



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Leitsätze

1. Die Überprüfung der Höhe des Schwellenwertes erfolgt von Amts wegen. Dabei errechnet sich der Gesamtauftragswert aus der Summe aller für die Erstellung der baulichen Anlage erforderlichen Leistungen ohne Umsatzsteuer, allerdings abzüglich der Baunebenkosten der Kostengruppe 700 der DIN 276.
2. Der öffentliche Auftraggeber hat grundsätzlich die Wahl, die beiden Leistungen (Planung und Ausführung) gemeinsam als einen Auftrag auszuschreiben oder getrennt zu vergeben. Nur für den Fall, dass *ein* Vertrag über beide Leistungen geschlossen wird, berechnet sich der Gesamtauftragswert nach den Planungsleistungen und den Bauleistungen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages betreffend die Heizungsanlage im Rahmen der Sanierung des xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

VK 13/06

der Firma xxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Rechtsanwalt
xx

gegen

den Kreis xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 2006 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Schiborski

am **15. November 2006** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, ein Kreis im Regierungsbezirk Münster, beauftragte im Jahre 2003 ein Architekturbüro mit der Erstellung einer Entwurfsplanung für die Sanierung eines xxxxxxxxxxxxxx und stellte dafür Haushaltsmittel in Höhe von 4.275.153,29 € zur Verfügung. Diese Kostenschätzung erfolgte aufgrund einer Machbarkeitsstudie.

Im Zuge der weiteren Planungen stellte sich im Frühjahr 2005 heraus, dass Bedingungen vorgefunden und Auflagen an die Errichtung des Neubaus gestellt wurden, die erheblich über die in der Machbarkeitsstudie aufgestellten Annahmen hinausgingen. Insbesondere gab es schwierige Gründungsverhältnisse, aufwändige Abriss- und Entsorgungsmaßnahmen, eine bedingt durch die Lüftung erforderliche Teilunterkellerung sowie Auflagen zum Brandschutz.

Die Antragsgegnerin entschied mit Dringlichkeitsbeschluss vom 01.08.2005 den Mehraufwand wegen Unvorhergesehenes und die Optionen A, B und C zu veranlassen. Die Optionen enthielten jeweils den Mehraufwand für das Gebäudekonzept, für zusätzliche Energieeinsparungen und für zusätzliche Nutzerwünsche. Danach belief sich der Gesamtauftragswert auf 6.325.200,00 € brutto, einschließlich eines Betrages in Höhe von 1.346.609,29 €, den die Antragsgegnerin als Baunebenkosten der Kostengruppe 700 der DIN 276 zuordnete. Diese Baunebenkosten zog sie von dem Gesamtauftragswert ab, so dass ein Bruttobetrag von 4.978.591,00 € verblieb.

In der Vorlag zum Dringlichkeitsbeschluss sind weitere 4 Optionen zur qualitativen Verbesserung, wie die Ausstattung mit neuen Möbeln, die Ausstattung der DV Räume, der Abbruch des Lehrertraktes und die Erneuerung eines Verbindungsganges vorgeschlagen worden. Die Summe dieser Optionen belief sich auf 924.100 €. Allerdings sind diese Optionen bislang nicht durch einen Kreistagsbeschluss genehmigt worden. Vielmehr wurde die Umsetzung dieser Optionen wegen der Haushaltslage bis auf weiteres zurückgestellt.

Aufgrund dieser Kostenschätzung schrieb die Antragsgegnerin die Bauleistungen nicht europaweit aus, sondern vergab einen Planungsauftrag und die einzelnen Gewerke als Fachlose nach den Basisparagrafen der VOB/A. Die Bauausführung steht mittlerweile kurz vor dem Abschluss. Es fehlt noch die Vergabe der Aufträge für die Gewerke „Tischlerarbeiten“, „Landschaftsbaumaßnahmen“ und „Heizungsanlage“. Die tatsächlich bislang angefallenen Kosten für die Baumaßnahme belaufen sich auf ca. 4,4 Mio. €.

Streitgegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ist die Einzelausschreibung des Gewerks „Heizungsanlage“. Die Antragsgegnerin schätzte die Kosten für dieses Gewerk auf 209.318,- € und schrieb es öffentlich aus. Nachdem sie keine Angebote erhielt, schrieb sie das Gewerk im August 2006 beschränkt aus und erhielt daraufhin 2 Angebote, u.a. das Angebot des Antragstellers, das sich auf ca. xxxxxxxx € belief, während das Angebot des zweiten Bieters ca.

xxxxxxx € betrug. Die Antragsgegnerin hob mit Schreiben vom 06.09.2006 an die beiden Bieter die beschränkte Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A auf, da die Angebotspreise erheblich über den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln lagen. Die Leistung soll nunmehr im Wege einer freihändigen Vergabe beauftragt werden.

Mit Schreiben vom 13.09.2006 rügte der Antragsteller die Aufhebung der Ausschreibung und beantragte am 02.10.2006 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer. Der Antrag wurde der Antragsgegnerin am 04.10.2006 zugestellt.

Der Antragsteller behauptet in der Antragschrift, dass der Schwellenwert von 5 Mio. € überschritten sei, weil das Volumen der Gesamtbaumaßnahme bei ca. 8,4 Mio. € liege. Auch habe die Antragsgegnerin selbst als Nachprüfungsbehörde die Vergabekammer angegeben.

Der Antragsteller meint, dass die Subtraktionen der Planungskosten in Höhe von ca. 1,3 Mio. € sowie des Betrags für die Optionen 1 bis 4 in Höhe von 924.100 € unzulässigerweise erfolgt seien. Diese Beträge seien den geschätzten Baukosten hinzu zurechnen, so dass dann der Schwellenwert überschritten werde. Unter Hinweis auf Entscheidungen des EuGH und des OLG Brandenburg, vertritt der Antragsteller die Auffassung, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise es dem Bauherrn letztlich auf die Nutzung des Bauwerkes ankomme. Die Planungs- und Finanzierungsleistungen hätten grundsätzlich keine eigenständige Funktion, sondern dienten nur dem Ziel der baulichen Nutzung. Damit seien sie prinzipiell bei der Feststellung des Schwellenwertes mit ein zu beziehen.

Ausgehend von § 99 Abs. 3 GWB, wonach als Bauauftrag auch die gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauvorhaben gelte, könne das angebliche zeitliche Splitting zwischen dem Planungsauftrag und dem Bauauftrag nicht zu der Annahme führen, dass kein gemeinsamer Bauauftrag vorliege. Der Antragsteller meint, dass bei verfassungskonformer Anwendung der Wertgrenzen und der zweifelhaften Rechtssituation, wonach bei Unterschreitung des Schwellenwertes kein Rechtsschutz bestehen soll, das Splitten von Planungsauftrag und Bauauftrag der Ratio des Gesetzgebers zuwider laufen würde. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 99 Abs. 3 GWB müsse dazu führen, auch die Planungskosten bei der Ermittlung des Schwellenwertes zu berücksichtigen. Eine skalpellartige Differenzierung der einzelnen Leistungsinhalte nach Zeit, Ort und Inhalt verbiete sich, weil damit die auf die Gesamtfunktion gerichtete Zielsetzung des Auftraggebers ohne weiteres unterlaufen werden könne, was erhebliche Auswirkungen auf den Rechtsschutz habe.

Auch der Entscheidung des EuGH könne entnommen werden, dass verschiedene Leistungsgegenstände mit in den Schwellenwert einzubeziehen seien, soweit sie hinsichtlich des Gesamtauftragswertes nicht von untergeordneter Bedeutung sind.

Der Antragsteller meint zudem, aus § 3 Abs. 2 VgV ergebe sich, dass eine Aufteilung einer beabsichtigten Baumaßnahme in unterschiedliche Leistungen eine Umgehung des Schwellenwertes darstelle und mithin nicht statthaft sei. Somit sei auf die Gesamtvergütung für die vorgesehene Baumaßnahme abzustellen, wobei derjenige Wert zu ermitteln sei, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments auf dem Boden einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung veranschlagen würde. Aus dem Begriff „Gesamtvergütung“ folge dann, dass ein Splitten von Planungsauftrag und Bauauftrag nicht zulässig sei, weil dies keiner ordnungsgemäßen Finanzplanung entspreche.

