

**Vortrag VSÖ:
Vergabebestimmungen von freiberuflichen
Leistungen**

19.09.2008

Dipl.-Ing. Peter Kalte

GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V.
Schillerplatz 12/14, 67071 Ludwigshafen am Rhein
Tel.: 0621- 68 56 09 00 Fax: 0621- 68 56 09 01

E-Mail: kontakt@ghv-guetestelle.de

Web: www.ghv-guetestelle.de

Inhalt:

- Vorstellung der GHV
- Vergabebestimmungen nach nationalem und europäischem Recht
- VOL/A Abschnitt 1 § 1
- VOL/A Anh. III Erläuterungen zu Abschnitt 1 § 1, 2. Spiegelstrich
- VOL/A Anh. III Erläuterungen zu Abschnitt 1 § 1, 3. Spiegelstrich
- Rechtsprechung zur Abgrenzung VOL/VOF
- Folgerungen
- Zusammenfassung

GHV – Gütestelle Honorar- und Vergaberecht

Gegründet: 14.12.2001 - Vereinsmitglieder (Stand 31.12.2008):

- BVDL Berufsverband der Landschaftsökologen BW
- BVÖB Berufsverband der Ökologen Bayerns
- Fachverband Bau Württemberg e. V.
- Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz
- IK Baden-Württemberg, IK Rheinland-Pfalz, IK Saarland
- IK Nordrhein-Westfalen ist „Probemitglied“
- LBM Rheinland-Pfalz
- LfS Saarland
- Ministerium der Finanzen Saarland
- VHÖ Vereinigung hessischer Ökologen und Ökologinnen

GHV - Aufgaben (Satzung):

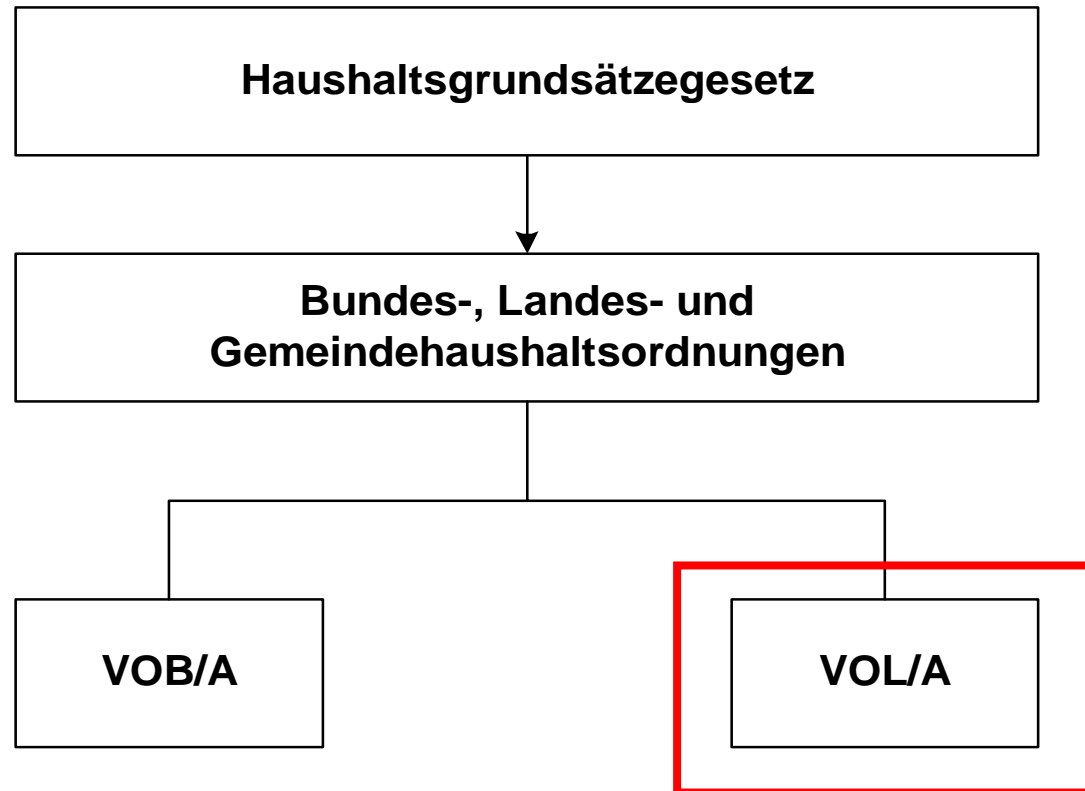
- fördert als Beratungs-, Güte- und Schiedsstelle die Einhaltung der Vergabevorschriften, Preisvorschriften.
- durch
 - Beratung,
 - Schlichtungsverfahren,
 - Schiedsgutachten,
 - Empfehlungen,
 - Fortbildung,
 - Öffentlichkeitsarbeit.

