

Vergabekammer Niedersachsen zur Eignungsprüfung

Wann sind Breitbandnetz-Referenzen vergleichbar?

Ein öffentlicher Auftraggeber hat Planungsleistungen für die Errichtung eines flächendeckenden, passiven FTTB-Breitbandnetzes in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb europaweit ausgeschrieben. FTTB steht für „Fibre To The Building“, das heißt Glasfaser bis zum Gebäude. In der Auftragsbekanntmachung war zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit unter anderem eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen bei Referenzprojekten von bereits durchgeführten FTTB-Netzausbauprojekten hinsichtlich der Netzplanung und Bauüberwachung mit Angabe des Leistungszeitraums, des ungefähren Auftragswertes und der Art der Leistung vorzulegen. Sofern der Bewerber noch keine drei Jahre bestand, sollten entsprechende Referenzen seit Bestehen des Unternehmens eingereicht werden. Mindestvoraussetzung waren zwei mit dem Auftrag vergleichbare Referenzen. In der Leistungsbeschreibung war außerdem die Verlegung von Glasfaserleitungen auch innerhalb der Wohnung, das sogenannte FTTH („Fibre To The Home“) erwähnt.

Kein Bewerber hatte die geforderten Referenzen

Nach Eingang der Teilnahmeanträge dokumentierte die von der Vergabestelle beauftragte Ingenieurgesellschaft, dass kein Bewerber die geforderten Referenzen erbracht habe. Begründet wurde dies mit den noch neuen Projektanforderungen im Rahmen des Bundesförderprogramms und die sich gerade in der Umsetzung befindlichen Projekte. Vor diesem Hintergrund wurde eine als „Abstufung/Anpassung“ bezeichnete Auswahl vorgenommen, um dennoch die in dem geforderten Umfeld erworbene fachliche Erfahrung berücksichtigen zu können.



Um die Vergabe von Planungsleistungen zum Breitbandausbau gab es Streit.

FOTO: CHRISTINA BLEIER / LEW

Als „Messlatte“ dienten nun in erster Linie die in Planung befindlichen FTTB/H-Netze. Im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens war unter anderem darüber zu entscheiden, ob der öffentliche Auftraggeber gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen hat, weil er die Anforderungen an die als Eignungsnachweise geforder-

ten Referenzen reduziert hat. Die Vergabekammer Niedersachsen (Beschluss vom 2. November 2018 – VgK-40/2018) hat deshalb allerdings keinen Vergabefehler festgestellt. Es ist zwar richtig, dass es einem öffentlichen Auftraggeber aufgrund der das Vergaberecht prägenden Transparenz-, Wettbewerbs- und Gleichbehandlungs-

gebotes verwehrt ist, einmal aufgestellte und bekanntgemachte Eignungskriterien und geforderte Eignungsnachweise im Rahmen der Eignungsprüfung zu reduzieren oder die Anforderungen zu verschärfen. Die Vergabestelle ist an die von ihr selbst aufgestellten und bekanntgegebenen Anforderungen gebunden. Vorliegend hat sich der öffentliche

Auftraggeber aber im Rahmen des ihm bei der Eignungsprüfung eingeräumten Beurteilungsspielraums gehalten, als er die von den Bewerbern benannten Referenzprojekte als gleichwertige zu den vorliegend ausgeschriebenen Planungsleistungen bewertet hat. Referenzen müssen nicht mit dem Ausschreibungsgegenstand identisch sein.

Denn Vergleichbarkeit erfordert keine Angabe identischer Leistungen. Es genügt vielmehr, wenn die Referenzleistungen dem zu vergebenden Auftrag nahekommen oder ähneln, so die Lüneburger Nachprüfungsbehörde. Dafür müssen die Referenzen aber einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens in Bezug auf den zu vergebenden Auftrag eröffnen. Fordert der öffentliche Auftraggeber also ausdrücklich Referenzen über Aufträge „vergleichbarer Art und Größe“, so darf er wegen des Gebots der Gleichbehandlung und Transparenz nur solche Referenzen berücksichtigen, die vergleichbare Leistungen nachweisen.

Keinen zu engen Maßstab anlegen

Gleichwohl darf der öffentliche Auftraggeber bei der Bewertung der vergleichbaren Referenzen keinen zu engen Maßstab anlegen. Besondere Anforderungen an die Referenzen muss die Vergabestelle eindeutig benennen. Andernfalls überschreitet der öffentliche Auftraggeber mit der Zugrundelegung eines strengen Maßstabs bei der Prüfung der Vergleichbarkeit schnell die Grenzen seines Beurteilungsspielraums. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs war es nach Ansicht der Vergabekammer Niedersachsen nicht zu beanstanden, dass der öffentliche Auftraggeber nicht nur Referenzen über die Mitwirkung an reinen FTTB-Breitbandprojekten, sondern auch an gemischten FTTB/FTTH- oder sogar FTTB/FTTC-Projekten als Nachweise über vergleichbare Leistungen akzeptiert hat. FTTC steht für „Fibre To The Curb“, das heißt Verlegung bis zum Randstein beziehungsweise Anschlusskasten. > **HOLGER SCHRÖDER**

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Oberlandesgericht Celle zur Planung von Freianlagen

Kein Umbauzuschlag

§ 35 HOAI 2009 bestimmt, dass für Leistungen bei Umbauten und Modernisierungen für Objekte ein Zuschlag in Höhe von bis zu 80 Prozent auf das Planerhonorar vereinbart werden kann. Sofern kein Zuschlag schriftlich vereinbart ist, fällt für Leistungen ab der Honorarzone II ein Zuschlag von 20 Prozent an.

Die Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass Umbauten im Bestand meist eine Mehrbelastung für den Planer mit sich bringen. Über den Zuschlag soll die technische und gestalterische mitverarbeitete Bausubstanz erfasst werden. Das Oberlandesgericht Celle hatte sich in seiner Entscheidung vom 23. Januar 2019 (Az.: 14 U 13/18) mit der Frage zu beschäftigen, ob ein solcher Umbauzuschlag auch auf Freianlagen anfällt.

Auf die Planung von Freianlagen kann kein Umbauzuschlag erhoben werden, denn:

– Eine Freianlagenplanung hat immer einen „Bestand“ zum Ausgangspunkt, sodass dort praktisch stets Umbauten vorliegen. Dies hat zur Folge, dass sich bereits systematisch eine (zusätzliche) Zuschlagsregelung verbietet. – Umbauzuschläge sind von immerhin beträchtlicher Höhe. Sie sollen nur für Planungsleistungen bei Umbauten und Modernisierungen von Gebäuden und raumbildenden Ausbauten anfallen. Demzufolge sind Umbauzuschläge in der HOAI 2009 in Teil 3 Abschnitt 1 „Gebäude und raumbildende Ausbauten“ geregelt. Abschnitt 2 „Freianlagen“ enthält eine solche Regelung nicht. – Gegen eine Ansetzung des Umbauzuschlags auf Freianlagen spricht, dass vor Einführung der HOAI 2009 der Umbauzuschlag auf bestimmte Leistungsbilder beschränkt war. Für Leistungen an Freianlagen war schon damals kein Umbauzuschlag vorgesehen.

Im Vergleich zur Vorgängervorschrift wäre es eine Rechtsänderung gewesen, den Umbauzuschlag ab 2009 auch für Leistungen an Freianlagen zu regeln. Dieser Wille des Verordnungsgabers hätte klar zum Ausdruck kommen müssen. Daran fehlt es. Die amtliche Begründung zur HOAI 2009 enthält keinen Hinweis, dass die Rechtslage hinsichtlich der Freianlagen geändert werden sollte.

– Die Anwendung des § 35 HOAI 2009 ist bei Ingenieurbauwerken, Verkehrsanlagen, Tragwerksplanung und Technischer Ausrüstung ausdrücklich angeordnet. Bei Freianlagen ist das nicht der Fall. Dass dieser Verweis gerade und nur bei den Freianlagen „versehentlich“ oder grundlos unterlassen worden sein soll, ist nicht erkennbar. > **JULIA MÜLLER**

Die Autorin ist Fachanwältin für Bau- recht bei Rödl & Partner in Nürnberg.



Auf die Planung von Freianlagen kann kein Umbauzuschlag erhoben werden.

FOTO: DPA/ROBERT B. FISHMAN

Durchführung von Vergabeverfahren für Architekten-, Ingenieur- und Projektsteuerleistungen nach VgV 2016

- rechtssicher
- kompetent
- schnell
- kostengünstig

Rechtsanwälte Prof. Dr. Rauch & Partner mbB
Hoppestraße 7, 93049 Regensburg
www.prof-rauch-baurecht.de



Ausschreibungen in Bayern

Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER



Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe



Staatsanzeiger
eServices

Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung

www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de