Weiterhin behauptet der Antragsteller, die weiteren Teilmaßnahmen aus den Optionen 1 bis 4 über einen Betrag in Höhe von 924.100 € würden letztlich doch in Auftrag gegeben und seien deshalb von Anfang an im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung zu berücksichtigen.

In der Sache vertritt der Antragsteller die Auffassung, ein schwerwiegender Grund zur Aufhebung der Ausschreibung betreffend der Heizungsanlage habe nicht vorgelegen, weil die Antragsgegnerin vorab keine vertretbare Kostenschätzung hinsichtlich dieses Gewerkes vorgenommen und die insoweit erforderlichen Finanzmittel nicht bereitgestellt habe. Insofern sei die Aufhebung nach § 26 Nr. 1 lit. c) VOB/A rechtswidrig gewesen. Der Antragsteller behauptet, der Antragsgegnerin seien bei der Kostenschätzung Fehler unterlaufen, da allein die reinen Einkaufspreise des Materials ca. 230.000 € betragen würden, wobei die handwerkliche Leistung noch gar nicht berücksichtigt worden sei. Eine Schätzung von 209.318 € würde somit auf Fehler des Planers hinweisen. Dann wäre eine Aufhebung aber rechtswidrig.

Auch aus der Einlassung des Planungsbüros vom 20.10.2006 ergebe sich, dass hier eine Kostenschätzung über drei Jahre erfolgte, die fern der Realität und nicht den Gegebenheiten des Marktes angepasst worden sei.

Der Antragsteller beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag der Baumaßnahme, Sanierung xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, betreffend konkret das Gewerk „Heizungsanlage“ an eine andere Firma als den Antragsteller zu erteilen,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag an den Antragsteller zu erteilen,
3. die anwaltliche Vertretung des Antragstellers für notwendig zu erklären
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag des Antragstellers wegen Nichterreichen des Schwellenwertes als unzulässig zurückzuweisen,
2. dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, der Antrag auf Nachprüfung sei gemäß § 107 GWB unzulässig, weil die Vorschriften des 4. Teils des GWB hier nicht anwendbar seien.

Nach § 2 Nr. 4 VgV betrage der Schwellenwert bei Bauaufträgen 5 Mio. € ohne Umsatzsteuer, wobei gemäß § 3 Abs. 1 VgV eine Schätzung der Kosten für das gesamte Bauwerk zu erfolgen habe.

Die Kostenschätzung belaufe sich ausweislich der HU-Bau und der Fachplanung auf unter 5 Mio. €, da von den Gesamtkosten in Höhe von 6.325.200,00 € brutto die Planungskosten in Höhe von 1.346.609,29 € brutto und die Kosten der Kostengruppe 600 (Ausstattung und Kunstwerke) in Höhe von 176.673,71 € in Abzug zu bringen seien. Dann erhalte man einen Bruttokostenbetrag in Höhe von 4.801.917,00 €, was einem Nettokostenbetrag von 4.139.583,62 € entspreche. Sie habe die Planungskosten, so die Antragsgegnerin unter Hinweis auf das VHB zu § 1a VOB/A, wonach u.a. die Honorare für freiberuflich Tätige und alle übrigen Baunebenkosten bei der Schätzung der Gesamtvergütung unberücksichtigt bleiben, zulässigerweise von der Gesamtauftragssumme abgezogen.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Kosten in Höhe von 924.100 € für die Optionen 1 bis 4 bislang vom Kreistag nicht genehmigt worden seien und eine zeitnahe Ver-

wirklichung nicht in Betracht komme. Auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung gab die Antragsgegnerin darüber hinaus zu Protokoll, dass man wegen der angespannten Haushaltslage auch nicht wisse, ob diese Optionen überhaupt jemals in Auftrag gegeben werden.

