BEB-Fachtagung vom 29.9.2013 - 02.10.2013

Ausschreibung von Planungsleistungen

Pflicht oder Kür?

© AKBW 2013

Architektenkammer
Baden-Württemberg
Danneckerstraße 54
70182 Stuttgart

Rechtsanwalt
Alfred Morlock
Geschäftsführer
Justitiar

Telefon: 0711/2196-120
Telefax: 0711/2196-121
morlock@akbw.de

© AKBW 2013

Zeitungsschlagzeile

„ Entzug von Fördergeldern bei Vergaberechtsverstoß?“

Staatsanzeiger Baden-Württemberg, 12. Juli 2013

© AKBW 2013

Rechtsgrundlagen

- Vergaberecht
- Werkvertragsrecht
- HOAI
- Berufsordnung

© AKBW 2013

Vergaberecht

Trennung zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Auftraggebern:

Wer muss was beachten?

© AKBW 2013

Private Auftraggeber

Rechtsform der GmbH, gGmbH, e. V.

oder

wer **nicht** öffentlicher AG ist.

© AKBW 2013

Wer ist öffentlicher Auftraggeber

- § 98 GWB regelt, wer öffentlicher Auftraggeber ist.
  - Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen
  - Andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden,
    - im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen und
    - eine besondere Staatsnähe aufweisen.

© AKBW 2013

Öffentlicher Auftraggeber

- Kommunen, Städte, jur. Personen des öffentlichen Rechts (**gem. § 98 Nr. 1 bis 3**)

- Gem. § 98 Nr. 1 sonstige **jur. Personen des privaten oder öffentlichen** Rechts die:

  - zu dem besonderen Zweck gegründet wurden,
    = Gründungszweck liegt im **Allgemeininteresse**

  - im Allgemeininteresse liegende Aufgaben,
    = im gesamtgesellschaftlichen Interesse

  - nicht gewerblicher Art
    = **kein entwickelter Wettbewerb**

  erfüllen.

  Bspw.: Abfallentsorgung

© AKBW 2013

Staatsnähe

- Überwiegende Finanzierung aus öffentlicher Hand oder

- Leitung oder Aufsicht des Staates beziehungsweise nachgeordneter Stellen

© AKBW 2013

Europäischer Gerichtshof

Urteil vom 12.09.2013

- Überwiegende Finanzierung und
- Aufsicht durch öffentliche Stellen

sind nicht erfüllt bei einer Ärztekammer

© AKBW 2013

Es gilt der funktionale Auftraggeberbegriff

Vergabestellen nehmen hinsichtlich ihrer Funktion staatliche Aufgaben war, ungeachtet der Organisationsform

- Privatrechtliche Rechtsform ist allein kein Kriterium!

© AKBW 2013

Öffentlich geförderte private AG, § 98 Nr.5 GWB

- mehr als 50 % öffentliche Fördermittel
- im Bereich u.a. Krankenhäuser, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäude …

© AKBW 2012

Öffentlich geförderte private AG, § 98 Nr.5 GWB

- Bei Altersheimen und Behinderteneinrichtungen:
- steht medizinische Betreuung im Vordergrund?
- Wenn ja: ÖA bei mehr als 50 % Fördermittel

© AKBW 2012

Sonderfall Kirchen

Kirchen und ihre Einrichtungen sind nicht mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu vergleichen:

wegen der religiösen und konfessionellen

Neutralität des Staates

© AKBW 2013

Sind kirchliche Körperschaften des öffentlichen Rechts öffentliche Auftraggeber?

Entscheidung durch Vergabekammer Nordbaden, Beschluss vom 24.07.2001 und 15.10.2001.

