

Rechtsanwalt Prof. Klaus Hekking
Vangerowstrasse 7c
69115 Heidelberg

Dezember 2015

Fallstudie 1: Zulässigkeit freihändiger Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungen unterhalb des EU Schwellenwert durch öffentliche Auftraggeber

Hier: Vergabe durch Kommunale Wirtschaftsunternehmen

1. Sachverhalt

Ein kommunales Wirtschaftsunternehmen plant die Errichtung eines Bauwerks und will die Objektplanung nach § 34 HOAI der Leistungsphasen 1-3 (Grundlagenermittlung, Vorplanung, Entwurfsplanung) und die dafür erforderlichen Fachplanung vergeben.

Für das Vorhaben soll eine teilweise Förderung aus Mitteln eines Bundeslandes und aus EFRE Mitteln der EU beantragt werden.

Der geschätzte Auftragswert für die beiden Lose lag jeweils unter dem 2015 geltenden Schwellenwert der EU von 207.000 €.

Das Unternehmen will aus Zeitgründen die beiden Lose freihändig vergeben und hat vorsorglich um eine vergaberechtliche Beurteilung gebeten.

2. Rechtliche Würdigung

Die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe der freiberuflichen Leistungen unterhalb der EU Schwellenwerte ist unter drei Aspekten zu prüfen:

- a) Zulässigkeit nach GWB und Vergabeverordnung (VgV)
- b) Zulässigkeit nach Förderrecht und Haushaltsrecht
- c) Zulässigkeit nach Kommunalrecht

a. Zulässigkeit der freihändigen Vergabe der freiberuflichen Planungsleistungen nach Vergaberecht gemäß GWB und VgV ?

Das kommunale Wirtschaftsunternehmen ist zur Anwendung des öffentlichen Vergaberecht bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen verpflichtet, wenn es ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB wäre. Als juristische Person des Privatrechts kann es öffentlicher Auftraggeber sein, wenn es die Voraussetzungen nach § 98 Ziffer 2, Ziffer 4 oder 5 GWB erfüllt.

Öffentlicher Auftraggeber im Sinne von **§98 Ziffer 2 GWB** wäre es, wenn es:

1. Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnehmen würde. Aufgabe des konkreten Unternehmens ist die Wirtschaftsförderung durch Ansiedlung durch befristete Bereitstellung von Gewerberäumen für junge Technologieunternehmen.

Die Wirtschaftsförderung liegt nach der Rechtsprechung des EUGH (Urt.vom 22.05.2003, VergabeR 2003,420) im Allgemeininteresse, so dass dieses Merkmal erfüllt ist.

2. Zusätzlich müsste das Unternehmen diese Aufgabe „nichtgewerblich“ erfüllen. Nichtgewerblichkeit wird vom EUGH (EUGH EUZW 2001,382) angenommen, wenn die betreffende juristische Person:
 - Sonder- oder Ausschließlichkeitsrechte bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe hat,
 - keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt und
 - ihre Verluste selbst tragen muss.

Das Merkmal der Nichtgewerblichkeit ist im konkreten Fall nicht erfüllt, denn das Unternehmen steht bei der Vermietung der Räume im regulären Marktwettbewerb mit anderen Anbietern, handelt mit Gewinnabsicht und hat keinen Anspruch auf Verlustausgleich durch die öffentliche Hand.

Damit ist es kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 2 GWB

Es ist auch kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von **§98 Ziffer 4 GWB**, da es keine Aufgaben aus den dort genannten Sektorenbereichen wahrnimmt.

Öffentlicher Auftraggeber im Sinne von **§ 98 Ziffer 5 GWB** wäre das kommunale Wirtschaftsunternehmen, wenn es zur Finanzierung des geplanten Vorhabens mehr als 50% öffentliche Mittel erhalten würde. Dies ist im vorliegenden Fall geplant.

Zwischenergebnis:

Damit ist das Unternehmen im konkreten Fall, öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 5 GWB.