Hinsichtlich der Kostenschätzung für die Heizungsanlage trägt die Antragsgegnerin vor: Die Erstellung des Kostenanschlags sei im März 2006 aufgrund des damaligen Wissens- und Informationsstandes aus anderen Vergaben aus dem Jahre 2005 erfolgt. Zwischenzeitlich seien aber die Kupfer- und Stahlpreise am Markt um nahezu 100% gestiegen, wodurch sich allein die Rohrleitungspositionen um ca. 20.000 € bis 28.000 € erhöhen würden.

Weiterhin sei eine Wärmepumpe einer bestimmten Herstellerfirma ausgeschrieben worden, die zur Zeit eine marktbeherrschende Stellung habe, was zu einer Erhöhung um ca. 40.000 € geführt habe.

Zudem sei die allgemeine Marktsituation im Baugewerbe von einer in weiten Teilen anziehenden Konjunktur gekennzeichnet. Aufgrund der Rezession der letzten 7 bis 8 Jahre und der hierdurch entstehenden marktbezüglichen Situation treffe nunmehr eine erhöhte Nachfrage auf ein drastisch reduziertes Bieterpotential. Da die wenigen noch vorhandenen Firmen genügend Aufträge hätten, seien daher die Kräfte des Wettbewerbs zum Teil außer Kraft gesetzt.

Bereits in der Erwiderung auf die Rüge des Antragstellers wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie aus Wettbewerbsgründen die Höhe der bereitgestellten Haushaltsmittel für das Gewerk Heizung nicht mitteilen könne, weil dies dem Zweck eines Vergabeverfahrens zuwider laufe.

Abschließend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie die Vergabekammer nicht als Nachprüfungsinstanz angegeben habe, was sich aus den Ausschreibungsakten ersehen lasse.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer bis zum 24.11.2006 verlängert. Am 10.11.2006 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Münster ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebende Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat.

Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig zurückgewiesen, weil der Gesamtauftragswert für die Baumaßnahme den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 4 VgV den für Nachprüfungsverfahren erforderlichen Schwellenwert von insgesamt 5 Mio. € netto nicht erreicht bzw. überschreitet.

Gemäß § 100 Abs. 1 GWB gelten die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren für Aufträge, welche die in der Vergabeverordnung festgelegten Schwellenwerte überschreiten. Für Bauaufträge beträgt der Schwellenwert gemäß § 2 Nr. 4 VgV 5 Mio. €.

1. Der maßgebliche Schwellenwert für Bauaufträge errechnet sich nach § 2 Nr. 4 VgV in Verbindung mit § 1 VgV. Ergänzend dazu kann, sofern sich kein Widerspruch zum gemeinschaftsrechtlich geprägten Begriff in § 99 Abs. 3 GWB ergibt, auf § 1a Nr. 2 VOB/A und das Vergabehandbuch abgestellt werden kann, vgl. dazu BayObLG, Beschluss vom 23.07. 2002, Verg 17/02; OLG München, Beschluss vom 28.09.2005, Verg 19/05.

Der Berechnung ist der nach § 3 Abs. 1 VgV geschätzte Gesamtauftragswert für die vorgesehene Leistung zugrunde zu legen. Der insoweit maßgebliche Gesamtauftragswert errechnet sich aus der Summe aller für die Erstellung der baulichen Anlage erforderlichen Leistungen ohne Umsatzsteuer, wobei zum Gesamtauftragswert u.a. nicht die Baunebenkosten gehören, OLG Celle, Beschluss vom 14.11.2002, 13 Verg 8/02; Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB/A, 10. Auflage, § 1a Rd. 12,13; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar, 2. Auflage, § 1a Rd. 26.

Die Antragsgegnerin hat hier die Baunebenkosten der Kostengruppe 700 nach der DIN 276 in Höhe von ca. 1,3 Mio. € und die Umsatzsteuer zulässigerweise von dem Gesamtauftragswert in Höhe von 6.325.200,00 € abgezogen, so dass letztlich ein Gesamtauftragswert von ca. 4,1 Mio. € netto verblieb. Vor diesem Hintergrund bleibt es dahingestellt, ob auch die Kosten der Kostengruppe 600 (Ausstattung und Kunstwerke) ebenfalls abgezogen werden können.

