

Energiesozietät GmbH Rechtsanwälte Steuerberater Gartenstraße 44 40479 Düsseldorf

www.energiesozietaet.de

Neubau Feuer- und Rettungswache Nord in Leverkusen

Vergaberechtliche Machbarkeit

Düsseldorf, den 6. März 2024



# Inhaltsverzeichnis

Ausgangssituation	3
Zusammenfassung	4
Stellungnahme	6
I. Vergabe der Planungsleistungen	6
1. Berechnung des Auftragswertes bei Planungsleistungen	6
2. Einsatzformen auf Planungsebene und vergaberechtliche Anforderungen	8
2.1 Einsatzformen auf Planungsebene	8
2.2 Vergaberechtliche Anforderungen an eine Generalplanervergabe	9
3. Ausgestaltung des Planervertrages	11
4. Wahl der Verfahrensart	12
5. Zeitlicher Ablauf Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb	13
II. Bauausführung	15
1. Mögliche Unternehmereinsatzformen	15
2. Vergabe in Form des sog. Inhabermodells, d.h. Planen ab LP 5 + Bauen + Betreiben + ggfs. Finanzierung	17
3. Abweichung vom Vorrang der Fach- und Teillosvergabe	18
4. Verfahrensart: Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb	20
III. Vergabe der Projektsteuerungsleistungen/Baucontrolling	22
IV. Rechtsberatung	



## **Ausgangssituation**

Die Stadt Leverkusen beabsichtigt den Neubau der Feuer- und Rettungswache Nord (FRW-Nord). Die aktuelle Feuer- und Rettungswache Nord ist vor rund 100 Jahren (1922/1923) errichtet worden und entspricht gemäß eines Gutachtens aus dem Jahr 2019 weder in baulich-technischer Hinsicht noch aus funktionaler Sicht den bestehenden Anforderungen.

Vor diesem Hintergrund hat der Gutachter als Fazit des Brandschutzbedarfsplanes, Stand: 20.11.2019 empfohlen:

"Im Hinblick auf die fehlende Zukunftsfähigkeit des Bestandstandortes und die für die Erreichbarkeit der nördlichen Stadtgebiete ungeeignete Lage wurde eine Verlegung der Wache durch einen Ersatzneubau auf einem geeigneten Grundstück mit möglichst optimaler Verkehrsanbindung empfohlen. ..."

Mit der Vorlage 2023/2119 hat der Rat der Stadt Leverkusen beschlossen, einen Neubau an dem Standort "Auf den Heunen" zu prüfen. Die Stadt Leverkusen beabsichtigt, nicht nur die Planung und den Bau, sondern auch den Gebäudebetrieb durch Dritte erbringen zu lassen.

Die Verwaltung wurde in diesem Zusammenhang beauftragt, eine wirtschaftliche, vergaberechtliche Machbarkeit zu erarbeiten, die einen Vorschlag beinhaltet, in welcher Form die Planung, der Bau und der Betrieb der FRW-Nord finanziert werden können.

In diesem Zusammenhang sollen auch rechtliche Aspekte Berücksichtigung finden sowie ÖPP-Modell in Erwägung gezogen werden. In rechtlicher Hinsicht soll zunächst geprüft werden:

- Möglichkeiten des Verzichts auf Losbildung im Vergabeverfahren
- Bzgl. Losbildung Planungsdisziplinen (Generalplaner)
- Soll zur Auswahl des Planers ein Architektenwettbewerb stattfinden?
- Wahl der Verfahrensart für die Vergabeverfahren
- Bzgl. Losbildung Bau (Generalunternehmer, Totalunternehmer inkl. Planung sowie Lebenszyklusmodell von Planen/Bauen und Betreiben
- Abhängigkeiten von Vergabe und Grunderwerb
- Soll einem Generalunternehmer die Ausführungsplanung (LP 5 HOAI) übertragen werden?
- Soll eine Baugenehmigung Grundlage der Vergabe von Generalunternehmerleistungen sein?

Die Projektrealisierung in Form von Einzelgewerken soll zunächst nicht betrachtet werden.



# **Zusammenfassung**

## Hinsichtlich der Planungsleistungen ist zu beachten:

- Die Planungsleistungen sind im konkreten Fall aufgrund des Auftragswertes **europaweit** auszuschreiben.
- Anderes dürfte gelten für vorgelagerten Leistungen wie etwa für Bodengutachten oder Machbarkeitsstudien in einer frühen Vorplanungsphase, sofern diese Leistungen nicht selbst den Schwellenwert überschreiten;
- ebenso wie für die unter Teil 2 HOAI genannten Leistungsbilder der Flächenplanung. Diese dürften für die Auftragswertermittlung nicht zu den eigentlichen Planungsleistungen zu addieren sein. Vielmehr ist der Auftragswert diesbezüglich gesondert zu ermitteln.
- Die Vergabe an einen **Generalplaner** ist mit guten Argumenten **vergaberechtlich darstellbar**; muss im Vergabevermerk am konkreten Einzelfall aber begründet werden.
- In Betracht kommt eine Zusammenfassung der Planungsdisziplinen Objektplanung, Technische Gebäudeausstattung, Tragwerk, Freianlagen, Bauphysik sowie Brandschutz in einen Generalplanerauftrag.
- Der Generalplanervertrag sollte als **Stufenvertrag** ausgestaltet werden.
- Für die Planersuche ist das **Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb** die richtige Verfahrensart.
- Ein vorgeschalteter Wettbewerb dürfte für die konkrete Planungsaufgabe keine Vorteile versprechen.
- Für das Vergabeverfahren "Generalplaner" sind inklusive Auswertungszeiten **ca. 5-6 Monate** anzusetzen.
- Eine **Vorinformatio**n kann der frühzeitigen Marktinformation dienen; ändert aber in diesem Fall nichts an der Dauer und dem Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.

#### Empfehlungen für die bauliche Umsetzung:

- Da die Stadt Leverkusen nicht nur Planen und Bauen kombinieren möchte, sondern auch den Gebäudebetrieb sowie ggfs. die Finanzierung durch Dritte durchführen lassen möchte, empfiehlt sich als Vertragsmodell das sog. Inhabermodell.
- Die Planungsleistungen sollten auf der Grundlage der LP 4 (Genehmigungsplanung) übertragen werden.



- Die **Gesamtvergabe** im Rahmen eines Inhabermodells dürfte mit guten Argumenten **vergaberechtlich darstellbar** sein; muss im Vergabevermerk am konkreten Einzelfall aber ausführlich begründet werden.
- Im Vorfeld ist die Wirtschaftlichkeit entsprechend § 7 Abs. 2 LHO NRW zu belegen.
- Als Verfahrensart für die Vergabe eines Inhabermodells empfehlen wir ein Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.
- Das Vergabeverfahren kann vor Vorliegen der Baugenehmigung gestartet werden.

#### Empfehlung für die Vergabe der Projektsteuerung

- Es ist zu erwarten, dass der maßgebliche Schwellenwert für ein EU-weites Verfahren bei Vergabe eines vollumfänglichen Projektsteuerungsauftrages überschritten wird.
- Als Verfahrensart für die Vergabe der Projektsteuerungsleistung empfehlen wir ein **Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb** nach Maßgabe der VgV.

## Empfehlung für die Vergabe von Rechtsberatungsleistungen

- Es ist zu erwarten, dass der **maßgebliche Schwellenwert für ein EU-weites Verfahren** bei der Vergabe der Rechtsberatung **unterschritten** wird.
- Rechtsdienstleistungen fallen als freiberufliche Leistungen in den Anwendungsbereich des § 50 UVgO. Freiberufliche Leistungen sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben.
   Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Dies ist jeweils eine Frage des Einzelfalls.



## **Stellungnahme**

## I. Vergabe der Planungsleistungen

Planungsleistungen müssen von öffentlichen Auftraggebern ab einem geschätzten Auftragswert von 221.000 EURO netto europaweit unter Berücksichtigung der Regelungen der §§ 73 ff. Vergabeverordnung (VgV) ausgeschrieben werden.

