abs. 7 VgV verstoßen habe, indem die Planungsleistungen über verschiedene Disziplinen hinweg an denselben Architekten vergeben wurden. Hierzu führt die GPA allgemein aus, dass es vielfache Beispiele gäbe, bei denen Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen bei Schulden mit mehreren Planungsbüros erfolgreich umgesetzt worden sind, sodass z.B. keine wirtschaftlichen

Gründe erkennbar wären, die eine Ausnahme vom Gebot der losweisen Vergabe rechtfertigen könnte [vgl. Prüfungsbericht, S. 50]. Entgegen der Auffassung der GPA halten wir es jedoch für vertretbar, dass sich die Gemeinde Malsch auf Grundlage des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums sowie im Rahmen ihrer Beschaffungsautonomie dazu entschließen konnte, die Planungsleistungen der verschiedenen Fachdisziplinen an ein- und denselben Architekten zu vergeben. Dass die Zuschlagsentscheidungen sich zudem zivilrechtlich in der Niederschrift eines einzigen Vertragswerks wiederfinden, ist nach unserer Auffassung von der vergaberechtlichen Entscheidung, auch die weiteren Fachdisziplinen an den Preisträger des Auslobungsverfahrens zu trennen. Zudem hatten wir bereits dargelegt, dass es streitig bleiben dürfte, ob die Auftragswerte für jede Fachdisziplin gesondert zu betrachten oder aufzuaddieren sind [s.o.] und dass die Gemeinde Malsch zum Zeitpunkt der Vergabe im Unterschwellenbereich nur an das Haushaltsrecht unter Berücksichtigung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gebunden war [s.o.].

Dass die Vergabeentscheidung der Gemeinde Malsch – auch die weiteren Fachdisziplinen an den Preisträger der Auslobung zu vergeben – gegen haushaltsrechtliche Grundsätze verstoßen hätte, ist bislang nicht ersichtlich. Vielmehr dürfte diese Entscheidung zu einer deutlich geringeren Haushaltsbelastung geführt haben, wofür die nachfolgenden Annahmen sprechen:

Durch die Beauftragung ein und desselben Architekten entfiel ein Koordinierungs- und Abstimmungsbedarf, der bei der Beauftragung unterschiedlicher Architekten/Fachplaner angefallen wäre. Hierdurch ersparte sich die Gemeinde Malsch die weitere Beauftragung eines Projektsteuerers, was auch die GPA zutreffend erkennt [Prüfungsbericht, S. 50].

Aber auch dann, wenn mit der GPA von einer Gesamtvergabe ausgegangen würde, wäre die Vergabe von Generalplanungsleistungen nicht per sé unzulässig. Gleiches gilt auch hinsichtlich der Vergabe der Architekten- und Ingenieurleistungen für den „3. Bauabschnitt“ [vgl. Prüfungsbericht, S. 46]. Die für eine Gesamtvergabe zu berücksichtigenden sach- und auftragsbezogenen Kriterien entsprechen rechtlich weitestgehend denjenigen Erwägungen, die einer gleichgerichteten Einzelvergabe der Leistungen zugrunde zu legen wären. Auf eine wiederholte bzw. analoge Darstellung wird daher verzichtet.

Wir merken daher an, dass eine Generalplanervergabe nach § 14 Abs. 4 VgV zulässig sein kann, wenn das Vorhaben komplex und die Planungsleistungen eng miteinander

verbunden sind. Dies ist insbesondere bei Sanierungsleistungen, wie sie Gegenstand des Bauvorhabens Nr. 2 sind, regelmäßig der Fall [vgl. Voppel/Osenbrück/Bubert, VOF, § 2 Rn. 58]. Die Vorgängerregelung im Hinblick auf das Gebot der losweisen Vergabe, § 2 Abs. 4 VOF lautete zudem dahingehend, „[dass kleinere] Büroorganisationen und Berufsanfänger [lediglich] angemessen beteiligt werden [sollen]“. Ist eine Generalplanervergabe bereits nach § 14 Abs. 4 VgV zulässig, dürfte dies also erst recht für die damaligen Prämissen des § 2 Abs. 4 VOF gelten.