Im Einzelnen:

a) Auszugehen ist von § 99 Abs. 3 GWB, wonach ein Bauauftrag vorliegt, wenn der Vertrag die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks zum Gegenstand hat, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllt. Demzufolge dürfen Bau- und Planungsleistungen auch gemeinsam ausgeschrieben und gegebenenfalls an einem Vertragspartner vergeben werden. Entscheidend ist, ob diese beiden Leistungen *in einem Vertrag* zusammengefasst werden.

Der öffentliche Auftraggeber hat grundsätzlich die Wahl, die beiden Leistungen (Planung und Ausführung) gemeinsam als einen Auftrag oder getrennt zu vergeben, Boesen, Kommentar zum 4. Teil des GWB, § 99 Rd. 96. Die gleichzeitige Planung ist nicht temporär dahingehend zu verstehen, dass Planung und Errichtung parallel ablaufen müssen, sondern sie soll klar stellen, dass in einem Vertrag beide Vertragsgegenstände geregelt werden und dieser Vertrag dann insgesamt als Bauauftrag einzustufen ist, Hailbronner, in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, § 99 Rd. 477. Nur für den Fall, dass ein Vertrag über beide Leistungsteile geschlossen wird, der dann in der Regel als Generalunternehmerauftrag eingestuft wird, berechnet sich der Gesamtauftragswert nach den Planungsleistungen und den Bauleistungen.

Ist der Vertrag hingegen ausschließlich auf die Planung eines Bauvorhabens oder Bauwerks gerichtet, wie das beispielsweise bei Architekten- und Ingenieurleistungen der Fall ist, und wird die eigentliche Bauleistung davon getrennt vergeben, so liegen zwei Verträge vor. Für jeden Vertrag ist dann anhand der Definitionen in § 99 GWB zu ermitteln, ob es sich um einen Bau-, Dienstleistungs- oder Lieferauftrag handelt und weiterhin ist dann separat für jeden Vertrag der Gesamtauftragswert nach § 3 Abs. 1 VgV zu berechnen.

Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen gab es diese Trennung in Planungsleistungen und Bauleistungen, auch wenn die Vergabestelle in die Kostenberechnungen immer sämtliche Leistungen, also auch die Planungsleistungen, eingestellt hat. Die Antragsgegnerin hat hier

zunächst die Entwurfs- und Genehmigungsplanung an ein Architekturbüro vergeben und erst im Anschluss daran, die Bauaufträge –aufgeteilt in Fachlose- ausgeschrieben. Dass in dieser Phase auch noch weitere Planungsleistungen anfielen, führte lediglich dazu, dass sich die Kosten in der Kostengruppe 700 erhöhten. Es gab aber keinen einheitlichen Vertrag (Bauftrag), der beide Leistungen umfasste, sondern die Planungsleistungen wurden getrennt von den Bauleistungen vergeben.

Demzufolge wird in den Kommentierungen zu § 1a VOB/A und im VHB immer darauf abgestellt, dass die Planungskosten nur dann zum Gesamtauftragswert gehören, sofern die Planungsleistungen zusammen mit den Bauleistungen in Auftrag gegeben werden und somit als Bestandteil der vom Auftraggeber zu erbringenden Bauleistungen anzusehen sind (vgl. dazu u.a. Franke, Kemper, Zanner, Grünhagen, VOB Kommentar, 2. Auflage, § 1a Rd. 26), beide Leistungen also in einem Vertrag zusammengefasst vergeben werden sollen.

b) Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist hier die Entscheidung des EuGH, Urteil vom 19.04.1994, Rs. C-331/92, nicht entscheidungsrelevant. In dem Fall kam es auf die rechtliche Einordnung eines einheitlichen Vertrages an, der einerseits die Konzession für ein Spielkasino und andererseits die Umbaumaßnahmen eines Hotels für den Betrieb als Kasino beinhaltete. Der EuGH entschied, dass ein solcher gemischter Vertrag, der sich sowohl auf die Durchführung von Bauarbeiten als auch auf eine Überlassung von Vermögensgegenständen bezieht, nicht als öffentlicher Bauauftrag angesehen werden kann, wenn die in dem Kasino durchzuführenden Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand des Vertrages von untergeordneter Bedeutung sind. Bei gemischten Verträgen ist somit auf den Schwerpunkt der darin enthaltenen Vertragsgegenstände abzustellen und entsprechend diesem Schwerpunkt erfolgt die rechtliche Einordnung als Bau-, Dienstleistungs- oder Lieferauftrag gemäß § 99 GWB. Diese Rechtsprechung ist mittlerweile in § 99 Abs. 6 GWB umgesetzt worden.

Im vorliegenden Fall gibt es keinen einheitlichen Vertrag, der sowohl die Planungsleistungen als auch die Bauarbeiten umfasst, sondern –wie bereits ausgeführt- hat die Antragsgegnerin diese Leistungsgegenstände zum Gegenstand unterschiedlicher Verträge gemacht.

c) Auch die Entscheidung des OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.1999, 6 Verg 1/99, kann für die Entscheidung dieses Falles nicht herangezogen werden. Denn es handelte sich in dem Streitfall um einen Baukonzessionsvertrag, wobei zusätzlich zu den Bauleistungen (Errichtung des Flughafens) der spätere Betrieb des Flughafens ausgeschrieben wurde und beide Leistungen Gegenstand eines Vertrages waren. Auch in diesem Fall lag ein gemischter Vertrag vor, der vom OLG nach der Schwerpunkttheorie des EuGH als Bauvertrag nach § 99 Abs. 3 GWB eingeordnet wurde, weil die Bauleistungen einen wesentlichen Teil des Vertrages ausmachten und keine untergeordnete Bedeutung hatten.

d) Entgegen der Auffassung des Antragstellers führt das zeitliche Splitten zwischen Planungsauftrag und Bauauftrag grundsätzlich nicht zu einer Benachteiligung der Bieter. Denn es ist keinesfalls ungewöhnlich, Planungsleistungen auch unabhängig von Bauleistungen, durchzuführen. Auch im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin bereits im Jahre 2003 eine Machbarkeitsstudie in Auftrag gegeben und auch in den Fällen, in denen zunächst eine Entwurfsplanung erfolgt, die ebenfalls separat in Auftrag gegeben werden kann, ist keinesfalls zwingend anschließend ein Bauauftrag zu vergeben. Nach Fertigstellung der Entwurfsplanung kann eine Vergabestelle immer noch entscheiden, ob sie das Bauvorhaben tatsächlich ausführen lässt. Gerade im Bereich des Straßenbaus, aber auch im öffentlichen Hochbau, ist es nicht selten, dass erhebliche Zeiträume, oftmals viele Jahre, zwischen der Planung und der Bauausführung liegen.

Mit der Ausschreibung von Planungsleistungen wird in der Regel ein ganz anderer Interessenkreis am Markt erfasst, und zwar die Architektur- und Ingenieurbüros, sowie die Projektsteuerer. Schreibt man beide Leistungen gemeinsam aus, wird wiederum ein anderer Interessenkreis wie die Generalunternehmer oder Generalübernehmer angesprochen als im Falle der getrennten Ausschreibung von baufachlichen Losen, wie im vorliegenden Fall. Insofern wird die Ratio des Gesetzgebers – Aufträge im Wettbewerb zu vergeben- nicht unterlaufen.

e) Dass beim Unterschreiten des Schwellenwertes nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, kein Primärrechtsschutz vor Gerichten oder Vergabekammern gewährt werden muss, unterliegt nicht der Entscheidungskompetenz einer Vergabekammer. Die Kammer hat weder eine Aussetzungs- noch eine Verwerfungskompetenz. Hier ist vielmehr der Gesetzgeber gefordert, der eine andere Regelung für die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte einführen kann, wenn er dies für sachlich gerechtfertigt hält.