Am Beispiel eines Diakoniewerkes wurde ausgeführt, dass dieses, ebenso wie eine Ordensgemeinschaft weder

- personell noch
- finanziell

von öffentlichen Stellen beherrscht ist, sondern von der Kirche

© AKBW 2013

Vergabekammer Nord-Baden

Zitat:

„Wie die Kirchen sind die Ordensgemeinschaft und das Diakoniewerk weder juristische Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des § 98 Nr. 2 BGB noch wurden sie zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Die Qualifikation als Körperschaft des Öffentlichen Rechts bedeutet **keine Eingliederung in die Staatsverwaltung**. Die Kirchen und ihre Einrichtungen sind angesichts der **religiösen und konfessionellen Neutralität** des Staates nicht mit anderen öffentlich rechtlichen Körperschaften zu vergleichen, die in den Staat eingegliederte Organisation sind.“

© AKBW 2013

Vergabekammer Nord-Baden

Zitat:

„Mit der Erfüllung von Aufgaben im sozialen Bereich greifen beide Einrichtungen zwar unvermeidlich über den Verantwortungsbereich des Staates. Der Staat beschränkt seine Aufgabenerfüllung aber auf weltliche Ziele, während religiöse Organisationen ihren Ursprung im kirchlichen Auftrag haben, der auch seelsorgerische Aufgaben und die tätige Liebe am Nächsten umfasst.

• • •

Eine etwaige Gesetzeslücke kann nur durch den Gesetzgeber geschlossen werden.“

© AKBW 2013

Entscheidung

OLG Celle, Beschluss vom 25.08.2011

- Ein Bistum ist kein öffentlicher Auftraggeber
- Untergliederungen der Katholischen Kirche sind keine öffentlichen Auftraggeber
- Bestätigung der Rechtsprechung der Vergabekammer Nord-Baden

© AKBW 2013

Fördergelder

Etwas anderes gilt dann, wenn

- im Zuwendungs- und Bewilligungsbescheid eine Nebenbestimmung zur Verpflichtung der Anwendung öffentlicher Vergabevorschriften aufgenommen wurde

- kircheninterne Vorschriften die Anwendung öffentlicher Vergabevorschriften fordern

© AKBW 2013

ANBest

- Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen i. V. m. § 44 LHO/BHO

- § 23 LHO/BHO Ausgaben/ Zuwendungen zur Erfüllung bestimmter Zwecke

© AKBW 2013

Inhalt der Nebenbestimmungen

Zum Beispiel Richtlinie des *Bayerischen Staatsministeriums* vom 23.11.2006

oder

Erlass des *Nordrheinwestfälischen Finanzministeriums* vom 18.12.2003

Ziel:
Zuwendungen sind im Rahmen des Wettbewerbs wirtschaftlich und sparsam zu verwenden.

- Beachtung der VOB als Auflage
- Entsprechende Anwendung auf VOL/VOF

© AKBW 2013

Inhalt der Nebenbestimmungen

- Zuwendungsempfänger wird **nicht** öffentlicher Auftraggeber
- Vergaberechtsschutz der Bieter gegenüber Zuwendungsempfänger besteht **nicht**
- Rechtsschutz zur Vergabekammern **nicht** eröffnet

© AKBW 2013

Rechtsschutz bei einer Bezuschussung von mehr als 50 % durch staatliche Mittel?

Fall:

Ein Diakoniewerk – juristische Person des Öffentlichen Rechts schreibt Bauleistungen europaweit aus. Die Finanzierung erfolgt zu mehr als 50 % durch staatliche Mittel.

Ein nicht berücksichtigter Bieter leitet ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer ein.

Ist die Vergabekammer zuständig?

© AKBW 2013

Fördermittel

Vergabekammer ist nicht zuständig; demnach sind die

Anträge unzulässig, da die Diakoniewerke kein ÖA im Sinne des § 98 GWB.

Dies gilt auch bei überwiegender Finanzierung durch staatliche Stellen.

© AKBW 2013

Schadensersatzansprüche

- Gegebenenfalls Schadensersatzansprüche der Bieter gegen Vergabeempfänger/Auftraggeber

- Verstoß gegen eine Ankündigung, vergaberechtliche Bestimmungen einzuhalten

- Schadensersatzanspruch dann auch gegenüber privaten Auftraggeber

© AKBW 2012

Rückforderungsmöglichkeit

- „Rückforderungsmöglichkeit, wenn vergaberechtliche Vorschriften nicht beachtet sind (§ 49 a VwVfG)

© AKBW 2013

Voraussetzung dafür

- Widerruf – in Form eines Verwaltungsakts
- Rückforderung der Zuwendungen
- Bei Verstößen gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

© AKBW 2013

Ermessensentscheidung

- Allerdings Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit
- Entscheidung liegt im Ermessen des Zuwendungsgebers
- Nur schwere Vergaberechtsverstöße sind relevant

