

Irrungen und Wirrungen rund um die Schwelle

Eine Entscheidung des OLG München zur Berechnung des Auftragswertes bei Planungsleistungen führt zu Wirbel. Ohne Not, denn das OLG selbst betont: Einzelfallentscheidung!

Der Gesetzgeber gibt für öffentliche Planungsaufträge, ab einem Auftragswert von aktuell 209.000 € netto rechtliche Leitplanken, nach denen der öffentliche Auftraggeber verfahren muss. Schätzt also der öffentliche Auftraggeber, dass das Planerhonorar diesen Wert erreicht oder übersteigt, spricht man von einem Auftrag „oberhalb der Schwelle“. Eine der rechtlichen Leitplanken „oberhalb der Schwelle“ ist die europaweite Ausschreibungspflicht. Unterhalb des Schwellenwertes besteht kein rechtsfreier Raum, doch sind die Vorgaben geringer.

Die richtige Einschätzung des Wertes ist daher elementar. Wer dort trickst oder täuscht, muss damit rechnen, dass seine Ausschreibung aufgehoben wird. Das kann im Einzelfall weitreichende Folgen haben, wenn zum Beispiel Zuschüsse an die Einhaltung der richtigen Vergabe gebunden sind.

Für die Vergabe von Architektenleistungen wurde 2012 die Bedeutung der richtigen Auftragswertberechnung deutlich. Dem EuGH lag eine Ausschreibung der Gemeinde Niedernhausen zur Entscheidung vor, die eine Mehrzweckhalle, die Autalhalle, sanieren wollte und dabei Planungsleistungen ausschrieb, die insgesamt deutlich über dem damaligen Schwellenwert lagen. Allerdings wurden die Sanierungsarbeiten nach Dringlichkeit gestaffelt über einen Zeitraum von drei Jahren vergeben. Entsprechend wurden die Honorarkosten für die Planer auf diese Abschnitte aufgeteilt, mit der Folge, dass jede einzelne Honorarstaffel unterhalb der Schwelle lag. Aus diesem Grund ging die Gemeinde davon aus, dass sie die jeweiligen Planungsleistungen nicht EU-weit ausschreiben musste. Der EuGH bewertete dies anders (Urt. v. 15.03.2012 – C-574/10). Seiner Ansicht nach erfolgte die

abschnittsweise Vergabe allein aus haushalterischen Gründen. Funktional betrachtet würde es sich aber stets um einen einzigen Gesamtauftrag handeln. Die Einzelleistungen wiesen eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität auf. Die Entscheidungsbegründung war nachvollziehbar, da andernfalls allein aus haushalterischen Gründen heraus die Auftragswerte unter die Schwelle gerechnet werden könnten. Solche möglichen Umgehungs- oder gar Manipulationsversuche wollte der EuGH verständlicherweise nicht zulassen. Neben den Architektenleistungen wurden auch die Tragwerksplanerleistungen erwähnt. Seitdem ist umstritten, ob der Auftragswert alle Planungsleistungen für das Projekt maßgeblich ist.

Europäische Kommission für Addition der Leistungen

Zudem hat sich die Europäische Kommission Ende 2015 an die Bundesrepublik Deutschland gewandt und ein Vertragsverletzungsverfahren angekündigt. Hintergrund dieses Vorgehens war die Vergabe von Planungsleistungen der Stadt Elze zur Sanierung eines Freibades. Insgesamt betrachtet lagen alle Planungsleistungen deutlich über dem Schwellenwert. Es ging also nicht nur um reine Architektenleistungen, sondern auch um Tragwerksplanung sowie die Planung der technischen Ausrüstung. Die unterschiedlichen Planungsleistungen wurden von der Gemeinde eigenständig ausgeschrieben. Die jeweiligen Gewerke blieben unterhalb der Schwelle, sodass es keine EU-weite Ausschreibung gab. Die Europäische Kommission sah hier einen Verstoß und bezog sich dabei explizit auf die Autalhalle-Entscheidung des EuGHs. Zu einer Klärung vor dem EuGH kam es indes im Fall

Elze nicht, da das Freibad fertig gestellt wurde bevor die Europäische Kommission Klage einreichte – wozu sie allerdings lange Zeit hatte und die Möglichkeit der Klärung verstreichen ließ.

Seitdem war es offensichtlich, dass die Europäische Kommission eine weitgehende Additionspflicht zur Auftragswertberechnung annahm. Sie geht davon aus, dass letztlich sämtliche Planerleistungen, egal ob es um Objektplanung, TGA- oder Tragwerksplanung geht, zusammengezählt werden müssen, um zu prüfen, ob der ermittelte Gesamtwert unterhalb der Schwelle liegt oder nicht. Faktisch würde dies zu einer deutlich ansteigenden EU-weiten Ausschreibungspflicht führen.

Der Verordnungsgeber hat all dies im Zusammenhang mit der Einführung des neuen Vergaberechts im April 2016 abgewogen und sich in § 3 Abs. 7 S. 2 VgV dafür entschieden, dass nur gleichartige Leistungen zu addieren sind. Aktuell besteht somit rechtliche Klarheit nach dem Wortlaut der VgV.