Es ist damit gemäß **§ 97 Abs.6 GWB** in Verbindung mit **§§ 1 Abs.1, 2 Ziffer 2, 5 Abs.1 der VgV** verpflichtet, freiberufliche Planungsleistungen, deren geschätzter Auftragswert über 207.000 € (EU VO 1336/2013) liegen, nach VOF auszuschreiben.

Im vorliegenden Falle liegen die geschätzten Auftragswerte für die beiden Lose jedoch jeweils deutlich unter diesem Schwellenwert, so dass eine Verpflichtung zur Durchführung einer EU-weiten Ausschreibung nach VOF nach der VgV nicht besteht. Für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen unterhalb der Schwellenwerte ist anerkannt, dass sie vergaberechtlich grundsätzlich freihändig vergeben werden können, soweit nicht aufgrund anderweitiger rechtlicher Bestimmungen eine Anwendung des öffentlichen Vergaberechts vorgeschrieben ist (siehe dazu unten lit b) und c). Siehe dazu Ley, VOL Handbuch B4 § 1 S.7 und Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A 5.Auflage § 1 Rdn.17, sowie VG Köln, Urt. v. 03.09.2015 - 16 K 3369/14

Ein Verstoß gegen das **Umgehungsverbot des § 3 Abs.2 VgV** durch Aufteilung der Aufträge ist nicht ersichtlich, da das Unternehmen entsprechend dem vergaberechtlichen Prinzip der losweisen Vergabe verfahren ist, dh. Lose für Leistungen mit jeweils wirtschaftlich und technisch getrennten Zielsetzungen gebildet hat. Die Losbildung ist in sich schlüssig und führt nicht zur Zersplitterung in unwirtschaftliche Losgrößen.

Zwischenergebnis:

Das Unternehmen ist nach GWB und VgV nicht gehindert, die in Rede stehenden Aufträge freihändig zu vergeben.

b) Zulässigkeit der freihändigen Vergabe der freiberuflichen Planungsleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach Förderrecht und Haushaltsrecht ?

Das Unternehmen beabsichtigt, öffentliche Mittel des Landes und der EU zur Finanzierung des Projekts Anspruch zu nehmen.

Ein Förderbescheid liegt derzeit noch nicht vor, so dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch keine Auflagen wirksam sind. Ob der Antrag später tatsächlich bewilligt wird, ist ebenfalls noch offen.

Es wird jedoch unterstellt, dass das Vorhaben auch tatsächlich im vorgesehenen Umfang gefördert wird.

In diesem Falle würden die Verwaltungsvorschriften des zuständigen Wirtschaftsministeriums und als Grundlage für die Zuwendungsauflagen herangezogen.

Diese sehen entsprechend **§ 36 VwVfG** die Anwendung des Vergaberechts vor. Dieser Verweis bedeutet, dass der Zuwendungsempfänger bei Vergabe geförderter Aufträge das öffentliche Vergaberecht in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden hat. Weitergehende

vergaberechtliche Verpflichtungen in Bezug auf die Vergabe von Aufträgen für freiberufliche Dienstleistungen enthalten die Verwaltungsvorschriften nicht. Damit ist wie oben unter a) dargelegt, auch bei Anwendung dieser Verwaltungsvorschriften eine freihändige Vergabe freiberuflicher Planungsleistungen unterhalb der EU Schwellenwerte nicht ausgeschlossen. Auch aus den in der VwV in Bezug genommenen Bestimmungen der LHO und des LVerwVerfG ergeben sich keine weitergehenden vergaberechtlichen Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers.

Zwischenergebnis.

Bei einer Anwendung der einschlägigen förderrechtlichen Bestimmungen auf das vorliegende Projekt ist eine freihändige Vergabe von freiberuflichen Planungsleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte nicht unzulässig

c) Zulässigkeit der freihändigen Vergabe der freiberuflichen Planungsleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach Kommunalrecht?

ca) Zulässigkeit der freihändigen Vergabe nach § 106b GO ?