GHV – Praxis

Die GHV

- ist eine neutrale Gütestelle,
- stellt dies durch einen paritätisch besetzten Vorstand sicher,
- stellt dies durch vereidigte Sachverständige und Anwälte sicher,
- hat ihren Sitz in Ludwigshafen und wird bundesweit angefragt,
- wird vom Justizministerium Baden-Württemberg in der Liste der institutionellen Schlichtungsstellen geführt,
- ist anerkannt als gemeinnütziger Verein nach §§ 51 ff. AO.

Vergabebestimmungen (nationales Recht)

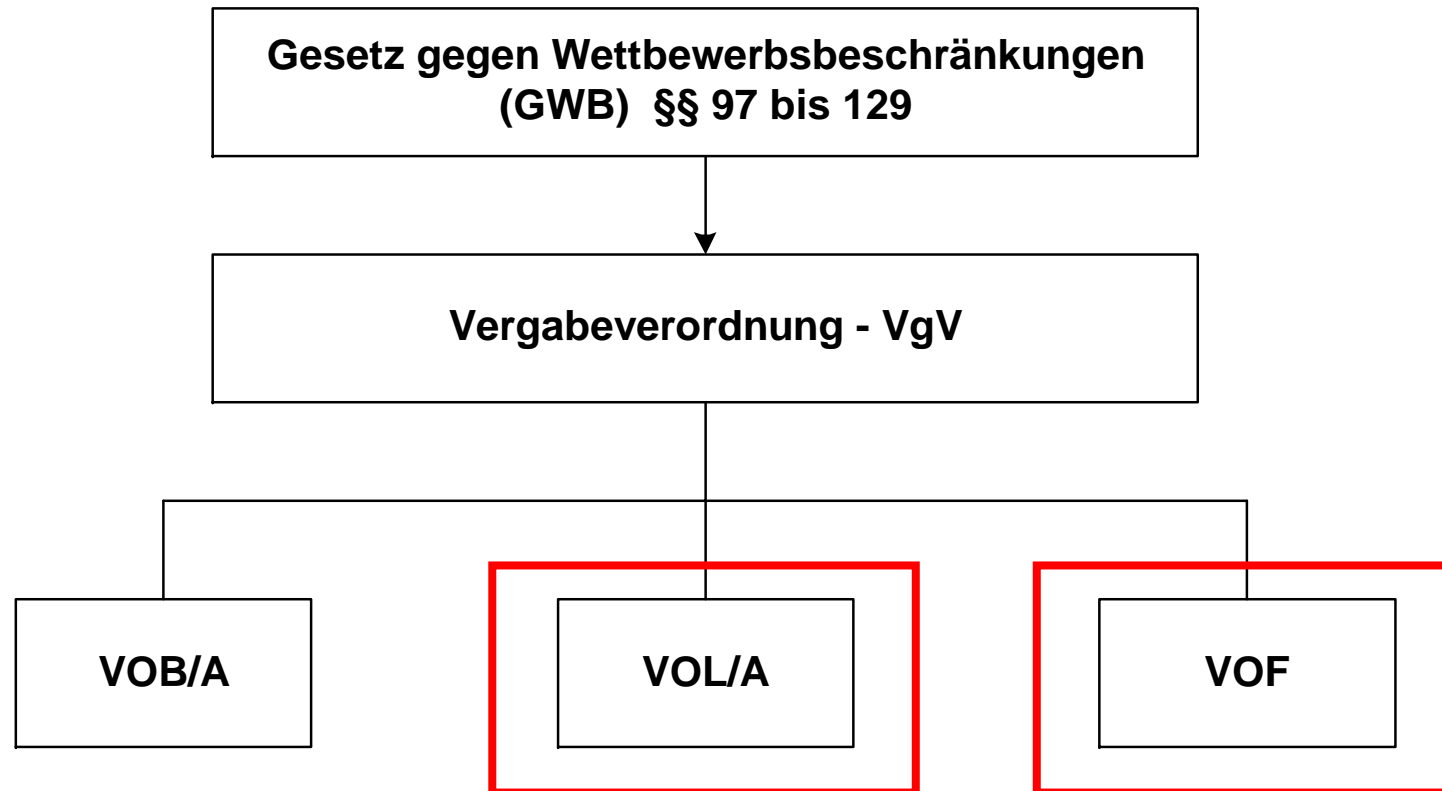


Vergabebestimmungen

Schwellenwerte ab 01.01.2008 (Verordnung EG Nr. 1422/2007):

- Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Sektoren **412.000 €**
(davor 422.000 €)
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge der Bundesbehörden **133.000 €**
(davor 137.000 €)
- Alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge **206.000 €** (davor 211.000 €)
- Bei Bauaufträgen **5.150.000 €** (davor 5.278.000 €)

Vergabebestimmungen (europäisches Recht)



Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Abschnitt 1. Basisparagrafen:

§ 1 Leistungen. Leistungen im Sinne der **VOL** sind alle Lieferungen und Leistungen, **ausgenommen:**

- Leistungen, die unter die ... **VOB** ... fallen,
- Leistungen, die im Rahmen einer **freiberuflichen Tätigkeit** erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, soweit deren Auftragswerte die in der VGV festgelegten Schwellenwerte nicht erreichen; die Bestimmungen der Haushaltsordnungen bleiben unberührt,
- Leistungen ab der ... Schwellenwerte, die im Rahmen einer **freiberuflichen Tätigkeit** erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, deren Lösung **nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben** werden kann; → **VOF**.

Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Anhang III. Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten:

§ 1. zweiter Spiegelstrich:

Weiterhin sind alle „Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht“ werden, den Basisparagrafen **entzogen**.

Welche Leistungen hierunter fallen, ergibt sich aus dem Katalog des § 18 Abs. 1 Nr. 1 des EStG. Die Aufzählung ist nicht abschließend.

...

- ➔ unterhalb der Schwelle genügt es, dass die Leistung von Freiberuflern erbracht wird, dass die VOL nicht zur Anwendung kommen kann!

Abgrenzung der Leistungsbilder:

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG

Freiberufliche Tätigkeiten im steuerrechtlichen Sinne werden nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Katalogberufe, also beispielsweise den Arzt oder Rechtsanwalt und den Katalogberufen ähnliche Berufe differenziert. Der ähnliche Beruf muss dem Katalogberuf in allen Punkten entsprechen, das heißt er muss alle Wesensmerkmale eines konkreten Katalogberufes zumindest nahezu vollständig enthalten. So müssen Ausbildungen als Voraussetzungen für die jeweilige Berufsausübung vergleichbar sein.

Abgrenzung der Leistungsbilder:

§ 1 Abs. 2 PartGG (Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe)

Seit Juli 1998 enthält § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG die folgende Definition der Freien Berufe:

"Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt."

➔ Bei „Leistungen der Biologen“ liegen „freiberufliche“ Leistungen vor!

Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Anhang III. Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten:

§ 1. zweiter Spiegelstrich (weiter):

Wird eine freiberufliche Leistung gleichzeitig im Wettbewerb von einem Gewerbebetrieb angeboten, findet die VOL auch auf die entsprechende Leistung des Gewerbebetriebes keine Anwendung. Liegt zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben ein Wettbewerbsverhältnis nicht vor, d. h. wird eine der Natur nach freiberufliche Tätigkeit **ausschließlich** durch Gewerbebetriebe erbracht, ist die VOL hingegen uneingeschränkt anwendbar.

→ VOL greift nur, wenn **ausschließlich** Gewerbebetriebe die Leistung erbringen!

Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Anhang III. Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten:

§ 1. zweiter Spiegelstrich (weiter):

Die Frage ob ein Wettbewerbsverhältnis zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben besteht, ist vom jeweiligen Auftraggeber im Einzelfall und im Voraus aufgrund der vorhandenen Marktübersicht zu beurteilen. Wird die Leistung nur von Gewerbebetrieben erbracht und ist daher mit einem Parallelangebot der freiberuflich Tätigen nicht zu rechnen, sind die Leistungen nach dem Verfahren der VOL zu vergeben.

→ Vergabestelle muss die Marktsituation recherchieren!

Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Anhang III. Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten:

§ 1. zweiter Spiegelstrich (weiter):

§ 1 zweiter Spiegelstrich lässt insbesondere §§ 7 und 55 BHO (bzw. die entsprechenden landes- und kommunalrechtlichen Bestimmungen) unberührt. Einheitliche Grundsätze für die Vergabe der Gesamtheit freiberuflicher Leistungen sind **nicht vorhanden**. Es ist daher nach den Rechtsgrundsätzen des § 55 BHO (beziehungsweise den entsprechenden Landes- oder kommunalrechtlichen Bestimmungen) zu verfahren. Nach § 55 Abs. 1 BHO muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.

Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Anhang III. Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten:

§ 1. zweiter Spiegelstrich (weiter):

Mit Rücksicht auf den Ausnahmecharakter bedarf es grundsätzlich für das Vorliegen der Ausnahmesituationen des § 55 BHO der Prüfung im Einzelfall. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Ausnahmetatbestand bei freiberuflichen Leistungen in der Regel erfüllt ist. Sie können daher grundsätzlich freihändig vergeben werden.

→ Es gibt den **Grundsatz der freihändigen Vergabe!**

Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Anhang III. Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten:

§ 1. zweiter Spiegelstrich (weiter):

Die Aufträge sind, soweit Leistungen an freiberuflich tätige vergeben werden an solche Freiberufler zu vergeben, deren Fachkunde Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit feststeht, die über ausreichende Erfahrungen verfügen und die Gewähr für eine wirtschaftliche Planung und Ausführung bieten. Die Aufträge sollen möglichst gestreut werden.

- Vergaberelevant ist die **Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit**, d. h. Leistungskriterien und
- **Gewähr** für eine **wirtschaftliche** Planung und Ausführung
- **Nicht der Preis!**

Abgrenzung der Leistungsbilder:

Fazit aus VOL/A § 1 zweiter Spiegelstrich:

- Unterhalb der Schwelle genügt, dass die Leistung von **Freiberuflern** erbracht wird, dass die VOL nicht greift!
- VOL greift nur, wenn **ausschließlich** Gewerbebetriebe die Leistung erbringen!
- Es gibt den **Grundsatz der freihändigen Vergabe!**
- Vergaberelevant ist die **Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit**, d. h. Leistungskriterien und
- **Gewähr** für eine **wirtschaftliche** Planung und Ausführung
- **Nicht der Preis!**

Abgrenzung der Leistungsbilder:

VOL/A Anhang III. Erläuterungen zu den einzelnen Abschnitten:

§ 1. dritter Spiegelstrich:

Oberhalb des EG-Schwellenwertes der EG-Richtlinie sind freiberufliche Leistungen nach der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) zu vergeben, sofern deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.

Fazit:

- Freiberufliche Leistungen +
- oberhalb des Schwellenwertes +
- Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar
- **VOF!**

Abgrenzung VOL/VOF:

Was ist eindeutig und erschöpfend beschreibbar?

Erstes ausführliches Urteil hierzu:

OLG München v. 28.04.2006 – Verg 6/06 (IBR 2006, 466):

Allgemein:

- Theoretisch ist, ggf. mit **entsprechendem Aufwand**, kaum eine Leistung vorstellbar, die man nicht vorab detailliert festlegen kann. Mit diesem Ansatz ist eine Abgrenzung nicht möglich.
- Ebenso wenig aussagekräftig erscheint, ob eine Tätigkeit **so weit präzisiert** werden kann, dass sie Gegenstand einer juristisch bindenden **vertraglichen Vereinbarung** sein kann.

Abgrenzung VOL/VOF:

OLG München v. 28.04.2006 – Verg 6/06 (IBR 2006, 466):

Zur VOL:

- Beim offenen oder nichtoffenen Verfahren erstellt der Auftraggeber eine umfassende und **detaillierte Leistungsbeschreibung**.
- Er gibt nicht nur vor, welche **Aufgabe** gestellt wird, sondern er legt auch die von ihm **gewünschte Lösung** in den wesentlichen Punkten fest.
- Aufgrund dessen können alle Bewerber (grundsätzlich **ohne Rücksprache** mit der Vergabestelle) ihre Preise kalkulieren und für die gewünschte Leistung Angebote einreichen, die **problemlos miteinander vergleichbar** sind.

Abgrenzung VOL/VOF:

OLG München v. 28.04.2006 – Verg 6/06 (IBR 2006, 466):

Zur VOL:

- Der Auftraggeber erteilt sodann – ebenfalls **grundsätzlich ohne weitere Verhandlung oder Rücksprache** – nach den von ihm festgelegten Kriterien den Zuschlag auf das günstigste Angebot.

Abgrenzung VOL/VOF:

OLG München v. 28.04.2006 – Verg 6/06 (IBR 2006, 466):

Zur VOF:

- Steht die Lösung der Aufgabe dagegen nicht fest, benötigt der Auftraggeber vielmehr gerade das **gestalterisch-schöpferische Potential** des Auftragnehmers zur Ausarbeitung der optimalen Lösung, ist die Leistung vorab nicht mehr hinreichend erschöpfend beschreibbar.
- Hinreichend präzise Vorgaben für eine Leistungsbeschreibung könnte der AG nur dann machen, wenn er dem Ergebnis möglicher **geistig schöpferischer Gestaltung** vorgreift und selbst die Lösung vorgibt.