Für die Frage, ob die Leistungen europaweit auszuschreiben sind, ist der voraussichtliche Auftragswert nach den Vorgaben des § 3 VgV zu schätzen.

## 1. Berechnung des Auftragswertes bei Planungsleistungen

Die Auftragswertschätzung ist ein zentraler Schritt bei der Konzeption eines Vergabeverfahrens. An der Höhe des Auftragswertes bemisst sich u.a., ob die Leistung ober- oder unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt und folglich EU-weit ausgeschrieben werden muss oder nicht. Weiter ist die Höhe des Auftragswertes entscheidend dafür, nach welchen Verfahrensregeln der Auftrag vergeben wird. Bei der Auftragswertschätzung ist der voraussichtliche Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer zugrunde zu legen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 VgV).

Die Auftragswerte aller funktional zusammengehörigen Teilleistungen, die in einem wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang zueinanderstehen, sind zu addieren. § 3 Abs. 7 Satz 1 VgV umschreibt diesen Grundsatz wie folgt: Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Auftraggeber durch eine (künstliche) Aufteilung des Auftrags in einzelne Teilleistungen nicht dem bieterfreundlichen Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB entziehen können soll.

Es gilt daher: Was funktional zusammengehört, ist bei der Auftragswertschätzung zusammenzurechnen.

Diese Maßgabe gilt seit der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt seit dem 24.08.2023 auch für Planungsleistungen aufgrund der Streichung von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV alte Fassung, der bisher die Auftragswertberechnung von Planungsleistungen geregelt hat. Wurde hiernach nur der Wert für Lose gleichartiger Leistungen zusammengerechnet, müssen nunmehr bei öffentlichen Vergabeverfahren grundsätzlich alle ausgeschriebenen Planungsleistungen addiert werden. Es kommt bei der Auftragswertschätzung allein darauf an, ob mehrere Planungsleistungen – gleich, ob sie demselben oder unterschiedlichen Leistungsbildern angehören – einen funktionalen Zusammenhang aufweisen. Ist dies der Fall, sind sie bei der Auftragswertschätzung zusammenzuziehen.



Einen funktionalen Zusammenhang weisen Leistungen auf, wenn sie in

wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität

#### aufweisen.1

Hierbei ist eine "funktionale Betrachtung" heranzuziehen. Diese hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil vom 05.10.2000, Kommission/Frankreich, C-16/98, für Bauaufträge entwickelt. Im Urteil "Autalhalle" hat der EuGH diese funktionale Betrachtung auch auf Dienstleistungsaufträge angewandt.

Von einem funktionalen Zusammenhang ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Leistungen zusammenhängen und in den einzelnen Leistungsbildern aufeinander abgestimmt sind.<sup>2</sup> Dies ist bei Objektplanung, TGA-Planung, Tragwerksplanung sowie Freianlagenplanung regelmäßig anzunehmen.

Ob Planungsleistungen, die in ihrer Art auf unterschiedliche Weise erbracht werden, in funktionalem Zusammenhang stehen und zusammenzurechnen sind, ist immer im Einzelfall von der jeweiligen Vergabestelle zu prüfen und zu dokumentieren.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz weist in seinem Schreiben vom 23.08.2023 darauf hin, dass eine Prüfung z.B. insbesondere bei vorgelagerten Leistungen wie etwa bei Bodengutachten oder Machbarkeitsstudien in einer frühen Vorplanungsphase angezeigt ist.<sup>3</sup> Für solche Leistungen lässt sich gut argumentieren, dass keine innere Kohärenz und keine funktionelle Kontinuität mit der eigentlichen Planungsleistung besteht. Die entsprechende Entscheidung der Vergabestelle mit ihren Erwägungen ist zu dokumentieren.

#### Zwischenergebnis:

• Planungsleistungen, die einen funktionalen Zusammenhang aufweisen, sind für die Ermittlung des potenziellen Auftragswertes zu addieren. Dies dürfte in der Regel für die unter Teil 3 und 4 HOAI aufgeführten Leistungsbilder der Fall sein. Die Planungsleistungen sind im Konkreten Fall aufgrund des Auftragswertes europaweit auszuschreiben.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> EuGH, Urteil v. 15. März 2012 – C-574/10 – "Autalhalle".

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> vgl. OLG München, Beschluss v. 13. März 2017 – Verg 15/16.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz v. 23.08.2023 mit klarstellenden Erläuterungen zur Auftragswertberechnung vor der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen nach der Streichung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV, § 2 Absatz 2 Satz 2 SektVO und § 3 Absatz 7 Satz 3 VSVgV.



- Anderes dürfte gelten für vorgelagerten Leistungen wie etwa für Bodengutachten oder Machbarkeitsstudien in einer frühen Vorplanungsphase, sofern diese Leistungen nicht selbst den Schwellenwert überschreiten;
- ebenso wie für die unter Teil 2 HOAI genannten Leistungsbilder der Flächenplanung. Diese dürften für die Auftragswertermittlung nicht zu den eigentlichen Planungsleistungen zu addieren sein. Vielmehr ist der Auftragswert diesbezüglich gesondert zu ermitteln.

## 2. Einsatzformen auf Planungsebene und vergaberechtliche Anforderungen

Nahezu jedes Bauvorhaben ist einmalig und weist individuelle Eigenheiten in technischer, baubetrieblicher oder kaufmännischer Hinsicht auf:

- Welche technische Komplexität weist das Bauvorhaben aus?
- Welche Besonderheiten sind bei dem Bauvorhaben zu beachten?
- Welche rechtlichen Vorgaben müssen beachtet werden? Gibt es gesetzliche Vorgaben, z.B. solche des Arbeitsrechts, des Versicherungsrechts, des Umweltrechts (z.B. Emissionsschutzrechts) oder des Nachbarrechts?
- Handelt es sich um eine öffentliche Vergabe oder einen Auftraggeber, der dem öffentlichen Vergaberecht (GWB, VgV, VOB/A) unterliegt?

Diese Individualität ist bei der Strukturierung und Konzeptionierung sowohl der Planungs- als auch der Umsetzungsphase zu berücksichtigen.

#### 2.1 Einsatzformen auf Planungsebene

In Betracht kommt die klassische Realisierung mit einer separaten Beauftragung von Objektplanern und den einzelnen Fachplanern. Alternativ ist die Beauftragung eines Generalplaner zu nennen. Ein Generalplaner ist ein Unternehmen, welches die Planungsverantwortung für ein Bauprojekt trägt und sämtliche Architektur-, Ingenieurs- und Fachplanungen erbringt. Er kann eigenständig Nachunternehmer in die Leistungserbringung einbinden; gegenüber dem Auftraggeber ist aber der Generalplaner der einzige Auftragnehmer.

Die Beauftragung eines Generalplaners stellt mithin eine Abweichung von dem Grundsatz dar, dass Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind.



#### 2.2 Vergaberechtliche Anforderungen an eine Generalplanervergabe

Nach § 97 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind Leistungen grundsätzlich in Losen zu vergeben. Hiervon kann nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB nur dann abgesehen werden, "wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern". Mit dieser 2009 eingeführten Regelung sollte der Mittelstandsschutz gestärkt werden; es sollten die Nachteile der mittelständischen Wirtschaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, ausgeglichen werden. Deshalb sollte von dem Gebot der Losvergabe nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden können.<sup>4</sup>

Dieses klare Regel-Ausnahme-Verhältnis bedeutet aber nicht, dass eine Gesamtvergabe überhaupt nur bei Vorliegen eines objektiv zwingenden Grundes erfolgen darf. Erforderlich ist vielmehr, dass sich der Auftraggeber im Einzelnen mit dem grundsätzlichen Gebot der Fachlosvergabe einerseits und den im konkreten Fall dagegen sprechenden Gründen auseinandersetzt und sodann eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange trifft, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe überwiegen müssen. <sup>5</sup> Innerhalb dieser im Rahmen des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB vorzunehmenden Interessenabwägung steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. <sup>6</sup> Die Frage, ob technische oder wirtschaftliche Gründe es im Sinne des Gesetzes "erfordern", von einer Losbildung abzusehen, setzt somit eine Bewertung voraus.