Gemäß § 106 b Abs.1 der Gemeindeordnung (GO) sind die Gemeinden gehalten, auf Unternehmen, bei denen sie einen bestimmenden Einfluß haben, darauf hinzuwirken, dass diese bestimmte vergaberechtliche Bestimmungen einzuhalten haben.

Gemäß § 106 b GO besteht die Anwendungsverpflichtung abschließend:

- wenn diese Unternehmen öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 2 GWB sind
- bei Vergaben nach VOB und VOL

Beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle nicht erfüllt: Zum einen ist wie unter a) ausgeführt die TP kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 2 GWB, zum anderen handelt es sich bei den in Rede stehenden Aufträgen um freiberufliche Leistungen, auf die die VOB und die VOL keine Anwendung finden.

Zwischenergebnis:

Aus § 106 b GO ergibt sich keine Unzulässigkeit der freihändigen Vergabe der hier in Rede stehenden freiberuflichen Planungsleistungen

cb) Zulässigkeit der freihändigen Vergabe nach § 31 GemeindehaushaltsVO (GemHV) ?

Gemäß § 31 GemHV des Landes muss gemäß Abs.1 der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe erfordern.

Gemäß Abs.2 sind die als verbindlich bekannt gegebenen Vergabegrundsätze anzuwenden.

§ 31 GemHV ist gemäß § 144 GO eine landesrechtliche Ausführungsbestimmung zum Haushaltsrecht der Gemeinden und bezieht sich ausschließlich auf die Gemeinden als Regelungsobjekte und nicht auf juristische Personen des Privatrechts. Diese Bestimmung ist daher nicht auf Vergaben der kommunalen Wirtschaftsunternehmen anzuwenden. § 31 Abs. 2 GemHV verweist im übrigen auf die oben unter a) und b) dargestellten vergaberechtlichen Regelungen (Vergabegrundsätze) ohne zusätzliche Vergaberegulungen vorzunehmen. Da diese die freihändige Vergabe nicht ausschließen, ergibt sich auch hieraus kein Zwang zur öffentlichen Ausschreibung.

Zwischenergebnis:

Aus § 31 GemHV ergibt sich keine Unzulässigkeit der freihändigen Vergabe der hier in Rede stehenden freiberuflichen Planungsleistungen.

Zusammenfassung

- Ist ein kommunales Unternehmen öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 5 GWB unterliegt es bei der Vergabe von Aufträgen grundsätzlich dem öffentlichen Vergaberecht nach GWB und VgV.
- Aufträge für freiberufliche Planungsleistungen, deren geschätzter Auftragswert den Schwellenwert von 207.000 € überschreiten, muss es nach VgV und VOF vergeben.
- Aufträge für freiberufliche Planungsleistungen, deren geschätzter Auftragswert unter dem EU Schwellenwert liegt kann es dagegen auch im Wege der beschränkten Ausschreibung oder der freihändigen Vergabe vergeben.
- Bei der Schätzung der Auftragswerte hat es das Umgehungsverbot nach § 3 Abs.2 VgV zu beachten, dh. es darf Aufträge nicht künstlich aufteilen, um den Schwellenwert zu unterschreiten. Eine Umgehung des § 3 Abs.2 VgV liegt jedoch nicht vor, wenn es entsprechend dem vergaberechtlichen Prinzip der losweisen Vergabe in zulässiger Weise Lose gebildet, die technisch und wirtschaftlich zweckmäßig nach Anlagengruppen der HOAI abgegrenzt sind (z.B Objektplanung und Fachplanungen).
- Auch nach den förderrechtlichen Regelungen der ANBestP, sowie unter haushalts- und kommunalrechtlichen Aspekten ist die freihändige Vergabe freiberuflicher Planungsleistungen unterhalb der EU Schwellenwerte zulässig.