Im Ergebnis führt somit die Aufteilung der Planungsleistungen und Bauleistungen in unterschiedliche Verträge dazu, dass eben kein „gemischter“ Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB vorliegt.

2. Der Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB, der hier im Streit steht, umfasst folglich nur die reinen Bauleistungen. Die Antragsgegnerin konnte somit zu Recht die Planungsleistungen bei der Berechnung des Schwellenwertes herausrechnen.

Gemäß § 3 Abs. 1 VgV ist bei der Schätzung des Auftragswertes von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen. Dabei darf gemäß § 3 Abs. 2 VgV der Wert eines beabsichtigten Auftrages nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, ihn der Anwendung dieser Bestimmungen zu entziehen. Welcher Schwellenwert erreicht werden muss, um ein Nachprüfungsverfahren einleiten zu können, hängt somit davon ab, welche „Leistung“ Gegenstand des zu vergebenden Auftrags ist, vgl. dazu OLG München, Beschluss vom 28.09.2005, Verg 19/05.

a) Für Bauaufträge sind es 5 Mio. €. Wird ein Bauvorhaben losweise vergeben, müssen alle Lose berücksichtigt werden, § 3 Abs. 5 VgV.

Die Antragsgegnerin hat im Jahre 2003 die Kosten für Planung und den Bau auf 4.275.153,29 € brutto geschätzt. Darin enthalten waren Baunebenkosten für die Planung in Höhe von 793.870 € brutto. Im Jahre 2005 ergaben sich Mehraufwendungen aufgrund der Detailplanungen. Mit Dringlichkeitsbeschluss des Kreistages vom 01.08.2005 wurde der Mehraufwand einschließlich der Optionen A, B und C in Höhe von 2.050.046,71 € brutto, der auch die Aufwendungen für Planungsleistungen enthielt, genehmigt. Addiert man alle Bruttobeträge, ergibt dies einen Betrag von 6.325.200,00 € brutto. Daraus hat die Antragsgegnerin die Planungskosten der Kostengruppe 700 in Höhe von 1.346.609,29 € brutto abgezogen, was an sich nicht zu beanstanden ist. Damit ergibt sich ein Gesamtauftragswert in Höhe 4.978.590,71 € brutto allein für die Baumaßnahmen, was einem Nettoauftragswert von 4.182.016,20 € entspricht. Folglich lag der Bauauftrag unterhalb der Schwelle von 5 Mio. €.

b) Bei der Schätzung des Auftragswertes für die Bauleistungen musste die Antragsgegnerin auch den Betrag von 924.100 € für die Optionen 1 bis 4 nicht in Ansatz bringen.

Diese Optionen und die damit zusammenhängenden Kosten sind bislang ausweislich der Unterlagen vom Kreistag nicht genehmigt worden. Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, der zu Protokoll genommen wurde, sei eine Verwirklichung dieser Optionen in naher Zukunft auch nicht beabsichtigt. Vielmehr sei aufgrund der angespannten Haushaltslage noch völlig offen, ob diese Optionen überhaupt verwirklicht werden. Weitere Aufklärungsmöglichkeiten zu diesem streitigen Tatsachenvortrag sah die Kammer nicht.

Die Kammer folgt den Einlassungen der Antragsgegnerin, weil ihre Behauptungen sich einerseits eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben und sie auf Umstände, wie die angespannte Haushaltslage, verweist, die allgemein bekannt sind. Gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht ersichtlich und sind letztlich auch nicht substantiiert vom Antragsteller vorgetragen worden.

3. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin den Auftragswert für den Bauauftrag nach § 3 Abs. 2 VgV in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt hat, um ihn der Anwendung der Vergabebestimmungen des 4. Teils des GWB zu entziehen, liegen hier nicht vor.