§ 97 Abs. 4 GWB ist im Kontext der primären Ziele des Vergaberechts auszulegen, zu denen insbesondere auch die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung gehört. Dabei sind auch die weiteren Grundsätze des Vergaberechts (Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit) sowie die vom Gesetzgeber nunmehr in § 97 Abs. 3 GWB normierten strategischen Ziele (Qualität, Innovation, soziale und umweltbezogene Aspekte) im Blick zu behalten.<sup>7</sup>

Die Planung von Feuerwachen muss viele Voraussetzungen erfüllen, um den sicheren Betrieb der Feuerwehr zu gewährleisten. Moderne Feuerwachen sind multifunktionale Strukturen mit optimierten Abläufen, sie sind eigene autarke Organismen und 24 Stunden in Betrieb. Neben einer hohen Aufenthaltsqualität für die Ruhe- und Aufenthaltsbereiche kommt vor allem dem Prinzip der

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Vgl. BT-Drs. 16/10117, Seite 15.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Statt vieler: VK Bund, Beschluss v. 09.05.2014, VK 1-26/14; OLG München, Beschluss v. 25.03.2019 - Verg 10/18.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Vgl. Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 97 Rn. 184 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> OLG Frankfurt, Beschluss v. 14. Mai 2018 - 11 Verg 4/18.



"kurzen Wege" bei der Planung einer Feuerwache große Bedeutung zu: Die Dauer der Einsatzzeiten, also die Dauer vom Zeitpunkt der Alarmierung bis zum Eintreffen der Einsatzkräfte am Einsatzort, ist per Gesetz vorgegeben und liegt in der Regel bei acht Minuten. Dementsprechend kurz, sicher und effektiv müssen die Wege der Bediensteten im Gebäude bis zum Einsatzfahrzeug gestaltet werden, was letztlich auch die Gestaltung der Wegeführungen im Außenbereich betrifft. Da die Feuerwehrbediensteten neben ihrem Einsatzdienst auch Tätigkeiten z.B. in Lagern und Büros nachgehen, gilt die Anforderung kurzer, optimierter Abläufe für das gesamte Feuerwehrgebäude bzw. Feuerwehrgelände. Die kurzen Einsatzzeiten bedingen somit effiziente Grundrisse und optimierte Gebäudeentwürfe. Daraus folgen für den Entwurfsprozess eine Vielzahl von Abstimmungen zur Grundrissentwicklung und zur technischen Ausstattung. Moderne Feuerwachen sind Gebäude mit hohem technischem Anspruch sowohl hinsichtlich der unterschiedlichen Anlagengruppen als auch der Versorgungssicherheit im Katastrophenfall. Daraus ergeben sich zahlreiche Schnittstellen zwischen den einzelnen Planungsdisziplinen, so muss zum Beispiel stets das Zusammenspiel von Gebäudetechnik und Einsatzleittechnik gewährleistet sein. Damit das schnell und reibungslos abläuft, müssen zum Beispiel gebäudetechnische Funktionen wie Videoanlagen, Beleuchtung sowie Tür- und Torsteuerung im Alarmfall sicher und mit hoher Präzision gesteuert werden. Feuerwachen sind mithin Gebäude der sicherheitsrelevanten Infrastruktur, bei der die Einzelleistungen in enger räumlicher, technischer und baubetrieblicher Verbindung stehen und einer Aufspaltung in weitere Gewerke und Bereiche nicht sachgerecht ist, weil Bauteile, Erschließung und technische Anlagen umfassend aufeinander abgestimmt sein müssen, um die Funktionsfähigkeit nicht zu gefährden.8

Aufgrund dieser Komplexität besteht ein besonderes Bedürfnis für "ganzheitliche" fachplanungsübergreifende Lösungsvorschläge für die Planungsleistungen, welches mit guten Argumenten eine Vergabe an einen Generalplaner rechtfertigen könnte.

Dass es sich bei Feuer- und Rettungswachen um "Spezialimmobilien" handelt, zeigt sich auch daran, dass sich eine nicht erhebliche Zahl von Planungsbüros auf diese Aufgabe spezialisiert hat und stets eine integrierte Objekt- und TGA Planung anbietet.

Eine entsprechende Argumentation ist im Vergabevermerk – auch unter Auseinandersetzung mit der im Beschluss der VK Südbayern vom 21.03.2022 hervorgehobenen, immer ohnehin bestehenden Koordinierungspflicht des Objektplaners in Bezug auf alle Fachplanerleistungen als Grundleistung in den LP 1-3 und 5 nach Anlage 10 zu § 34 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)<sup>9</sup> – darzustellen.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008, Verg W 15/08 zu Justizvollzugsanstalten.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Vgl. VK Südbayern, Beschluss v. 21.03.2022 - 3194.Z3-3\_01-21-51.



#### Zwischenergebnis:

- Die Vergabe an einen Generalplaner ist mit guten Argumenten vergaberechtlich darstellbar; muss im Vergabevermerk am konkreten Einzelfall aber begründet werden.
- In Betracht kommt eine Zusammenfassung der Planungsdisziplinen Objektplanung, Technische Gebäudeausstattung, Tragwerk, Freianlagen, Bauphysik sowie Brandschutz in einen Generalplanerauftrag.

#### 3. Ausgestaltung des Planervertrages

Der Generalplanervertrag sollte als Stufenvertrag ausgestaltet werden. Die Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau) sehen dieses Vertragsmodell sogar als Regelmodell für Baumaßnahmen des Bundes vor.

Stufenverträge mit Architekten und Ingenieuren zeichnen sich dadurch aus, dass der Planer für den vollen Leistungsumfang ein Angebot abgibt, das der Auftraggeber in Stufen annehmen kann. Die erste Vertragsstufe wird dabei regelmäßig mit der Vertragsunterzeichnung beauftragt. Die Beauftragung der weiteren Leistungsstufen hängt von der Entscheidung des Auftraggebers ab.<sup>10</sup>

Die Vertragsstufen könnten entsprechend der Leistungsbilder der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nach den Leistungsphasen (LP) wie folgt definiert werden:

- 1. Stufe: LP 1 (Grundlagenermittlung) und LP 2 (Vorplanung)
- 2. Stufe: LP 3 (Entwurfsplanung)
- 3. Stufe: LP 4 (Genehmigungsplanung)

Sofern die konkrete Vergabestrategie für die Umsetzung der Bauaufgabe zunächst offengehalten werden soll, können und sollten als weitere Stufen vorgesehen werden:

- 4. Stufe: LP 5 (Ausführungsplanung), LP 6 (Vorbereitung der Vergabe) und LP 7 (Mitwirkung bei der Vergabe)
- 5. Stufe: LP 8 (Objektüberwachung Bauüberwachung und Dokumentation)
- 6. Stufe: LP 9 (Objektbetreuung)

Nach einer aktuellen Entscheidung des OLG Hamburg<sup>11</sup> kann der öffentliche Auftraggeber seine

 $<sup>^{10}</sup>$  Ralf M. Leinenbach, Stufenverträge bei Architekten- und Ingenieurleistungen, ZfBR 2019,15ff.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> OLG Hamburg, Beschluss v. 20.3.2023 – 1 Verg 3/22, NZBau 2023, 545.