Entscheidung des OLG München

Wer nun dachte, dass damit zumindest solange Rechtsicherheit herrscht, solange die Europäische Kommission nicht doch vor den EuGH zieht, täuschte sich. Am 13. März 2017 entschied das OLG München (Verg 15/16) über die Vergabe eines Auftrags zum Neubau eines Verwaltungsgebäudes. Der Auftraggeber schrieb die Planungsleistungen für die Tragwerksplanung eigenständig aus. Ein Bewerber rügte, dass nicht alle für den Bau erforderlichen Dienstleistungsaufträge addiert wurden, was sonst zu einem Auftragswert oberhalb der Schwelle und damit zu einer europaweiten Ausschreibung geführt hätte. Das OLG München nahm die Kritik auf und erklärte seine europarechtlichen Bedenken an der deutschen Verordnung zur Auftragswertberechnung. Im Ergebnis enthielt es sich aber einer abschließenden Bewertung mit der Aussage: „Ob aus obigen Erwägungen in jedem Fall die Leistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartige Leistungen anzusehen und für die Schwellenwertberechnung zu addieren sind, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls im streitgegenständlichen Fall ist eine Addition vorzunehmen. Hier spricht schon die von der Antragsgegnerin selbst formulierte Bekanntmachung dafür, die Planungsleistungen als Einheit zu betrachten und zu bewerten.“ Das OLG München bezog sich bei seiner rechtlichen Beurteilung auf den Wortlaut der Bekanntmachung, in der es hieß: „Die Planungsdisziplinen der

Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung müssen daher lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen.“ Wenn schon der öffentliche Auftraggeber selbst von einer Einheit ausgeht, dann müsse er dies auch bei der Berechnung des Auftragswertes berücksichtigen, so die Münchner Richter.

Obwohl die Entscheidungsbegründung den Einzelfallcharakter deutlich heraushob, wurde die Entscheidung schnell von einigen Juristen aufgegriffen, die gezielt Kommunen und andere öffentlichen Auftraggeber anschrieben und dort ihre ganz eigene Form der Aufklärung und Entscheidungsinterpretation vornahmen. „Bisher wurden in der Praxis die Schwellenwerte von unterschiedlichen Planungsleistungen meist getrennt geschätzt. Begründet wurde dies damit, dass es sich aufgrund der unterschiedlichen Spezialgebiete und aufgrund der unterschiedlichen Einordnung in der HOAI gerade nicht um gleichartige Leistungen im Sinne des § 3 Abs. 7 VgV handele. Diese Argumentation hat das Oberlandesgericht München nun eindeutig abgelehnt“, heißt es in einem Rundschreiben einer Münchner Anwaltskanzlei, wobei das Wort „eindeutig“ noch in Fettschrift hervorgehoben wurde. Wie nun die bayerischen Juristen auf diese „eindeutige“ Ablehnung kommen, ist bei der Entscheidungsbegründung schleierhaft. Warum sie Irrungen und Wirrungen verbreiten, kann nur spekuliert werden.

Hinweise der Obersten Baubehörde aus Bayern

Wohltuend sachlich und klarstellend reagierte die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, die in einem eigenen Rundschreiben die Entscheidung des OLG München bewertete. „Ob in jedem Fall Leistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartige Leistungen anzusehen und für die Schwellenwertberechnung zu addieren sind, ist abschließend nicht entschieden worden“, heißt es dort und weiter: „Das Gericht hat in seiner Entscheidung vielmehr maßgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls – nämlich die zitierte Passage der Bekanntmachung – abgestellt.“ Im Ergebnis schreibt die oberste bayerische Baubehörde: „Wir sind weiterhin der Auffassung, dass kein Vergabeverstöß vorliegt, wenn die Vergabestelle § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV korrekt anwendet, solange die Rechtsprechung (des EuGH) nicht eine abweichende Grundsatzentscheidung trifft.“ Zur Vorsicht rät

sie dann, wenn EU-Fördermittel im Spiel sind: „Bei EU-geförderten Maßnahmen wird bis auf Weiteres eine gewisse Rechtsunsicherheit bleiben (...). Die Vergabestellen müssen also vorläufig bei EU-geförderten Maßnahmen abwägen, ob sie das Risiko einer späteren Rückforderung eingehen oder vorsichtshalber addieren wollen.“

Das OLG München hätte Rechtsklarheit erwirken können, wenn es die Fragestellung dem EuGH vorgelegt hätte, hielt dies aber nicht für notwendig. Die nationale Rechtslage kann ein deutsches OLG allein aber nicht als europarechtswidrig aushebeln. Kommt ein Gericht zu der Einschätzung, dass hier ein Verstoß gegen europäisches Recht bestehen könnte, muss es den Fall dem EuGH vorlegen. Nach dem Fall „Elze“ wurde ein weiteres Mal

versäumt, eine eindeutige Klärung durch den EuGH herbeizuführen.

Aktuell gilt für Auslober also immer noch die deutsche Gesetzes- und Verordnungslage. Diese sieht keine Additionspflicht vor, wenn es sich um Planungsleistungen unterschiedlicher Leistungsbilder handelt. Der Handlungsempfehlung der Obersten Baubehörde aus Bayern ist dabei nichts hinzuzufügen. Bei Projekten mit EU-Fördermitteln sollte bedacht werden, dass die Europäische Kommission von einer weitreichenden Additionspflicht ausgeht. Allerdings ist die Europäische Kommission nicht der EuGH. Am Ende kann und wird nur dieser feststellen können, welche Regelung europarechtskonform ist und welche nicht.

Autoren

Peter Kalte (GHV) / Davina Übelacker (IngK BW) / Eric Zimmermann (AKBW)