Abgrenzung VOL/VOF:

OLG München v. 28.04.2006 – Verg 6/06 (IBR 2006, 466):

Zur VOF:

- Im Sinne der Abgrenzung beschreibbarer und nicht beschreibbarer Leistungen ist somit im konkreten Einzelfall zu ermitteln, wie groß der **schöpferische, gestalterische und konstruktive Freiraum** des potentiellen AN ist.
- Ist ein solcher Freiraum **in erkennbarem Maß** vorhanden und gewollt, geht es insbesondere darum, dass der AN aufgrund seiner **beruflichen Erfahrung und Kompetenz eine eigenständige, kreative Lösung** findet, so mag das **planerische Ziel** des Auftrags beschreibbar sein, nicht jedoch die **planerische Umsetzung**.

Abgrenzung VOL/VOF:

Fazit aus dem Urteil:

- Es ist nicht von Relevanz, ob ein Vertrag möglich ist!
- Es genügt nicht die Aufgabe zu beschreiben, die Lösung muss beschrieben werden (können) (→VOL)!
- Verhandlungen sind grundsätzlich nicht erforderlich (→VOL)!
- Kein Freiraum zur schöpferischen Ausgestaltung (→VOL)!
- Die berufliche Erfahrung und Kompetenz eine Lösung zu finden wird benötigt (→VOF)!
- Unerheblich ist die Tatsache, ob die Leistung in der HOAI verordnet ist!

Abgrenzung VOL/VOF:

Fazit: VOL nur bei Leistungen wie:

- Labor- und Analytikleistungen, Reinzeichnung von Entwurfs- und Ausführungsplänen (vgl. Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A § 1 Rdn. 64)
 - Eingeben von Daten in Datenbanken, Bedienen oder Halten von Instrumenten, Entleeren von Bodenfallen bei der Felderfassung, das Herstellen von Zeichnungen durch Bauzeichner (Hager/Werk, B.B.N. Bundesverband Beruflicher Naturschutz e. V., Position zur Vergabe landschaftsplanerischer und landschaftsökologischer Leistungen, Seite 5)
- ➔ Diese Leistungen stellen bei Biotopkartierungen und vergleichbaren Leistungen absolut untergeordnete Leistungen dar!

Folgerungen für Biotopkartierungen u. Vgl.:

Unterhalb der Schwelle von 206.000 €

- Grundsätzlich greift die VOL nicht!
- Vergabeverfahren der „freihändigen Vergabe“ vorgeschrieben!
- Vergaberelevant ist die **Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit**, d. h. Leistungskriterien und
- **Gewähr** für eine **wirtschaftliche** Planung und Ausführung
- **Nicht der Preis!**

Muster für die Durchführung eines solchen Verfahrens unter:

→ www.rift-online.de

→ www.ghv-guetestelle.de (in Kürze)

Folgerungen für Biotopkartierungen und Vgl.:

Ab der Schwelle von 206.000 €

- Die Leistungen sind nach VOF zu vergeben!
- Vergabeverfahren als „Verhandlungsverfahren“ vorgeschrieben!
- Vergabe erfolgt nach § 16 Abs. 3 VOF mit Leistungskriterien und dem Honorar!
- Vergabe nach § 16 Abs. 4 VOF an den Bewerber, der die bestmögliche Leistung erwarten lässt.

Muster für die Durchführung eines VOF-Verfahrens:

→ www.bkpv.de/ver/pdf/gb2004/wierer.pdf (Stand 2004!)

→ www.bayika.de/de/service/publikationen/pdf/VOF07.pdf

→ www.ghv-guetestelle.de/Publikationen/Vergaberecht

Zusammenfassung:

Unterhalb der Schwelle:

- Es genügt, dass die Leistung von **Freiberuflern** erbracht wird, dass die VOL nicht greift!
- Vergaberelevant ist die **Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit**, d. h. Leistungskriterien und **nicht der Preis!**

Ab der Schwelle:

- Freiberufliche Leistungen + Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar → **VOF!**
 - Kann nur die Aufgabe beschrieben werden, nicht aber die Lösung → **VOF!** Eine Kartieranleitung ist nur die Aufgabe, nicht die Lösung!
- **Biotopkartierungen und Vgl. grundsätzlich nie nach VOL!!!**

Vortrag VSÖ: Vergabebestimmungen freiberuflicher Leistungen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ständig aktuelle Informationen finden Sie auf unserer Homepage:

www.ghv-guetestelle.de