Vergabestrategie für die Bauausführung auch erst deutlich nach Beauftragung der Planung festlegen. Die Vorgabe eines öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe eines Auftrags von Architektenleistungen, dass die Bieter sowohl für den Fall einer Einzelgewerksvergabe als auch für den Fall einer Generalunternehmervergabe ein Angebot abzugeben haben, und sich der Auftraggeber dabei vorbehält, die konkrete Vergabestrategie erst der nach Auftragsvergabe an die Planer (hier: nach Abschluss der Leistungsphase 4 der HOAI) festzulegen, führt nach Auffassung des OLG Hamburg in einem Verhandlungsverfahren zu keinem Verstoß gegen die Gebote der hinreichenden Bestimmtheit und der Transparenz der Leistungsbeschreibung.<sup>12</sup>

## Zwischenergebnis:

Der Generalplanervertrag sollte als Stufenvertrag ausgestaltet werden.

#### 4. Wahl der Verfahrensart

Allgemein sind öffentliche Auftraggeber nicht frei darin, auf welche Weise sie das Unternehmen auswählen, an das ein öffentlicher Auftrag vergeben werden soll. § 14 Vergabeverordnung (VgV) regelt für Dienst- und Lieferleistungen die Voraussetzungen, unter denen der Auftraggeber die verschiedenen Verfahrensarten wählen kann, wobei – nachdem offenes und nicht offenes Verfahren gleichgestellt worden sind – der Schwerpunkt in den Voraussetzungen des Verhandlungsverfahrens mit und ohne Teilnahmewettbewerb sowie des wettbewerblichen Dialogs liegt. Die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensarten wird in den §§ 15 ff. VgV geregelt, wobei § 17 VgV das Verhandlungsverfahren betrifft.

Hier greift indes für Architekten- und Ingenieurleistungen, die in den Anwendungsbereich des §§ 73 ff. VgV fallen, die Sonderregelung des § 74 VgV, wonach diese "in der Regel" im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog zu vergeben sind. Es besteht mithin ein umgekehrtes Regel-/Ausnahmeverhältnis und somit ein Anwendungsvorrang des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb und des wettbewerblichen Dialogs gegenüber dem offenen und nicht offenen Verfahren. In der Begründung zu § 74 VgV findet sich hierzu der Hinweis, dass die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen meist die Notwendigkeit von Verhandlungen in sich birgt, so dass die anderen Verfahrensarten faktisch kaum in Frage kommen dürften. Daraus lässt sich schließen, dass das offene und das nicht offene Verfahren dann zur Verfügung stehen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall Verhandlungen nicht für notwendig erachtet, was einer dokumentierten Begründung bedarf. Im Ergebnis ist hier das Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb als richtige

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 20.3.2023 – 1 Verg 3/22, NZBau 2023, 545.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 74 Rn. 1.



#### Verfahrensart zu wählen.

Die Frage, ob dem Verhandlungsverfahren ein Planungswettbewerb voran gehen sollte, lässt sich unseres Erachtens mit guten Argumenten verneinen. Die Durchführung eines Planungswettbewerbs ist kein Muss. Das Absehen von einem Wettbewerb erfordert keine überwiegenden oder besonderen Gründe. Der öffentlichen Auftraggeber soll sich lediglich vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens Gedanken darüber machen, ob die Ausrichtung eines Planungswettbewerbes für die konkrete Aufgabenstellung sinnvoll sein kann. Das bedeutet auch, dass die Durchführung eines Planungswettbewerbs, d.h. das "Ob" im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nicht durchgesetzt werden kann. <sup>14</sup> Das "Wie" bei Durchführung eines Wettbewerbs unterliegt demgegenüber sehr wohl der Nachprüfung.<sup>15</sup>

Planungswettbewerbe sollen dazu dienen, die beste Lösung für städtebauliche, architektonische, baulich-konstruktive oder künstlerische Aufgaben zu entwickeln, indem sie die schöpferische Kraft des Wettbewerbs aktivieren. Moderne Feuerwachen sind zwar multifunktionale Strukturen mit optimierten Abläufen. Der Kern der Planungsaufgabe liegt jedoch in der Funktionalität sowie der Technische Ausrüstung. Das avisierte Grundstück liegt ferner nicht im Innenstadtbereich, so dass es bei der konkreten Aufgabe auch nicht um eine städtebauliche Anbindung geht. Die Vorschaltung eines Wettbewerbs dürfte daher bei dem konkreten Zweckbau keine Vorteile, sondern lediglich einen Zeitverzug mit sich bringen.

#### Zwischenergebnis:

- Für die Planersuche ist das Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb die richtige Verfahrensart.
- Ein vorgeschalteter Wettbewerb dürfte für die konkrete Planungsaufgabe keine Vorteile versprechen.

## 5. Zeitlicher Ablauf Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb fordert der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 78 Rn. 1; Beck VergabeR/Hüttinger VgV § 69 Rn. 17, 18.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss v. 10.08.2021 - 15 Verg 10/21

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Vgl. die Präambel der Richtlinie für Planungswettbewerbe – RPW 2013. Fassung v. 31.01.2013.



Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen zur Prüfung der Eignung. Nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber nach Prüfung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Erstangebot abgeben. Diese Erstangebote werden in der Regel verhandelt.

Der Ablauf eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb stellt sich üblicherweise wie folgt dar:

Teilnahme- wettbewerb	Erstangebot	Verhandlungs- phase	Finales Angebot	§ 134 GWB Zuschlag
Mind. 30	Mind. 25	Ca. 3-4	Ca. 2-3	Mind. 10
Kalendertage	Kalendertage	Wochen	Wochen	Kalendertage

Die Teilnahmefrist beträgt mindestens 30 (Kalender-)Tage, gerechnet vom Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Hierbei handelt es sich nicht um eine Regelfrist, sondern um eine Mindestfrist. Sie stellt die Untergrenze des Zeitraums dar, den der öffentliche Auftraggeber vorgeben muss. Allerdings steht die Mindestfrist unter dem Vorbehalt der Angemessenheit; muss also an den jeweils konkreten Beschaffungsvorgang angepasst werden.

Die Frist für den Eingang der Erstangebote beträgt mindestens 30 (Kalender-)Tage. § 17 Abs. 9 VgV sieht jedoch eine Verkürzung dieser Frist um fünf Tage vor, wenn die elektronische Übermittlung der Angebote zugelassen wird. Seit dem Beginn der verpflichtenden elektronischen Vergabe am 18.10.2018 (§ 81 S. 1 VgV) ist dies für alle öffentlichen Auftraggeber der Regelfall, so dass die Angebotsfrist seitdem einheitlich 25 Tage beträgt. Auch hierbei handelt es sich um eine Mindestfrist, die an dem konkreten Beschaffungsgegenstand gespiegelt werden muss. Weitere verpflichtende Fristen sieht diese Verfahrensart nicht vor.

Zu beachten ist noch die zehntägige Wartefrist nach § 134 GWB.

Für das Vergabeverfahren sind inklusive Auswertungszeiten mithin ca. 5-6 Monate anzusetzen.

Um eine frühzeitige Publizität geplanter Auftragsvergabe zu erreichen, könnte zudem das Mittel der Vorinformation gewählt werden. Die frühzeitige Bekanntgabe bevorstehender Vergaben dient der Marktinformation, erhöht die Transparenz und erleichtert interessierten Unternehmen die Planung und Disposition. Die Vorinformation fördert damit den Wettbewerb. Für den Auftraggeber verursachen Vorinformationen zwar zusätzlichen Aufwand. Soweit durch die Veröffentlichung der Wettbewerb angekurbelt wird, ist das für Auftraggeber jedoch von unmittelbarem Nutzen.



#### Zwischenergebnis:

- Für das Vergabeverfahren "Generalplaner" sind inklusive Auswertungszeiten ca. 5-6 Monate anzusetzen.
- Eine Vorinformation kann der frühzeitigen Marktinformation dienen; ändert aber in diesem Fall nichts an der Dauer und dem Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.

#### II. Bauausführung

Im Vorfeld einer Projektverwirklichung bedarf es auch hinsichtlich der Bauausführung einer grundsätzlichen Entscheidung, wie das avisierte Vorhaben möglichst effizient und unter rechtlichen Gesichtspunkten risikoarm realisiert werden kann. Gemäß der bereits zitierten aktuellen Entscheidung des OLG Hamburg<sup>17</sup> kann der öffentliche Auftraggeber seine Vergabestrategie für die Bauausführung auch erst nach Beauftragung der Planung, z.B. in der Phase der Entwurfsplanung, final festlegen.

Nachfolgend werden unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten die in Betracht kommenden Realisierungsmodelle dargestellt, um insoweit eine plausible Entscheidungsgrundlage zu schaffen, in welcher Realisierungsvariante die Feuer- und Rettungswache Nord errichtet werden soll. Eine konkrete vertragliche Ausgestaltung eines möglichen Modells ist mit dieser Stellungnahme noch nicht verbunden, da zunächst eine rechtliche Befassung mit der allgemeinen vergaberechtlichen Möglichkeit der Vertragsmodelle stattfinden soll. Ebenso beinhaltet diese Stellungnahme keinen Wirtschaftlichkeitsvergleich.

#### 1. Mögliche Unternehmereinsatzformen

Auf Auftragnehmerseite sind an einem Bauvorhaben regelmäßig nicht nur ein Bauunternehmer, sondern eine Vielzahl von Bauunternehmen tätig, die jeweils unterschiedliche Einzelleistungen (Gewerke) erbringen. Dem Bauherrn bzw. Auftraggeber stehen bei der Beteiligung der verschiedenen Unternehmen an der Ausführung des Bauvorhabens unterschiedliche rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Er kann etwa die jeweiligen Einzelgewerke gesondert in Auftrag geben mit der Folge, dass der Auftraggeber mit allen Unternehmen Bauaufträge abschließt und zu ihnen in unmittelbare vertragliche Verbindung tritt. Hiervon geht die VOB/A EU in § 5 Abs. 2 Nr. 1 ebenso wie § 97 Abs. 4 GWB aus, wonach Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbezweige in der Regel getrennt nach Fachgebieten oder Gewerbezweigen zu vergeben sind.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> OLG Hamburg, Beschluss v. 20.3.2023 – 1 Verg 3/22, NZBau 2023, 545.



Neben dieser klassischen Einzelgewerksvergabe gibt es noch verschiedene andere Arten von Zusammenschlüssen von Bauausführenden zur Erbringung von Bauleistungen, die herkömmlicherweise als Unternehmereinsatzformen bezeichnet werden.

Die unterschiedlichen Einsatzformen und Modelle unterscheiden sich mithin insbesondere in dem Grad der Leistungsübertragung an einen Dritten.

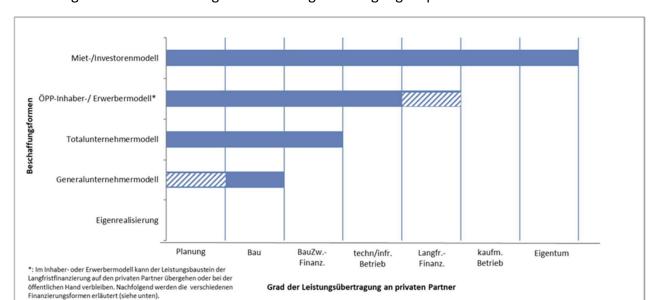


Abbildung 1: Übersicht der möglichen Leistungsübertragung an private Partner<sup>18</sup>

Typische Unternehmereinsatzformen<sup>19</sup> für die Erbringung der Bauleistung (und zum Teil Planungsleistungen) sind:

- Der *Generalunternehmer*, der sich im Verhältnis zum Auftraggeber zur Erbringung der gesamten Bauleistung verpflichtet, sich aber zur Erfüllung seiner Verpflichtung (auch) eines Nachunternehmers (bspw. bzgl. des Estrichs oder des Grundbaus) bedient. Dieser bedient sich ggf. weiterer Nachunternehmer oder Lieferanten.
- Der *Generalübernehmer*, der sich im Verhältnis zum Auftraggeber zur Erbringung der gesamten Bauleistung verpflichtet, sich aber zur Erfüllung seiner Verpflichtung ausschließlich Nachunternehmern bedient und keine eigene Bauleistung erbringt.
- Der *Totalunternehmer*, der wie der Generalunternehmer zur Erstellung der Bauleistung teilweise auf Nachunternehmer zurückgreift, zusätzlich aber auch Planungsleistungen in

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Quelle: Leitfaden Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen für immobilienwirtschaftliche Maßnahmen des Landes Nordrhein-Westfalen, 22.01.2021, S.32.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Vgl. die Übersicht bei Sonntag/Rütten, Privates Baurecht, § 1 Rn.51.



dem Verhältnis zum Auftraggeber schuldet, die er ggf. wiederum an Nachunternehmer (Architekten) fremdvergibt.

 Der Totalübernehmer, der wie der Generalübernehmer sämtliche Bauleistungen durch Nachunternehmer erbringt und auch die im Verhältnis zum Auftraggeber hier zusätzlich geschuldeten Planungsleistungen durch einen oder mehrere beauftragte Architekten erbringt.

Allen diesen Modellen ist gemeinsam, dass sie klassischerweise zwar Bauaufgaben sowie zum Teil auch Bauen und Planen (Totalunternehmer/-übernehmer) bündeln, aber nicht auch den späteren Gebäudebetrieb oder gar Finanzierungselemente beinhalten.

#### 2. Vergabe in Form des sog. Inhabermodells, d.h. Planen ab LP 5 + Bauen + Betreiben + ggfs.

#### **Finanzierung**

Sofern neben Planen und Bauen auch der spätere Gebäudebetrieb und ggfs. Finanzierungselemente vom Vertrag erfasst sein sollen, erfolgt dies mittels langfristiger Verträge, die eine rechtliche Grundlage (Vertrag sui generis) dafür bilden, dass der Auftragnehmer die entsprechenden Leistungen gegenüber der öffentlichen Hand erbringt.

Im vorliegenden Fall kommt das sog. **Inhabermodell** in Betracht. Der private Auftragnehmer übernimmt bei diesem Modell auf einem im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers stehenden Grundstück Planung (hier ab LP5), Bau und Gebäudebetrieb sowie ggfs. die Finanzierung des Neubaus der Feuer- und Rettungswache Nord, die vom öffentlichen Auftraggeber über eine Laufzeit von i. d. R. 20 bis 30 Jahren genutzt wird. Das Entgelt besteht in einer regelmäßigen Zahlung an den Auftragnehmer, welches bei Vertragsschluss festgesetzt wird. Dieses besteht aus Entgeltanteilen für Planung, Bau und Finanzierung der Immobilie, für den Betrieb (Facility Management) sowie mögliche Zuschläge für den betriebswirtschaftlichen Gewinn und Geschäftskosten, die auch die Risikoübertragung abdecken.<sup>20</sup>

Der Neubau erfolgt bei einem Inhabermodell auf einem Grundstück der Stadt. Der öffentliche Auftraggeber wird daher bereits mit der Errichtung Eigentümer der Immobilie. Da der Auftraggeber als Grundstückseigentümer mit dem Bau des Gebäudes kraft Gesetzes auch dessen Eigentümer wird (§ 946 BGB), gründet sich sein Nutzungsrecht nicht auf einem schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem Auftragnehmer, sondern steht ihm kraft seiner Eigentümerstellung zu (§ 903 BGB). Dies ist der wesentliche Unterschied zu und auch der wesentliche Vorteil gegenüber den sog. Investoren-/Mietmodellen oder auch dem Erwerbermodell, bei denen der Private – zumindest zunächst – Eigentümer des Grundstücks ist.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup>vgl. Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Public Private Partnership Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten, 2007, S. 51.



Dieses Vertragsmodell ermöglicht zudem eine lebenszyklübergreifende Betrachtung der Baumaßnahme, da nicht nur die anfänglichen Baukosten, sondern auch die Betriebskosten in die Betrachtung und insbesondere auch in die Zuschlagsentscheidung einfließen.

Die möglichen ökonomischen und terminlichen Vorteile einer solchen Vergabe sind größer, wenn der Unternehmer Freiheiten in der Ausführungsplanung hat. Dies spricht dafür dem Unternehmer die Planungsleistungen auf der Grundlage der LP 4 (Genehmigungsplanung) zu übertragen.

#### Zwischenergebnis:

- Da die Stadt Leverkusen nicht nur Planen und Bauen kombinieren möchte, sondern auch den Gebäudebetrieb sowie ggfs. die Finanzierung durch Dritte durchführen lassen möchte, empfiehlt sich als Vertragsmodell das sog. Inhabermodell.
- Die Planungsleistungen sollten auf der Grundlage der LP 4 (Genehmigungsplanung) übertragen werden.
- Vergaberechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Vertragsmodells ist, dass wirtschaftliche oder technische Gründe eine entsprechende Gesamtvergabe rechtfertigen (dazu sogleich).

#### 3. Abweichung vom Vorrang der Fach- und Teillosvergabe

Sowohl das Inhabermodell als auch die klassischen oben dargestellten Unternehmereinsatzformen zielen von vorneherein auf eine Gesamtvergabe ab; eine Aufteilung des Auftrags in Lose unterbleibt. Damit steht sie im Widerspruch zum Grundsatz der Losvergabe. Zulässig ist sie deshalb nur dann, wenn gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Bildung von Losen im konkreten Einzelfall vorliegen.

Wirtschaftliche oder technische Schwierigkeiten, die nach Art und Ausmaß typischerweise mit der Vergabe nach Fachlosen verbunden sind, können allein keine Ausnahme im Sinne dieser Vorschrift rechtfertigen. Auch an sich plausible Gründe, wie etwa die Entlastung von der Koordinierung verschiedener Handwerksbetriebe, der Vorzug, nur einen Vertragspartner zu haben oder die einfachere Durchsetzung von Mangelansprüchen reichen für sich nicht aus, einen Ausnahmefall zu begründen.<sup>21</sup>

Der Auftraggeber kann von einer losweisen Vergabe jedoch dann absehen, wenn sich eine Gesamtvergabe nach umfassender, sorgfältiger und dokumentierter Interessenabwägung zwischen den Vor- und Nachteilen einer Fachlosvergabe im Vergleich zur Gesamtvergabe als technisch oder wirtschaftlich vorteilhaft erweist. In Bezug auf eine "ganzheitliche Infrastrukturbetreuung" hat das

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Vgl. VG Düsseldorf (19. Kammer), Urteil v. 16.02.2016 - 19 K 3318/14.



OLG Frankfurt zum Beispiel ausgeführt und damit wirtschaftliche Gründe bejaht:<sup>22</sup>

"Aus dem Vorbringen des Antragsgegners ergibt sich, dass das Konzept der "ganzheitlichen Infrastrukturbetreuung" mit der Verknüpfung von Erneuerungsaufwand und Betrieb in technischer Hinsicht erhebliche Vorteile zur Erreichung des gewünschten Zieles – Gewährleistung einer bestimmten Qualität der Straßeninfrastruktur – bietet. So gibt es eine "Gesamtverantwortung" des Auftragnehmers für den Straßenzustand, dem nach § 2 des Projektvertrages (auch) die nicht hoheitlichen Aufgaben des Trägers der Straßenbaulast nach den §§ 9, 10 HStrG übertragen werden. Der Auftragnehmer kann eigenverantwortlich über Zeitpunkt und Art und Weise von Erhaltungs- und Betriebsdienstmaßnahmen entscheiden. Nach § 7 des Vertrages wird nicht nur das für den Betrieb, sondern auch das für die Erhaltungsmaßnahmen angebotene Pauschalentgelt anteilig pro Quartal ausgezahlt, also unabhängig davon, wann die Maßnahmen tatsächlich ausgeführt werden. Verpflichtend ist lediglich die Fertigstellung von mindestens 7 Streckenkilometern (von insgesamt 40) pro Vertragsjahr (§ 24 Abs. 2 des Vertrages).

Durch diese Verschränkung der Leistungen wird ein Anreiz geschaffen, die Erhaltungsmaßnahmen zügig durchzuführen, um den Aufwand für Betriebs- und Unterhaltsleistungen gering zu halten, da etwa ein mit einem neuen Belag versehener Straßenabschnitt leichter zu unterhalten ist. ... Durch diese Regelung wird der Auftragnehmer auch zu einer betriebswirtschaftlich "intelligenten" Herangehensweise etwa hinsichtlich einer Abstimmung von Instandsetzung und Begleitmaßnahmen angehalten, ... Diese Vorteile gehen über die bloße Entlastung des Auftraggebers von Koordinierungsaufträgen –die, wie oben dargestellt, nicht zur Rechtfertigung einer unterlassenen Losbildung geeignet ist –hinaus."

Im Sinne des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind zur Vorbereitung einer Entscheidung über finanzwirksame Maßnahmen zudem gemäß der Landeshaushaltsordnung (LHO) des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen entsprechend § 7 Abs. 2 LHO NRW durchzuführen.<sup>23</sup>

Technische Gründe müssen ebenfalls im Auftrag selbst begründet sein. Dies kann z.B. auch dann gegeben sein, wenn mehrere Leistungsarten miteinander verknüpft sind, etwa Planung, Bau und Gebäudebetrieb. Auch können Sicherheitsaspekte für technische Gründe sprechen,

"wenn alle Einzelleistungen in enger räumlicher, technischer und baubetrieblicher Verbindung stehen und eine Aufspaltung in weitere Gewerke und Bereiche nicht sachgerecht ist, weil Bauteile, Erschließung und technische Anlagen umfassend aufeinander abgestimmt sein müssen und anderenfalls die Funktionsfähigkeit gefährdet wäre."<sup>24</sup>

Bei dem Neubau der Feuer- und Rettungswache Nord handelt es sich zudem nach der Definition der Reformkommission Großprojekte um ein solches Großprojekt, da das Bauvolumen bei ca. 100 Mio. EUR liegt. Für solche Großprojekte hat die Kommission dem Gesetzgeber sogar empfohlen, dass

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> So OLG Frankfurt, Beschluss v. 14. Mai 2018 – 11 Verg 4/18.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Vgl. Leitfaden Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen für immobilienwirtschaftliche Maßnahmen des Landes Nordrhein-Westfalen, 22.01.2021, S.32.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008, Verg W 15/08 zu Justizvollzugsanstalten.



öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet sein sollen, die Planungs- und Bauleistungen in Losen zu vergeben.<sup>25</sup>

#### Zwischenergebnis:

- Die Gesamtvergabe im Rahmen eines Inhabermodells dürfte mit guten Argumenten vergaberechtlich darstellbar sein; muss im Vergabevermerk am konkreten Einzelfall aber ausführlich begründet werden.
- Insbesondere ist im Vorfeld die Wirtschaftlichkeit entsprechend § 7 Abs. 2 LHO NRW zu belegen.

## 4. Verfahrensart: Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb

Das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem europaweitem Teilnahmewettbewerb ist unter anderem dann zulässig, wenn

- die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können (§ 14 Abs. 3 Nr. 1 VgV, § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 lit.a) VOB/A),
- der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV, § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 lit.b) VOB/A),
- Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann (§ 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV, § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 lit.c) VOB/A).

Das Verhandlungsverfahren kommt für die Vergabe von ganzheitlichen Projekten wie dem Inhabermodell insbesondere aus nachfolgenden Gründen in Betracht:<sup>26</sup>

# Bedürfnisse des Auftraggebers können nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden

Bei der Ausschreibung von solchen Vorhaben ist es regelmäßig so, dass die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können. Insbesondere wegen des Umfangs und der Komplexität der Projekte, bei denen die inhaltlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der vom Auftragnehmer zu übernehmenden Aufgaben erst auf Basis der konkreten Projektdetails festgelegt werden können, wird es eingehender Verhandlungen zwischen Bietern und Auftraggeber insbesondere in der Endphase des Vergabeverfahrens bis zur Abschlussreife bedürfen. Das gilt insbesondere dann, wenn neben Bauund Planungsleistungen auch der Betrieb über einen langen Zeitraum durch einen außenstehenden

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> BMVI (Hrsg.), Reformkommission Bau von Großprojekten, 2015, S. 47.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert/von Hoff in Weber/Schäfer/Hausmann, Public Private Partnership, 2018 mwN.



Dritten erfolgen soll, mit dem besondere Verhandlungen erforderlich sind. Strebt der öffentliche Auftraggeber ein innovatives Finanzierungskonzept an, das ihm einen optimalen Einsatz der verfügbaren Haushaltsmittel (und evtl. Fördermittel) ermöglicht, ist eine eindeutige Festlegung des Auftragsinhalts und der Vertragsbedingungen vor Beginn der Ausschreibung nicht möglich. Vielmehr muss den am Vergabeverfahren beteiligten Bietern/Bieterkonsortien in Verhandlungen mit dem Auftraggeber die Möglichkeit gegeben werden, auf der Basis ihres Angebots eine realisierbare Gesamtkonzeption mit angemessener Risikoverteilung zu entwickeln.

## - Konzeptionelle oder innovative Lösungen

Im Rahmen solcher Projekte wird regelmäßig ein Gesamtpaket von Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb eines Projekts über einen längeren Zeitraum vergeben. Konzeptionelle und innovative Lösungen sind notwendig, um das Modell für Auftraggeber sowie Auftragnehmer erfolgreich durchzuführen. Dafür ist eine gewisse Konzeptoffenheit unabdingbar, damit der Auftraggeber von dem Know-how und den Ideen der Bieter profitieren kann, um zur besten (Gesamt-)Lösung zu gelangen.

#### - Besonders komplexe Vorhaben

In der Praxis wird das Verhandlungsverfahren ferner bei besonders komplexen Vorhaben für zulässig gehalten, bei denen wegen konkreter Umstände, die mit der der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann. Eine Abstimmung zwischen Auftraggeber und Bietern in Verhandlungen ist vor allem für die grundlegende Frage der Vertragsgestaltung im Hinblick auf die langjährige Kooperation nötig: wie etwa, in welcher Form und Intensität die öffentliche Hand Einfluss auf den Planungsprozess oder die Auswahl der Nachauftragnehmer behalten soll oder wer welche Risiken übernehmen soll.

Insgesamt sprechen daher gute Argumente für ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb als die richtige Verfahrensart.

Das Vergabeverfahren kann bereits vor Vorliegen der Baugenehmigung eingeleitet werden. Vergabereife liegt zwar grundsätzlich erst vor, wenn erstens die Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben ist und wenn zweitens im Zeitpunkt der Ausschreibung alle rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an den Beginn der Leistungsausführung gegeben sind. <sup>27</sup> Im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog, gegebenenfalls auch durch Nebenangebote, wird der Auftragsgegenstand erst im Verlauf des Vergabeverfahrens konkretisiert. Soweit diese Konkretisierung planfeststellungsrelevant ist, muss eine Planfeststellung oder Planänderung nach Ausschreibung ausnahmsweise zulässig sein. Diese Ausnahme sollte im Vergabevermerk begründet werden. Es genügt daher nach unserer Ansicht, wenn der öffentliche Auftraggeber vor Einleitung des Vergabeverfahrens auf Basis einer - in den Vergabeakten

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.11.2013 - Verg 20/13.



dokumentierten - Prognose zum Ergebnis kommt, die erforderliche Genehmigung bzw. Zulassung werde im Zeitpunkt des finalen Angebotes vorliegen.

#### Zwischenergebnis:

- Als Verfahrensart für die Vergabe eines Inhabermodells empfehlen wir ein Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.
- Das Vergabeverfahren kann vor Vorliegen der Baugenehmigung gestartet werden.

## III. Vergabe der Projektsteuerungsleistungen/Baucontrolling

Die Stadt beabsichtigt, sich sowohl im Rahmen der anstehenden Vergabeverfahren als auch in dem späteren Umsetzungsprozess von einem Projektsteuerer begleiten zu lassen. Das Ziel der Projektsteuerung ist zum einen das Überwachen der erforderlichen Prozesse sowohl während der Vergabeverfahren als auch während der Bauausführung und zum anderen sicherzustellen, dass die funktionalen Baubeschreibungen, Planungen und die Bauausführung übereinander stimmen.

Das Leistungsbild der Projektsteuerung basiert auf einer tätigkeitsbezogenen bzw. funktionalen Leistungsbeschreibungsform. Die zu erbringenden Projektsteuerungsleistungen sind methodenneutral formuliert und lassen Spielraum bei der Wahl der Umsetzungsmethodik. Die AHO <sup>28</sup>-Schriftreihe Heft Nr. 9 gliedert das Leistungsbild der Projektsteuerung dabei in fünf Handlungsbereiche sowie fünf Projektstufen, und zwar wie folgt:

#### Projektstufen

## Handlungsbereiche

	1 - Projektvorbereitung	A - Organisation, Information, Koordination und Dokumentation
	2 - Planung	B - Qualitäten und Quantitäten
	3 – Ausführungsvorbereitung	C - Kosten und Finanzierung
4 – Ausführung		D - Termine, Kapazitäten und Logistik
	5 - Projektabschluss	E - Verträge und Versicherungen

Die Leistungsbilder sind ähnlich der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) aufgebaut. So werden zum Beispiel in der ersten Projektstufe nach AHO zunächst die projektspezifischen Rahmenbedingungen gesteckt. Hierbei fällt der größte Planungsaufwand an: In der Unterstufe A werden beispielsweise die Projektstruktur und die Grundlagen für die Planung der Planung aufgesetzt. Durch Handlungsbereich B werden die Qualitäten und Quantitäten sichergestellt. Das bedeutet, dass die Projektsteuerung bei der Klärung des Standortes unterstützt, relevante Unterlagen beschafft und das Grundstück hinsichtlich privater und öffentlicher Nutzung

Seite 22 von 26

\_

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> AHO: Ausschuss der Verbände und Kammern Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V.



bewertet. Darüber hinaus erstellt die Projektsteuerung in Phase 1 den Kostenrahmen für Investitions- sowie Nutzungskosten und beantragt gegebenenfalls Fördermittel. In den letzten beiden Handlungsbereichen D und E werden außerdem der Terminrahmen und ein Versicherungskonzept für das Projekt festgelegt. Welche konkreten Aufgaben der öffentliche Auftraggeber benötigt und letztlich am Markt abfragt, kann er im Rahmen seines sog. Beschaffungsselbstbestimmungsrechts festlegen.

Bereits seit der Entscheidung der VK Sachsen aus den Jahr 2001<sup>29</sup> ist anerkannt, dass es sich bei Projektsteuerungsleistungen um freiberufliche Leistungen handelt. Bis zur Erreichung des EU-Schwellenwertes in Höhe von derzeit 221.000 € fallen Projektsteuerungsleistungen somit unter den § 50 UVgO, mit der Folge, dass so viel Wettbewerb zu schaffen ist, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Eine konkrete Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO besteht nicht.

Da bei dem konkreten Projekt jedoch zu erwarten ist, dass das Honorar für die Projektsteuerung oberhalb von 221.000 € liegen wird, sind diese Leistungen nach Maßgabe der VgV auszuschreiben.

Als mögliche Verfahrensart kommt ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb in Betracht.

Fraglich ist indes, ob auch für Projektsteuerungsleistungen die Sonderregelung des § 74 VgV, wonach Architekten- und Ingenieurleistungen "in der Regel" im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog zu vergeben sind, gilt. Bei nicht in den Anlagen zur HOAI enthaltenen Leistungen soll die Sonderreglung zunächst keine Anwendung finden. Dies betrifft z.B. Beratungsleistungen; auch sei die Regelung nicht ohne weiteres auf Leistungen anwendbar, die in der HOAI gar nicht erwähnt werden, auch wenn sie typischerweise von Architekten und Ingenieuren erbracht werden, beispielsweise Gutachtertätigkeiten, Projektsteuerungsleistungen, Prüfstatikerleistungen, Vermessungsleistungen sowie die Tätigkeiten von Sicherheits- und Gesundheitsschutz-Koordinatoren (sog. SiGeKos). Eine Anwendbarkeit sei jedoch dann gegeben, wenn ein öffentlicher Auftraggeber für diese Leistungen die berufliche Qualifikation als Architekt oder Ingenieur fordert (§ 73 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 VgV) oder diese Leistungen zusammen mit verbindlich nach der HOAI geregelten Leistungen vergeben werden.<sup>30</sup> Diese Frage jedoch dahin stehen, wenn das Verhandlungsverfahren mit vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb auch ohne Berücksichtigung der besonderen Regelung des § 74 VgV zur Anwendung kommen kann, nämlich weil es sich um Leistungen handelt, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, konzeptionelle Lösungen erforderlich oder Verhandlungen notwendig sind. Wie der Erwägungsgrund 43 der RL 2014/24/EU zeigt, fallen unter

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> VK Sachsen, Beschluss vom 05.01.2001 - 1/SVK/111-00.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Vgl. Ingerowski in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, § 73 Rn. 11.



diese Tatbestände freiberufliche Dienstleistungen <sup>31</sup>, jedenfalls dann, wenn die Bieter einen kreativen Spielraum bei der Konzeptionierung der Leistung haben und diese Konzeptionierung (zum Beispiel durch Vorlage einer Beratungsstrategie oder eines Kommunikations- oder Schulungskonzepts) auch Gegenstand der Angebotswertung ist. Da Projektsteuerungsleistungen Spielraum bei der Wahl der Umsetzungsmethodik lassen, spielt die Konzeptionierung der Methodik regelmäßig bei der Angebotsbewertung eine Rolle. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb als die richtige Verfahrensart ist somit auch nach § 14 VgV sehr gut begründbar.<sup>32</sup>

## Zwischenergebnis:

- Es ist zu erwarten, dass der maßgebliche Schwellenwert für ein EU-weites Verfahren bei Vergabe eines vollumfänglichen Projektsteuerungsauftrages überschritten wird.
- Als Verfahrensart für die Vergabe der Projektsteuerungsleistung empfehlen wir ein Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb nach Maßgabe der VgV.

#### IV. Rechtsberatung

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb des maßgeblichen EU-Schwellenwertes über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU stehen öffentlichen Auftraggebern das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft nach ihrer Wahl zur Verfügung. Unter soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU fällt auch die juristische Beratung und Vertretung (CPV 79110000-8).

Der maßgebliche Schwellenwert für die Anwendung des Kartellvergaberechts beträgt gemäß Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der jeweils geltenden Fassung aktuell 750.000 €.

Unterhalb des Schwellenwertes fallen beratende Rechtsdienstleistungen als freiberufliche Leistungen in den Anwendungsbereich des § 50 UVgO<sup>33</sup>. Öffentliche Aufträge über Leistungen, die

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> So auch Verordnungsbegründung, BT-Drs. 18/7318, 157.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Für den Anwendungsbereich der VOF bejaht von OLG München Beschl. v. 19.12.2013 – Verg 12/13, BeckRS 2014, 957; VK Nordbayern Beschl. v. 19.7.2002 – 320.VK-3194-20/02, BeckRS 2002, 32969; VK Sachsen Beschl. v. 19.5.2000 – 1/SVK/42-00, IBR 2000, 477; VK Südbayern Beschl. v. 9.9.2014 – Z3-3-3194-1-35-08/14, IBRRS 2014, 2635.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> [Amtl. Anm. zu § 50 UVgO:] vgl. § 18 Absatz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes:

<sup>(1)</sup> Einkünfte aus selbständiger Arbeit sind: 1. Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit. Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder



im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.

Das bedeutet, dass die übrigen Regelungen der UVgO auf die Vergabe freiberuflicher Leistungen nicht angewendet werden müssen, aber in der Regel auch in diesem Bereich Vergleichsangebote einzuholen sind; dies jedoch ohne förmliches Verfahren möglich ist.

Auf die Einholung von Vergleichsangeboten kann in Ausnahmefällen verzichtet werden, etwa, wenn eine Direktbeauftragung aufgrund von Dringlichkeit oder - je nach Art der Dienstleistung - eines besonderen Vertrauensverhältnisses gerechtfertigt ist.

Der Wortlaut der UVgO orientiert sich an dem der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur BHO. Gemäß Nr. 2.3 zu § 55 BHO nach VV-BHO ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Wann ist aber nun der Natur des Geschäfts oder den besonderen Umständen nach Wettbewerb möglich? In der BHO finden sich keine weiteren Definitionen dazu, sodass grundsätzlich der öffentliche Auftraggeber einen gewissen Ermessensspielraum besitzt. Ob der öffentliche Auftraggeber einen Wettbewerb vornehmen muss, ob dieser also entsprechend § 50 UVgO möglich ist, hat folglich anhand einer Einzelfallprüfung zu erfolgen, wobei insbesondere Verhältnismäßigkeitserwägungen anzustellen sind.<sup>34</sup>

Für Rechtsberatungsleistungen führt Scharf<sup>35</sup> aus:

"Insbesondere Rechtsberatungsleistungen zeichnen sich insofern durch besondere Umstände aus, als dass zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt ein besonderes Vertrauensverhältnis erforderlich ist. Der Mandant muss seinem Rechtsanwalt vertrauen und von ihm erwarten können, dass er seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnimmt. Integrität und Zuverlässigkeit des Rechtsanwalts sind Grundbedingungen für solches Vertrauen.

Diesem besonderen Vertrauensverhältnis muss auch im Rahmen der Vergabe von Rechtsberatungsleistungen Rechnung getragen werden, was es im Einzelfall rechtfertigen dürfte, die Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit auf andere Weise als durch drei Vergleichsangebote sicherzustellen. Es dürfte darüber hinaus auch für die Vergabestelle in Betracht kommen, in unterschiedlichen Rechtsgebieten mit unterschiedlichen Rechtsanwälten zusammenzuarbeiten und dadurch einen Marktüberblick zu erhalten. So ist gewährleistet, dass die Vergabestelle mit den verschiedenen Konditionen der jeweiligen Rechtsanwälte vertraut ist und so sicherstellen kann, finanziell nicht übervorteilt zu werden. Auch dem Wettbewerbsgedanken würde damit Rechnung getragen."

erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, ...

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Vgl. Zimmermann, Die Vergabe von Architekten und Ingenieurleistungen nach der UVgO, ZfBR 2017, 334 ff.

<sup>35</sup> Scharf in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO Rn. 10.



## Zwischenergebnis:

- Es ist zu erwarten, dass der maßgebliche Schwellenwert für ein EU-weites Verfahren bei der Vergabe der Rechtsberatung unterschritten wird.
- Rechtsdienstleistungen fallen als freiberufliche Leistungen in den Anwendungsbereich des §
  50 UVgO. Freiberufliche Leistungen sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei
  ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den
  besonderen Umständen möglich ist. Dies ist jeweils eine Frage des Einzelfalls.

gez.

Dr. Bernhardine Kleinhenz-Jeannot Rechtsanwältin, Partner

Nina Jonen Rechtsanwältin