Allein Grund des räumlichen Anschlusses an das Bauvorhaben Nr. 1 [s.o.], dürfte zu befürchten gewesen sein, dass es zu Kostennachteilen und Verzögerungen gekommen wäre, wenn die Planungsleistungen auch Vorhabenbezogen in unterschiedlichen Händen gelegen hätte.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang ferner, dass es nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 lit c) VgV zulässig ist, im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb einen Auftrag direkt an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben, wenn für den Auftrag wegen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten, insbesondere gewerblichen Schutzrechten, ohnehin nur ein einziges Unternehmen in Betracht kommt. Wie bereits dargelegt, umfasste das Auslobungsverfahren [s.o. – Mehrfachbeauftragung] ausdrücklich ein Gesamtkonzept über alle drei Bauvorhaben [vgl. Ziff. 2.1.2., 2.3 der Auslobungsbedingungen] wobei die geforderten Planunterlagen und perspektivischen Visualisierungen also auch das geforderte Massenmodell urheberrechtlichen Schutz genießen könnte. Das Urheberrecht wurde nach den Auslobungsbedingungen zudem gerade nicht an die Gemeinde Malsch übertragen [vgl. Ziff. 1.10 der Auslobungsbedingungen], sodass es gem. § 39 Abs. 2 UrhG auf eine Interessensabwägung zwischen dem Erhaltungsinteresse des Urhebers und einem etwaigen Änderungsinteresse des nutzungsberechtigten ankommt. Die Regelung des § 39 Abs. 2 UrhG ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen, weshalb diese Interessensabwägung im Zweifelsfall zu Gunsten des Urhebers ausfallen wird [vgl. Schulze in Dreier/Schulze, Kommentar zum UrhG, 6. Auflage 2018, § 39, Rn. 14, 17]. Eine solche Abwägung ist zudem immer im Rahmen einer Bewertung der konkreten Umstände des Einzelfalls, wobei es dabei u.a. auf den Rang der Schöpfungshöhe des betroffenen Bauwerks, die Intensität des Eingriffs, die technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Zwänge und die Notwendigkeit der beabsichtigten Maßnahme ankommt. Im Streitfall müsste dies gutachterlich geklärt werden.

Unseres Erachtens kann aber auch hier die Auffassung vertreten werden, dass der

Gemeinde Malsch vor dem Hintergrund der urheberrechtlichen Bestimmungen, den Ergebnissen des Auslobungsverfahrens und der an den RPW 2013 angelegten Verfahrensausgestaltung [s.o.] auch vor dem Hintergrund des § 14 Abs. 4 VgV bzw. 2 Abs. 4 VOF gestattet warm die weiteren Fachplanungsleistungen an den Preisträger des Auslobungsverfahrens zu vergeben. Anderenfalls hätte die Gemeinde Malsch spätestens bei der Durchführung der Bauvorhaben damit rechnen müssen, dass bei einer Fortschreibung der Planungsergebnisse aus dem Auslobungsverfahren urheberrechtliche Ansprüche [ggf. auch gerichtlich] geltend gemacht und durchgesetzt worden wären, was wiederum die Realisierung der Vorhaben insgesamt [insb. terminlich] infrage gestellt hätte, sodass in der weiteren Folge auch der Erhalt von Fördermitteln und die Realisierung des Projektes insgesamt gefährdet gewesen wäre. Eine an derartigen sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung für eine Gesamtvergabe, die selbstredend auch zu dokumentieren gewesen ist, wäre daher wohl auch vor dem Hintergrund des Gebots der losweisen Vergabe nicht zu beanstanden [vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 29. Juli 2013 – Az.: 1 VK 25/13].

A19 Umbau und Erweiterung der HTS unterlassene EU-weite Ausschreibung der Bauleistungen

A. Sachverhalt

Wie bereits dargelegt, wurden im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Projekts zur Errichtung einer Gemeinschaftsschule drei voneinander abgrenzbare Vorhaben initiiert. Das erste Teilvorhaben umfasst die Erweiterung der Hans-Thoma-Schule mit einer Mensa. Das zweite Teilvorhaben betrifft die, in drei Bauvorhaben untergliederte, Sanierung und Modernisierung des Bestandsgebäudes und der dritte Teil bezieht sich auf den sog. Sporttrakt, der nicht Gegenstand des Prüfungsberichts der GPA ist.

Auch im Hinblick auf die Vergabe der Bauleistungen vertritt die Auffassung, dass es sich bei den Teilen Nr. 1 und Nr. 2 um ein einzige, räumlich und zeitlich zusammenhängende Baumaßnahme mit dem Ziel eine Gemeinschaftsschule zu errichten handelt und stellt fest, dass die Auffassung der Gemeinde Malsch (es handele sich um getrennte Bauvorhaben) nicht bestätigt werden kann [vgl. Prüfungsbericht, S. 52].

Folglich kommt die GPA zu folgenden Feststellungen:

1. Die Bauleistungen für den 1. Bauabschnitt (das Bauvorhaben Nr. 1) hätten europaweit vergeben werden müssen, da der maßgebende Schwellenwert v. 5.186.000 € im Jahr 2015 bzw. 5.225.000 € ab 2016 für die Gesamtbaumaßnahme überschritten wurde.
2. Die Baukosten für die Vergabe der Bauleistungen für dieses Bauvorhaben durften nicht für jedes Bauvorhaben gesondert bzw. getrennt geschätzt werden, sondern sind zusammenzurechnen.

B. Ergebnis

Die von der GPA vorgenommene Bewertung des Sachverhalts ist teilweise unzutreffend. Die GPA legt Ihren Schlussfolgerungen und Annahmen nicht hinreichend zu Grunde, dass der der Gemeinde Malsch bei der Auftragswertschätzung ein Beurteilungsspielraum zusteht.

C. Rechtliche Würdigung

a) Getrennte Bauvorhaben oder Bauabschnitte eines einzelnen Bauvorhabens

Zur Vermeidung vielseitiger Wiederholungen verweisen wir auf unsere Ausführungen unter II. lit. C. a), wonach wir die Auffassung der Gemeinde Malsch, dass es sich um eigenständige Bauvorhaben handele für vertretbar angesehen haben.

b) Nationale Vergabe innerhalb des 20 % - Kontingents

Schließlich äußert die GPA Zweifel daran, ob die nach nationalem Vergaberecht beauftragten Bauleistungen in Höhe von insgesamt netto 3.984.401,01 € [tatsächlicher Auftragswert] vor dem Hintergrund des 20 % Kontingentes ohnehin nach Unterschwellenvergaberecht hätten vergeben werden dürfen, sodass es auf die schwierige Abgrenzung von Bauvorhaben zu Bauabschnitten nicht ankommt (sog. 80/20-Regel gem. § 3 Abs. 9 VgV). Wie bereits dargelegt, halten wir es für vertretbar, von einzelnen Bauvorhaben auszugehen [vgl. II. lit. C. a)], sodass es auf die Frage, ob das 20 % - Kontingent ausgeschöpft ist, nicht ankommt.

Ungeachtet dessen sind wir der Auffassung, dass für Beantwortung dieser Frage nicht die tatsächlichen Kosten der Beauftragung maßgeblich sind [vgl. Prüfungsbericht, S. 51 ff.]. Vielmehr gehen wir davon aus, dass der Zeitpunkt der Schätzung des Auftragswertes entscheidend sein dürfte, würde es auf die Berechnung des 20%-Kontingentes ankommen [vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11. Februar 2009 – Verg 69/08]. Zieht man somit die geschätzten Nettobaukosten für die Bauvorhaben Nr. 1 und Nr. 2 in Höhe von insg. 8.295.427,93 € heran, läge das 20 % Kontingent bei insg. netto 1.659.085,59 € ($8.295.427,93 \text{ €} \times 0,2$) wobei die Wettbewerbsergebnisse sogar eine Kostenschätzung in Höhe von bis zu 11.000.000,00 € vorsahen, wonach das 20 % - Kontingent bei 2.200.000,00€ läge ($11.000.000,00 \text{ €} \times 0,2$). Allerdings halten wir die Feststellung der GPA auch deswegen für bedenklich, da eine nachträgliche Zuordnung von Losen zum 20%-Kontingent nicht möglich sein dürfte [vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11. Dezember 2019 – Verg 53/16; OLG München, Beschluss v. 06. Dezember 2012 – Verg 25/12]. Unseres Erachtens kann daher die schwierige Abgrenzung zwischen Bauvorhaben und Bauabschnitten nicht durch die von der GPA erwogene Kontrollüberlegung herausgekürzt werden.

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle jedoch, dass die Gemeinde Malsch die Bauleistungen für den dritten Bauabschnitt des zweiten Bauvorhabens europaweit ausschreibt, sodass sich die Beanstandung der GPA jedenfalls für die weiteren Auftragsvergaben erledigt haben dürfte [vgl. Prüfungsbericht, S. 53].

Anlagen:

Anlage 1: Stellungnahme Büro Fuhr+Müller (nur interner Gebrauch)
Bericht_Original (nur interner Gebrauch)