Eine pflichtgemäße Schätzung muss nach rein objektiven Kriterien erfolgen und jenen Wert treffen, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes und auf dem Boden einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung veranschlagen würde, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2003, Verg 5/03.

a) Anhaltspunkte für eine nicht ordnungsgemäße Kostenschätzung hinsichtlich der Planungskosten liegen nicht vor. Die Antragsgegnerin hat allein für die Planungsleistungen der Kostengruppe 700 einen Betrag von 1.346.609,29 € veranschlagt, was ca. 21 % der Gesamtkosten darstellt. Planungsleistungen einschließlich der Kosten für Projektsteuerung, die sich in einem Bereich von 18 bis 25 % bewegen, sind nicht ungewöhnlich, sondern entsprechen den bekannten Erfahrungswerten. Weiterhin befanden sich in der Kostengruppe ausweislich der Kostenberechnung vom 17.12.2004 keine außergewöhnlichen Kosten, die unzulässigerweise dort in Ansatz gebracht wurden. Eine zu hohe Schätzung der Planungskosten, die dann wiederum von den Gesamtkosten zu subtrahieren sind, lässt sich somit nicht feststellen.

b) Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist bei der Schätzung der Gesamtvergütung auch nicht nur von einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung, die alle möglichen Aufträge umfasst, auszugehen. Vielmehr sind die relevanten Marktsegmente für die zu vergebenden Leistungen zu ermitteln. Wie bereits oben ausgeführt, sind hinsichtlich der Planungs- und Bauleistungen durchaus ganz unterschiedliche Märkte vorhanden, die mit einer Ausschreibung angesprochen werden können.

Die Aufteilung eines Bauprojektes in einen planerischen, finanziellen und bautechnischen Teil ist sachlich und konzeptionell nicht zu beanstanden, und zudem auch eine übliche und durchaus häufig praktizierte Verfahrensweise, da damit die unterschiedlichen Marktsegmente für die zu vergebenden Leistungen ermittelbar sind.

c) Zudem belaufen sich die tatsächlich bisher angefallenen Kosten für die reinen Bauleistungen ausweislich der Ausschreibungsunterlagen auf einen Betrag in Höhe von ca. 4,4 Mio. €. Es sind lediglich noch drei Gewerke zu vergeben, wobei das Gewerk „Heizungsanlage“ mit Kosten in Höhe von ca. xxxxxxxx € -ausgehend von dem Angebot des Antragstellers- den größten Betrag ausmacht. Jedenfalls wird nach dem jetzigen Stand der Kostenrahmen von 5

Mio. € auch tatsächlich nicht überschritten. Dies spricht ebenfalls dafür, dass die Schätzung der Antragsgegnerin nicht vergaberechtswidrig war.

4. Es bleibt dahin gestellt, ob die Antragsgegnerin tatsächlich – so wie der Antragsteller behauptet- als Beschwerdeinstanz die Vergabekammer in ihrer Ausschreibung angegeben hat. Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen ist dies nicht der Fall. Entscheidend ist aber, dass die Anwendbarkeit der §§ 97 ff GWB, also ob der geschätzte Auftragswert den in der Verordnung zu § 100 Abs. 1 GWB festgelegten Schwellenwert erreicht, von Amts wegen zu prüfen ist. Weder eine irrtümliche noch eine freiwillige Unterwerfung der Vergabestelle unter die Bestimmungen des GWB hat Einfluss auf den gesetzlich festgelegten Rechtsweg, OLG München, Beschluss vom 28.09.2005, Verg 19/05; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.03.2004, Verg 74/03.

Im Ergebnis erreicht die Gesamtvergütung für den Bauauftrag nicht den nach § 2 Nr. 4 VgV für ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer erforderlichen Schwellenwert von 5 Mio. € netto. Damit ist der Antrag auf Nachprüfung als unzulässig gemäß § 100 Abs. 1 GWB zurückzuweisen.

III.

Der unterlegene Antragsteller hat gemäß § 128 Abs. 1 GWB die Kosten für das Nachprüfungsverfahren zu tragen. Gemäß § 128 Abs. 2 GWB bestimmt sich die Höhe der Gebühr – ausgehend vom Angebot des Antragstellers - unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes und der Länder erarbeiteten Gebührentabelle auf xxxx €. Es liegen hier keine Gründe vor, von diesem Betrag aus Gründen der Billigkeit abzuweichen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz

Schiborski