Ermessensentscheidung

Beispiele:

- Bei Bauleistung: freihändige Vergabe statt VOB/A
- Beschränkte Ausschreibung statt öffentliche Ausschreibung, wenn Voraussetzungen vorliegen
- Unzulässige Aufteilung des Auftragswertes in zwei Lose

© AKBW 2012

Entscheidungen

- VG Gelsenkirchen: GU-Vergabe
- VG Aachen: unzulässige Aufteilung in Lose
- BGH: Nichtbeachtung von VOB/A und VOL/A
- VGH Mannheim: freihändige Vergabe von Bauleistungen

© AKBW 2012

Ermessensentscheidung

Was ist bei Planungsvergaben?

- Freihändige Vergabe an einen Architekten ist unzulässig
- Oberhalb der Schwellenwerte des VOF-Verfahrens erforderlich
- Unterhalb des Schwellenwertes?

© AKBW 2013

Ministerium prüft Rückforderung von Fördermitteln

Der Jahresbericht 2012 des Landesrechnungshofs in NRW

- Direktvergabe an Architekturbüro „gegen jede Regel direkt“
- Kein Vergabeverfahren
- Rechnungshof: Hätte europaweit öffentlich ausgeschrieben werden müssen

© AKBW 2012

Öffentlicher Auftraggeber

Trennung zwischen Aufträgen unterhalb und oberhalb des Schwellenwertes

© AKBW 2013

Schwellenwerte

Liefer-/Dienstleistungsaufträge: (Architekten- und Ingenieurleistungen)

- Bund 130.000,00 € netto
- Für andere Liefer-/Dienstleistungsaufträge 200.000,00 € netto
- Für Bauaufträge 5.000.000,00 € netto

© AKBW 2013

Schwellenwerte

Konsequenzen:

Unterhalb der Schwelle

- Freihändige Vergabe
- Suchverfahren
- Planungskonkurrenzen

© AKBW 2013

Konkurrierende Verfahren

- Architektenwettbewerb nach RPW 2013
- Mehrfachbeauftragung nach HOAI
- Sonstige Planungskonkurrenz

© AKBW 2013

Eigenart der Architekten- und Ingenieurleistungen

- Es handelt sich um geistig-schöpferische und nicht um marktgängige Leistungen
- Als Angehörige der freien Berufe dürfen sie sich nur unter Einhaltung der Berufsordnung und der HOAI um Aufträge bewerben
- Reiner Preiswettbewerb ist unzulässig

© AKBW 2013

Empfehlung des Landes Baden-Württembergs bei Aufträgen
Ab 50.000,00 €:

Suchverfahren

Im Suchverfahren ist mit mindestens drei freiberuflich Tätigen ein **Leistungs**wettbewerb durchzuführen. Dabei sind grundsätzlich drei Angebote einzuholen.

Architekten: Böwer Eith Murken/Spiecker, Freiburg
Fotograf: Roland Halbe

© AKBW 2013

Suchverfahren

Vorgabe der Honorarparameter durch AG:

- Gesamtbaukosten
- Honorarzoneneinschätzung
- geforderte Leistungsphasen

© AKBW 2012

Suchverfahren

Zuschlagskriterien:

- Projektteam
- Büroorganisation
- Projektabwicklung
- Leistungszeitpunkt
- Honorare

© AKBW 2012

Fazit:

Zuwendung von Fördergeld macht Empfänger nicht zu ÖA

Bei Verstoß kann Bescheid aufgehoben werden:

- Rückforderungsanspruch

Zuständiges Gericht: Verwaltungsgericht

Fördergeber muss aber Ermessen ausüben:

Ob und in welcher Höhe er Zurückforderungen erhebt

Fazit:

Nur bei schwerwiegendem Verstoß, z. B. freihändiges Verfahren statt öffentliche Ausschreibung

© AKBW 2013

Fazit:

In einigen Bundesländern gibt es entsprechende Richtlinien: Bayern, Nordrhein-Westfalen ….

„ Rückforderung von Zuwendungen wegen Nichtbeachtung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen “

oder

„Richtlinie zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen“

© AKBW 2013

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit