

Themenblatt:

Abgrenzung von Bau-, Liefer- Dienst- und freiberuflichen Leistungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge



Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen



zSKS

zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Alle öffentlichen Auftraggeber und teilweise auch private Auftraggeber müssen bei der Vergabe von Aufträgen Vergaberecht beachten. Vor allem in der vergaberechtlichen, aber auch in der zwendungsrechtlichen Praxis ist häufig die Zuordnung einer Leistung zu einer bestimmten Leistungsart erforderlich. Dieses Themenblatt vermittelt Ihnen einen Überblick über die Relevanz und die Kriterien für die Abgrenzung der Leistungsarten.

Zweite Schlachtpforte 3
28195 Bremen

<https://www.wirtschaft.bremen.de/info/zsk>

0421 - 361 - 89240

Vergabeservice@wah.bremen.de

05.07.2018

Inhalt

I. Einleitung.....	1
II. Definition der Leistungsarten	1
1. Bauleistung.....	1
2. Lieferleistung.....	2
3. (gewerbliche) Dienstleistung.....	2
4. Freiberufliche Dienstleistung	2
III. Abgrenzung der Leistungsarten	3
1. Abgrenzung Bau- und Lieferaufträge	3
2. Abgrenzung Bau- (§ 103 Abs. 3 GWB) und Dienstleistungsaufträge (§ 103 Abs. 4 GWB)	4
3. Abgrenzung Liefer- und (gewerbliche) Dienstleistungsaufträge.....	5
4. Abgrenzung von Aufträgen über gewerbliche Dienstleistungen und freiberufliche Dienstleistungen (im Folgenden: Dienst- und freiberufliche Leistungen)	6
a. Freiberufliche Leistung.....	8
(1) Selbständige Ausübung der Tätigkeit.....	8
(2) Katalogberufe	8
(3) Katalogberufen „ähnliche Berufe“	9
(a) Wissenschaftlichkeit.....	9
(b) Künstlerische Tätigkeit	9
(c) Unterrichtende Tätigkeit	9
b. Im Wettbewerb mit freien Berufen.....	10
c. Nicht abschließend beschreibbar (nur EU-Verfahren).....	11
IV. Relevanz der Abgrenzung bei der Verfahrenswahl bezogen auf Wertgrenzen und Formalien.....	12
1. Nationale Verfahren	13
a. Alte Rechtslage.....	13
(1) Bauleistungen	13
(2) Liefer- und Dienstleistungen	13
(3) Freiberufliche Leistungen.....	13
b. Derzeitige Rechtslage.....	14
(1) Bauleistungen	14
(2) Liefer-, Dienstleistungen und freiberufliche Leistungen	14

2. EU-Verfahren.....	15
a. Alte Rechtslage.....	15
(1) Bauleistungen.....	15
(2) Liefer- und Dienstleistungen	15
(3) Freiberufliche Leistungen.....	15
b. Derzeitige Rechtslage.....	15
(1) Bauleistungen.....	15
(2) Liefer-, Dienst- und freiberufliche Leistungen.....	15

I. Einleitung

Pflicht zur Beachtung von Vergaberecht

Alle öffentlichen Auftraggeber und teilweise auch private Auftraggeber (z. B. als Zuwendungsempfänger) müssen bei der Vergabe von Aufträgen Vergaberecht beachten.

Relevanz der unterschiedlichen Leistungsarten

Vor allem in der vergaberechtlichen (bei Erstellung der Vergabeunterlagen), aber auch in der zuwendungsrechtlichen Praxis (z.B. Prüfung von Vergabeunterlagen im Rahmen der Verwendungsnachweisprüfung) ist in der Regel die Zuordnung einer Leistung zu einer bestimmten Leistungsart (Bau-, Liefer- Dienst- oder freiberufliche Leistung) erforderlich. In Abhängigkeit zur jeweiligen Leistungsart ergeben sich aufgrund abweichender Rechtsgrundlagen Unterschiede in Bezug auf Schwellenwerte, Wertgrenzen, Verfahrensarten, aber auch bezüglich sonstiger einzuhaltender Formalien, z.B.: welche Veröffentlichungspflichten bestehen, welche Registerabfragen oder Meldungen sind durchzuführen oder wie läuft die Angebotsöffnung ab.

Ziel des Themenblattes

Dieses Themenblatt vermittelt Ihnen einen Überblick über die Relevanz und die Kriterien für die Abgrenzung der Leistungsarten, sowohl für die Rechtslage bis zur letzten Änderung der jeweiligen Regelungsregime als auch mit Blick in die Zukunft, sofern sich kurzfristig Änderungen ergeben werden.

II. Definition der Leistungsarten

Bauleistungen

1. Bauleistung

Bauleistung ist jede Leistung, durch welche eine bauliche Anlage (Bauwerk) **errichtet oder geändert** wird. Bauwerke sind mit dem Erdboden verbundene oder auf ihm ruhende, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Dabei muss es sich nicht notwendig um Gebäude handeln.

Baufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung von in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten Bauleistungen oder Bauwerken für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, die Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten sind und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen sollen.¹ Nur wenn **diese Leistungen Hauptgegenstand des Vertrages** sind, kann sich der Vertrag auch auf Leistungen anderer Art, beziehen, ohne deswegen den Charakter als Bauauftrag einzubüßen.²

¹ § 103 Abs. 3 GWB.

² OLG Düsseldorf VII-Verg 35/13 (noch zur Rechtslage nach Richtlinie 2004/18/EG).

Lieferleistungen

2. Lieferleistung

Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf-, Leasing-, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen.³

Gewerbliche Dienstleistungen

3. (gewerbliche) Dienstleistung

Dienstleistungen umfasst die Erbringung aller solcher Leistungen, welche nicht als Bau- oder Lieferleistungen einzuordnen sind.⁴

Freiberufliche Leistungen

Eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung

4. Freiberufliche Dienstleistung

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.⁵

Freie Berufe sind hiernach solche, die

- in großem Maße durch ihren **intellektuellen Charakter** geprägt sind,
- eine **hohe Qualifikation** verlangen,
- in der Regel einer **strengen berufsständischen Regelung** unterliegen und
- bei deren Ausübung das **persönliche Element** und die Ausübung in **großer Selbständigkeit** stets von großer Bedeutung sind.⁶

Nicht abschließende Kataloge

Freiberufliche Tätigkeiten sind in **nicht** abschließenden Katalogen im EStG und dem PartGG aufgezählt.⁷ Auch wenn die Tätigkeit keinem der genannten Katalogberufe zuzuordnen ist, **kann** die Leistung als freiberufliche Leistung zu qualifizieren sein. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um eine **selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit** handelt (Katalogberufen ähnliche Berufe). Insoweit ist eine Einzelfallprüfung erforderlich.

³ § 103 Abs. 2 Satz 1 GWB.

⁴ § 103 Abs. 4 GWB.

⁵ § 1 Abs. 2 PartGG.

⁶ EuGH, Urteil v. 11.10.2001 - Az.: C-267/99.

⁷ § 1 Abs. 2 PartGG; § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

III. Abgrenzung der Leistungsarten

Typengemischte Verträge

Weist ein Vertrag zugleich Elemente unterschiedlicher Leistungsarten auf (typengemischter Vertrag), bestimmt sich die Rechtsnatur des Vertrags danach, welche Leistungen den Hauptgegenstand (Schwerpunkt, prägenden Charakter) des Vertrags bilden und welche im Verhältnis hierzu lediglich Nebenarbeiten darstellen.⁸

Prägender Charakter maßgeblich

1. Abgrenzung Bau-⁹ und Lieferaufträge¹⁰

Viele öffentliche Aufträge umfassen Elemente der Leistungsarten Bau- und Lieferleistungen. Die Beurteilung des Hauptgegenstandes eines Vertrages, der sowohl Bau- als auch Lieferleistungen umfasst erfolgt anhand der **Komplexität, der Wesentlichkeit und des Umfangs der erforderlichen Montageleistung**. Die anteiligen Wertverhältnisse geben diesbezüglich hingegen lediglich indizielle Anhaltspunkte und eine erste Orientierung.¹¹

Komplexität der Montageleistung

Beispiele

Beispiele für typengemischte Verträge mit Schwerpunkt **Bauleistung**:

- Lieferung und Einbau von Fenstern¹²,
 - Lieferung und Aufstellen von Photovoltaikanlagen¹³,
 - Lieferung und Montage von Küchengeräten¹⁴,
 - Einbau von Schrankwänden und das Einpassen einer Einbauküche¹⁵
 - Bereitstellung von Gerüsten und Gerüstbauarbeiten¹⁶
- ➔ Die fachgerechte Montage ist in diesen Fällen für die ordnungsgemäße Funktion wesentlich und unerlässlich und bildet daher den Hauptgegenstand des Vertrages.¹⁷

Beispiele für typengemischte Verträge mit Schwerpunkt **Lieferleistung**:

- Lieferung von **fertig verdrahteten marktüblichen Beleuchtungskörpern** einschließlich Zubehör¹⁸ (deren Montage durch Dritte erfolgt, bzw. die lediglich noch aufgestellt werden müssen)

Merksatz

Merksatz

- ➔ Je umfangreicher und komplexer die Montageleistung, desto mehr spricht dafür, dass gerade diese Montageleistung Hauptgegenstand des Vertrages ist.¹⁹

⁸ EuGH, Rs. C-412/04.

⁹ § 103 Abs. 3 GWB.

¹⁰ § 103 Abs. 2 GWB.

¹¹ OLG Düsseldorf, Verg 49/02.

¹² LG Kiel 4 O 304/02; VK Südbayern 43-10/02.

¹³ OLG Düsseldorf VII-Verg 35/13.

¹⁴ 2. VK Brandenburg VK 20/05.

¹⁵ OLG Thüringen 6 Verg 5/01.

¹⁶ VK Baden-Württemberg 1 VK 27/01.

¹⁷ OLG Düsseldorf NZBau 2014, 589.

¹⁸ OLG München Verg 019/05).

¹⁹ OLG Düsseldorf VII-Verg 35/13.

- Überwiegt hingegen der Charakter der Lieferung, entweder weil diese erkennbar den Schwerpunkt des Vertrages darstellt oder weil lediglich Montageleistungen in geringem Umfang und von untergeordneter Bedeutung und Komplexität auszuführen sind, spricht viel dafür, dass der Vertrag als Lieferleistung einzuordnen ist.

Praktische Relevanz

Relevanz:

- Welches Regelungsregime ist anwendbar? (VOB/A ↔ VgV, UVgO, (für in der Vergangenheit liegende Sachverhalte VOL/A))
- Abweichende Schwellenwerte und Wertgrenzen!
- Abfrage beim Hauptzollamt ist nur bei Bauleistungen ab EUR 30.000,- immer erforderlich! Bei Liefer- und Dienstleistungen ist diese Abfrage nur bei Vorliegen eines entsprechenden Verdachts durchzuführen.
- Für Lieferleistung Direktauftrag nach UVgO, bzw. TtVG und für Bauleistungen nach dem TtVG.²⁰

Intensität des Substanzeingriffs

2. Abgrenzung Bau- (§ 103 Abs. 3 GWB) und Dienstleistungsaufträge (§ 103 Abs. 4 GWB)

Die Beurteilung des Hauptgegenstandes eines Vertrages, welcher sowohl Bau- als auch Dienstleistungen umfasst, erfolgt anhand der **Intensität des Substanzeingriffs**.

Relevanz der Abgrenzung zwischen Erhaltungs- und Wiederherstellungsarbeiten

Die Frage der Abgrenzung stellt sich in der Praxis häufig bei Arbeiten, durch welche ein bestehendes Bauwerk instand gesetzt/gehalten wird. Ausgehend von der Definition der Bauleistung, deren Ziel es ist, eine bauliche Anlage zu errichten oder zu ändern, ist bei „Instandhaltungsmaßnahmen“ zwischen

- Maßnahmen zur **Erhaltung (Dienstleistung)** des zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands (Sollzustands) und
- Maßnahmen zur **Wiederherstellung (Bauleistung)** des Sollzustands zu unterscheiden.

Beispiele

Beispiele für typengemischte Verträge mit Schwerpunkt **Dienstleistungen** sind:

- Wartung, z.B. einer Brandmeldeanlage wie auch die Auswechslung einzelner Brandmelder²¹
- Beseitigung von Verschleißerscheinungen bzw. kleinerer Schäden
- Pflege z.B. einer vorhandenen Gartenanlage (ohne größere Erdbewegearbeiten)

²⁰ Bauleistungen bis EUR 5.000,- (§ 5 Abs.2 lit. e TtVG).

²¹ OLG Düsseldorf VII-Verg 60/09.

- Reinigung
- Routinemäßige Überprüfung der Beleuchtungsanlage²²
- Leistung des Winterdienstes²³
- Auftrag über Gestellung einer Anlage zur Vorreinigung kontaminierter Grundwässer, deren Betrieb über 15 Jahre und die Demontage und den Rückbau der Anlagenkomponenten nach Ablauf der Betriebszeit²⁴

Beispiele für typengemischte Verträge mit Schwerpunkt **Bauleistungen** sind:

- Verputzarbeiten²⁵
- Reparatur größerer Schäden
- Neuanpflanzungen und umfangreichere Erdbewegungsarbeiten
- Arbeiten an Gewässern (= Bauwerk!) - Werden beispielsweise die Krautung der Sohle, Mähen und Krautung der Böschungen, Holzungen etc. unterhalb der Wasseroberfläche ausgeführt, wird durch diese Arbeiten direkt auf das Bauwerk eingewirkt.²⁶

Praktische Relevanz

Relevanz:

- ➔ Welches Regelungsregime ist anwendbar? (VOB/A ↔ VgV, UVgO)
- ➔ Abweichende Schwellenwerte und Wertgrenzen!
- ➔ Abfrage beim Hauptzollamt ist nur bei Bauleistungen ab EUR 30.000,- immer erforderlich! Bei Liefer- und Dienstleistungen ist diese Abfrage nur bei Vorliegen eines entsprechenden Verdachts durchzuführen.
- ➔ Für Dienstleistung Direktauftrag nach UVgO, TtVG und für Bauleistungen nach dem TtVG.²⁷

3. Abgrenzung Liefer- und (gewerbliche) Dienstleistungsaufträge

Die Abgrenzung von Liefer- und Dienstleistungen weist nur eine geringe praktische Relevanz auf. Sollte sie gleichwohl erforderlich werden, ist zunächst zu prüfen, welche Leistungsbestandteile Liefer- und welche Dienstleistungen sind. Der Hauptgegenstand des gemischten Vertrages bestimmt sich im Anschluss daran, danach, welcher der geschätzten Werte der jeweiligen Dienstleistungen oder Lieferungen am höchsten ist.²⁸

Beispiele für **Dienstleistungen**:

- Erstellung einer Homepage

Lieferung oder weitere Dienstleistung von einigem Gewicht prägend?

Wertverhältnisse

²² VK Berlin VK B 2 - 3/11).

²³ VK Thüringen, 360-4003.20-009/06-HBN, 360-4003.20-015/06-MGN, 360-4003.20-004/06-SON, 360-4003.20-009/06-ESA-S.

²⁴ OLG Naumburg, 7 Verg 4/16.

²⁵ 1. VK Sachsen, 1/SVK/102-01.

²⁶ 2. VK Sachsen-Anhalt, VK 2 LVwA LSA 01/08.

²⁷ Freiberufliche Leistungen (§ 5 Abs.2 lit. d und e) TtVG) und Bauleistungen bis EUR 5.000,- (§ 5 Abs.2 lit. e TtVG).

²⁸ Für EU-Verfahren ausdrücklich normiert in Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU.

- Erstellung einer Studie samt Auswertung²⁹
- Lieferung von Hard- und Software nebst Wartungsleistungen
- Reinigungsarbeiten (nebst Lieferung der Reinigungsmittel)

Beispiele

Beispiele für prägenden Charakter der **Lieferleistung**:

- Rahmenvertrag über die Versorgung eines Krankenhauses mit Arzneimittelprodukten sowie Übernahme aller damit im Zusammenhang stehenden Dienst- und Beratungsleistungen, insbesondere der Gewährung eines Bereitschaftsdienstes und einer Notversorgung, der Überwachung der Arzneimittel und des Arzneimittelverkehrs im Klinikum³⁰
- Lieferung von Gegenständen, verbunden mit untergeordneter und simpler Auf-/Abstellfähigkeit → reine Anlieferung von Waren

Praktische Relevanz

Relevanz:

- Die Differenzierung zwischen Liefer- und gewerblichen Dienstleistungen untereinander hat **für die Verfahrenswahl keine praktische Relevanz**. Diese sind für Liefer- und gewerbliche Dienstleistungen identisch.
- **Unterschiede** ergeben sich jedoch hinsichtlich der etwaiger **Registerabfragen** oder der **Meldung an die Sonderkommission Mindestlohn**.
 - Abfrage beim Tariftreuerregister betreffen nur (Bau- und) Dienstleistungen, nicht jedoch Lieferleistungen.
 - Meldungen an die Sonderkommission Mindestlohn betreffen nur (Bau- und) Dienstleistungen, nicht jedoch Lieferleistungen.
- Für Liefer- und gewerbliche Dienstleistungen Direktauftrag nach UVgO, TtVG

Differenzierung zwischen EU- und nationalen Verfahren

4. Abgrenzung von Aufträgen über gewerbliche Dienstleistungen und freiberufliche Dienstleistungen (im Folgenden: Dienst- und freiberufliche Leistungen)

Die Differenzierung zwischen Dienst- und freiberuflichen Leistungen hat im Bereich von EU-Verfahren mit Inkrafttreten der VgV zum 19.04.2016 keinen Einfluss mehr auf die Anwendung unterschiedlicher Regelwerke. Gleichwohl sind in der VgV, welche die Verfahren nun für beide Leistungsarten regelt, in gewissen Punkten Besonderheiten für die jeweilige Leistungsart geregelt. Im Bereich der nationalen Verfahren ist die Differenzierung derzeit noch relevant für die Anwendbarkeit von Verfahrensvorschriften. Auch künftig sind hier Sonderregelungen für freiberufliche Leistungen angedacht, zumal

²⁹ Abgrenzung von freiberuflicher Leistung und gewerblicher Dienstleistung beachten.

³⁰ OLG Naumburg, 7 Verg 3/16.

die UVgO diesen Bereich lediglich mit einem relativ abstrakten Grundsatz regelt.

EU-Verfahren

Freiberufliche Leistungen die in **EU-Verfahren**, ehemals im Rahmen der VOF/bzw. heute nach der VgV als freiberufliche Leistung aususchreiben waren/sind, sind solche, die

- „im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht **oder** im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden **und**
- deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann“.³¹

Nationale Verfahren

Leistungen, welche als freiberufliche aususchreiben sind, waren und sind in **nationalen Vergabeverfahren** solche, die

- die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht **oder** im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigen angeboten werden.³²

Beispiele

Beispiele für **freiberufliche Leistungen**:

- bei einer landesweiten selektiven Kartierung von geschützten Biotopen und FFH-Lebensraumtypen handelt es sich um freiberufliche Leistungen³³
- die **ärztliche Tätigkeit** ist, wenn sie selbständig ausgeübt wird, typischerweise freiberuflich³⁴

Beispiele für den Gesamtcharakter prägende **gewerbliche Dienstleistungen**:

- Werden freiberufliche Leistungen zur Bereitstellung und Bewerbung von Nachrichtenmeldungen sowie zur Bereitstellung von entsprechendem Bild- und Tonmaterial tatsächlich nur von solchen Unternehmen ausgeführt, die die nachgefragten Leistungen ihrerseits zwar durch (beschäftigte) Journalisten und Bildberichterstatter ausführen lassen, die selbst hingegen nicht als Freiberufler anzusehen sind **liegen die danach an eine freiberufliche Betätigung von Gesellschaften anzulegenden Voraussetzungen nicht vor**.³⁵ Als Freiberufler anzusehen wären sie nur dann, wenn in den in Frage kommenden Gesellschaften jeder einzelne Gesellschafter über die erforderliche Berufsqualifikation verfügt und innerhalb seines Tätigkeitsbereichs auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig ist.
- Modellvertrag über die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung in Form einer fachübergreifenden gestuften

³¹ § 1 Abs. 1 VOF/A a.F.; § 29 Abs. 2 VgV.

³² § 49 Abs. 1 Satz 2 UVgO; (§ 1 2. Spiegelstrich VOL/A).

³³ OLG Brandenburg, Verg W 13/11.

³⁴ Saarländisches OLG, 1 Verg 3/06.

³⁵ OLG Düsseldorf, VII-Verg 36/11; 1. VK Bund, VK 1 - 23/11.

primärärztlichen Versorgung, unterfällt der VgV (VOL/A-EU), da die Zielstellung der Aufgabe vorab eindeutig und abschließend beschrieben werden kann³⁶ (EU-Verfahren)

Praktische Relevanz

Relevanz:

- Gemäß § 29 Abs. 2 VgV ist für Liefer- und Dienstleistungen die Geltung der VOL/B zu vereinbaren. Von dieser Verpflichtung ausgenommen sind freiberufliche Leistungen. Allerdings wird eine entsprechende Vereinbarung gleichwohl empfohlen.
- In Verfahren über die Vergabe freiberuflicher Leistungen sind bis zum Erreichen des EU-Schwellenwertes grundsätzlich drei Vergleichsangebote einzuholen. Ausnahmen hiervon ergeben sich aus dem TtVG.³⁷ Im Übrigen orientiert sich der Verfahrensablauf an der Verhandlungsvergabe für Dienstleistungen gemäß der UVgO.³⁸
- Für Dienstleistungen Direktauftrag nach UVgO, TtVG³⁹
- Für freiberufliche Leistungen ist eine Abfrage bei Gewerbezentralregister nicht erforderlich

Spektrum der möglichen freiberuflichen Leistungen

a. Freiberufliche Leistung

(1) Selbständige Ausübung der Tätigkeit

Die selbständige Ausübung der Tätigkeit ist zu bejahen, wenn die Leistung persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig erbracht wird. Auch wenn die freiberufliche Tätigkeit grundsätzlich erfordert, dass die Leistung persönlich erbracht wird, ist ein Freiberufler auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient. Voraussetzung ist, dass er **aufgrund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich** tätig wird. Diese Definition stellt die Abgrenzung der freiberuflichen Leistungen zu den gewerblichen Dienstleistungen dar.

(2) Katalogberufe

Dies sind:

- die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten,

Gesetzlicher, nicht abschließender Katalog

³⁶ OLG Dresden, Verg 4/16.

³⁷ § 5 Abs. 2 lit. d) und e) TtVG.

³⁸ § 50 UVgO.

³⁹ Für alle freiberufliche Leistungen bis EUR 5.000,- (§ 5 Abs.2 lit. e TtVG); (früher § 3 Abs. 6 VOL/A); und für solche, die nach Festpreisen oder Mindestsätzen einer verbindlichen Gebührenordnung abgerechnet werden, bis zum EU-Schwellenwert (§ 5 Abs. 2 lit. d) TtVG).

Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher (PartGG).

- selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe (EStG).

Anforderungen an
Katalogberufen ähnliche
Berufe

(3) Katalogberufen „ähnliche Berufe“

(a) Wissenschaftlichkeit

Wissenschaftlich tätig ist, wer schöpferische oder forschende Arbeit leistet und die aus der Forschung unter Beachtung wissenschaftlicher Methoden und objektiver und sachlicher Kriterien hervorgegangene Erkenntnisse auf konkrete Vorgänge anwendet.⁴⁰

Hierunter fallen z.B.

- Das Verfassen von Gutachten
- Durchführung von Studien
- Forschung an wissenschaftlichen Instituten (z.B. naturwissenschaftlicher Natur)

(b) Künstlerische Tätigkeit

Erfordert die Tätigkeit eine eigenschöpferische Leistung von gewisser Gestaltungshöhe, welche individuelle Anschauungsweisen und Gestaltungskraft zum Ausdruck bringt, handelt es sich um eine künstlerische Tätigkeit.⁴¹

Hierunter fallen z.B.

- Modellieren von Skulpturen oder Bühnenlandschaften
- Malen von Bildern
- Schreiben von kreativen Texten (in Abgrenzung zu wissenschaftlichen Texten)
- Musiker, Schauspieler, künstlerisch tätige Grafiker

(c) Unterrichtende Tätigkeit

Unterricht ist die Vermittlung von Wissen, Fähigkeiten, Fertigkeiten, Handlungsweisen und Einstellungen durch Lehrer an Schüler in organisierter

⁴⁰ BFH, VIII R 137/75; IV 73/52 U, BFHE 56, 425, BStBl III 1952, 165; IV 104/52 U, BFHE 57, 83, BStBl III 1953, 33.

⁴¹ BFH NJW 1992, 1343; IV R 15/90, BFHE 165.

und institutionalisierter Form.⁴² Werden entsprechende Tätigkeiten im Zusammenhang mit anderen Leistungen (nicht lehrende oder sonstige einer freiberuflichen Tätigkeit zuzurechnende Tätigkeiten) angeboten, so kann je nach Art und Umfang dieser anderen Leistungen jedoch insgesamt eine gewerbliche Betätigung vorliegen.⁴³

Hierunter fallen z.B.

- Prüfungs- und Lehrtätigkeiten, abhängig von den dafür erforderlichen Qualifikationen und ggf. ergänzend angebotener Leistungen

Wettbewerb mit freien Berufen

b. Im Wettbewerb mit freien Berufen

Werden freiberufliche Leistungen im Wettbewerb mit gewerblichen Dienstleistungen angeboten, gelten die Formalien für die Vergabe freiberuflicher Leistungen (nach altem Recht war daher nicht die VOL/A, sondern die VOF (EU-Verfahren) bzw. keine Vergabeordnung (nationale Verfahren) anwendbar). Liegt zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbetreibenden ein Wettbewerbsverhältnis nicht vor, d.h., wird eine der Natur nach freiberufliche Leistung ausschließlich durch Gewerbebetriebe erbracht, finden die für die Vergabe von (gewerblichen) Dienstleistungen anwendbaren Regularien uneingeschränkt Anwendung.⁴⁴

Leistungen werden im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten, wenn es sich um Leistungen handelt, die von Personen- oder Kapitalgesellschaften angeboten werden, welche von freiberuflich Tätigen gebildet worden sind.⁴⁵ Dies sind zum Beispiel Planungsleistungen, welche von Architekten- oder Ingenieur-GmbHs erbracht werden ebenso wie Leistungen einer großen Arztpraxis (in der nicht nur Ärzte tätig sind).⁴⁶ Das solche Gesellschaften steuer- und gewerberechtlich Gewerbebetriebe sind, hindert nicht die vergaberechtliche Einordnung als freiberufliche Leistungen.

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.⁴⁷ Es kommt nicht auf die potenzielle Fähigkeit der freiberuflich Tätigen an, derartige Leistungen zu erbringen, sondern auf die Erfahrung des Auftraggebers, dass diese Leistungen in der Vergangenheit auch tatsächlich von freiberuflich Tätigen erbracht worden sind. Daher ist dieser Punkt im Zeitpunkt der Klärung der Verfahrensvorgaben für die zu beschaffende

⁴² BFH Az.: IV R 130/79, BStBl. II 1982, 589.

⁴³ BFH –Az.: IV R 79/92; Az.: IV R 191/74, BStBl. II 1979, Seite 246 zum Reitunterricht auf einem Reiterhof.

⁴⁴ (so bisher gem. VOL/A Anhang IV, III. Erläuterungen zu § 1 2. Spiegelstrich).

⁴⁵ Weyand, Vergaberecht, VOF § 1 Rn. 15-16.

⁴⁶ Voppel/Osenbrück/Bubert, VOF, VOF § 1 Rn. 57.

⁴⁷ (VOL/A Anhang IV, III. Erläuterungen zu § 1 2. Spiegelstrich).

Dienstleistung vom Auftraggeber begründet zu dokumentieren.

Das Verfahren wird nicht dadurch fehlerhaft, dass sich im Vergabeverfahren dann tatsächlich doch Freiberufler beteiligen; entscheidend ist die Erfahrung des Auftraggebers, dass sich bisher Freiberufler an entsprechenden Verfahren nicht beteiligt haben.⁴⁸

Ebenso wird eine Ausschreibung für freiberufliche Leistungen nicht dadurch fehlerhaft, dass im konkreten Fall nur Gewerbetreibende am Verfahren teilnehmen, wenn aus nachvollziehbaren Gründen, insbesondere der Erfahrung des Auftraggebers aus vergangenen Vergabeverfahren, eine Beteiligung auch von Freiberuflern zu erwarten war.⁴⁹

c. Nicht abschließend beschreibbar (nur EU-Verfahren)

Die Beurteilung, ob eine Leistung abschließend beschreibbar ist oder nicht hat im Einzelfall zu erfolgen. Bei der Prüfung ist zu berücksichtigen, wie groß der schöpferische, gestalterische und konstruktive Freiraum des potentiellen Auftragnehmers zur Ausfüllung der vom Auftraggeber bereits festgelegten Rahmenbedingungen und gesteckten Zielvorgaben ist. Ist ein solcher Freiraum in erkennbarem Maß vorhanden und gewollt, geht es insbesondere darum, dass der Auftragnehmer 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.⁵⁰ In der Praxis sind folglich diese Fragen zu stellen:

- Können auf Grund der Leistungs- oder Aufgabenbeschreibung vergleichbare Angebote erwartet werden und
- können die zu erwartenden Angebote ohne weitere Rückfragen und Verhandlungen aus sich heraus bewertet werden?⁵¹

Nach diesem Maßstab ist eine Leistung zum Beispiel dann nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar, wenn

- eine noch nicht existierende Lösung für die gestellte Aufgabe gesucht wird.⁵² Dabei mögen zwar einzelne Schritte oder Parameter der Auftragsausführung beschrieben werden können, die inhaltliche Lösung der Aufgabe, mithin das Ergebnis der Auftragsausführung, kann aber nicht ausreichend konkretisiert werden, es sei denn, der Auftraggeber nähme einen zumindest wesentlichen Teil der Aufgabenlösung vorweg, löste die Aufgabe also teilweise selbst, um

⁴⁸ (VOL/A Anhang IV, III. Erläuterungen zu § 1 2. Spiegelstrich).

⁴⁹ (VOL/A Anhang IV, III. Erläuterungen zu § 1 2. Spiegelstrich).

⁵⁰ OLG München Verg 6/06, NZBau 2007, 59.

⁵¹ VK Brandenburg VK 58/04.

⁵² Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR, 3. Aufl., § 5 VgV Rn. 5.

die Leistung entsprechend genau beschreiben zu können.⁵³ Dazu ist der Auftraggeber nicht verpflichtet.

IV. Relevanz der Abgrenzung bei der Verfahrenswahl bezogen auf Wertgrenzen und Formalien

Übersicht über die Relevanz
der Leistungsart für die Wahl
der Vergabeart

Nachfolgend wird sowohl die „alte“ als auch die derzeit geltende Rechtslage dargestellt. Die alte Rechtslage wird dargestellt, da - auch wenn sie für neue Vergabeverfahren keine Geltung mehr hat - sie doch bei der Prüfung durchgeführter Verfahren nach wie vor relevant ist. Anhand dieser alten Rechtslage werden Verfahren, welche nach altem Recht durchgeführt wurden und durch z.B. die EFRE-Behörde, den Rechnungshof oder die Europäische Kommission geprüft werden, auf das Vorliegen von Vergabefehlern überprüft.

Ob es sich um eine „nationale“ oder eine „EU“- Vergabe handelt, ist abhängig vom Über-, bzw. Unterschreiten des EU-Schwellenwertes. Dieser variiert danach, ob es sich bei der Hauptleistung um eine Bau- oder Liefer- und Dienstleistung handelt. Der Schwellenwert regelmäßig angepasst. Der aktuelle Schwellenwert kann der Seite des Bundesministeriums für Wirtschaft entnommen werden.⁵⁴

Regelungsregime der
Hauptleistung

Handelt es sich bei der Hauptleistung eines typengemischten Auftrages etwa um eine Bauleistung, welche den EU-Schwellenwert nicht überschreitet und als Nebenleistung eine Liefer- oder Dienstleistung beinhaltet, welche für sich genommen den EU-Schwellenwert überschreitet, ist insgesamt nach nationalen Regeln auszuschreiben.⁵⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob aufgeteilt in Lose oder zeitlich gestaffelt ausgeschrieben wird, solange ein einheitlicher Auftrag vorliegt. Planungsleistungen sind grundsätzlich als gesonderter Auftrag anzusehen. Ausnahmsweise dann, wenn eine Generalunternehmervergabe zulässig ist,⁵⁶ kann auch die Planungsleistung zusammen mit einer Bau-Hauptleistung nach dessen Regeln vergeben werden.

⁵³ Boesen, VergabeR, § 99 GWB Rnrrn. 161, 163.

⁵⁴ <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>.

⁵⁵ OLG Dresden Verg 11/04; OLG Düsseldorf VII-Verg 35/13.

⁵⁶ https://www.wirtschaft.bremen.de/sixcms/media.php/13/Themenblatt_Los-%20oder%20Gesamtvergabe.pdf.

1. Nationale Verfahren

a. Alte Rechtslage

(1) Bauleistungen

Die Vergabe von **Bauleistungen** war (ist) in der VOB/A 1. Abschnitt geregelt. Diesbezüglich sind die benannten Wertgrenzen bei der Wahl der richtigen Verfahrensart zu beachten.⁵⁷

Bis zum 29.04.2016 galten die Wertgrenzen der VOB/A, welche zum Teil nach der Art der Bauleistung differenzierten.

Hiernach durften gemäß BremTtVG Aufträge über Bauleistungen bis zu einem Auftragswert von

- **EUR 0-10.000,-** im Wege der **freihändigen Vergabe**
- **EUR 50.000,-** für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung,
- **EUR 150.000,-** für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau und
- **EUR 100 000,-** für alle übrigen Gewerke im Wege der **beschränkten Ausschreibung** ohne Teilnahmewettbewerb und Einzelfallbegründung vergeben werden.

Die normierten Wertgrenzen stellen eine formalisierte Form der Begründung für eine bestimmte Vergabeart dar, welche dann keiner zusätzlichen Einzelfallbegründung bedarf. Werden die genannten Wertgrenzen überschritten, kann eine freihändige Vergabe oder eine beschränkte Ausschreibung nach Einzelfallbegründung gleichwohl zulässig sein. In diesen Fällen ist eine Einzelbegründung erforderlich.

(2) Liefer- und Dienstleistungen

Die Vergabe von **Liefer- und Dienstleistungen** waren (sind) in der VOL/A 1. Abschnitt geregelt. Für Liefer- und Dienstleistungen galten gemäß TtVG **bis zum 29.04.2016** Wertgrenzen in Höhe von

- **EUR 500,-** für den **Direktauftrag**
- **EUR 500-10.000,-** für die **freihändige Vergabe** und
- **EUR 10.000-40.000,-** für die **beschränkte Ausschreibung** ohne Teilnahmewettbewerb und Einzelfallbegründung.

(3) Freiberufliche Leistungen

Die Vergabe von **freiberuflichen Leistungen** war im Bereich der nationalen Vergaben nicht gesetzlich normiert. Auch für die Vergabe dieser Leistungen gelten jedoch, unabhängig vom Existieren einer speziellen Vertrags- und Vergabeordnung die allgemeinen vergaberechtlichen **Grundsätze der**

⁵⁷ § 3a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A.

Wirtschaftlichkeit und Transparenz der Vergabe.⁵⁸ Hiernach waren zur rechtssicheren Durchführung von Vergabeverfahren in nationalen Verfahren grundsätzlich mehrere Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern, es sei denn, es gab besondere Gründe, die eine andere Verfahrensweise gerechtfertigt hätten.

Derzeitige Rechtslage

b. Derzeitige Rechtslage

(1) Bauleistungen

Die Vergabe von Bauleistungen in nationalen Verfahren ist auch derzeit und wird auch künftig in der VOB/A 1. Abschnitt geregelt (sein).⁵⁹ Die VOB/A findet jedoch nur aufgrund des Verweises in § 6 Abs. 1 TtVG Anwendung.

Seit dem **19.12.2017** sind gemäß TtVG bis zu einem Auftragswert von

- **EUR 5.000,- ein § 5-Verfahren ohne Vergleichsangebote**⁶⁰
- **EUR 50.000,- ein § 5-Verfahren mit Vergleichsangeboten,**
- **EUR 500.000,- eine beschränkte Ausschreibung** ohne Teilnahmewettbewerb und Einzelfallbegründung zulässig.

Die zur alten Rechtslage gemachten Ausführungen zur Einzelfallbegründung gelten entsprechend.

Da die aktuellen Wertgrenzen im TtVG über denen aus der VOB/A, 1. Abschnitt, liegen, finden diese Wertgrenzen (siehe alte Rechtslage) keine Anwendung mehr.

(2) Liefer-, Dienstleistungen und freiberufliche Leistungen

Die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen (bis auf freiberufliche Leistungen) ist in der UVgO normiert. Die UVgO findet jedoch nur aufgrund des Verweises in § 7 Abs. 1 TtVG Anwendung. Die Vergabe von freiberuflichen Leistungen ist direkt im Bremischen TtVG geregelt.

Seit dem **19.12.2017** sind gemäß TtVG bis zu einem Auftragswert von

- **EUR 1.000,-⁶¹ bzw. 5.000,- (nur für freiberufliche Leistungen!)**⁶² ein **§ 5-Verfahren ohne Vergleichsangebote,**
- **EUR 1.000-50.000,- ein § 5-Verfahren mit Vergleichsangeboten** und
- **EUR 5.000-221.000,- (nur freiberufliche Leistungen!) ein § 5-Verfahren mit Vergleichsangeboten**

⁵⁸ § 50 UVgO.

⁵⁹ Derzeitige Fassung Juli 2016.

⁶⁰ § 5 Abs. 2 e) TtVG; In dem Zeitraum vom 30.04.2016-18.12.2017 war ein Direktauftrag für Bauleistungen nicht zulässig.

⁶¹ § 5 Abs. 2 c) TtVG, i.V.m.§ 14 UVgO; In dem Zeitraum vom 30.04.2016-18.12.2017 war ein Direktauftrag über Liefer- und Dienstleistungen nur bis zu einer Wertgrenze von EUR 500,- zulässig.

⁶² Seit dem 19.12.2017, mit Einführung des § 5 Abs. 2 e) TtVG.

- **EUR 100.000,-** eine **beschränkte Ausschreibung** ohne Teilnahmewettbewerb und Einzelfallbegründung zulässig.

Die für Bauleistungen zur alten Rechtslage gemachten Ausführungen zur Einzelfallbegründung gelten entsprechend.

EU-Verfahren

Alte Rechtslage

2. EU-Verfahren

a. Alte Rechtslage

(1) Bauleistungen

Die Vergabe von Bauleistungen, deren Auftragsvolumen den EU-Schwellenwert überschreitet ist in der VOB/A 2. Abschnitt geregelt. Bei EU-Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen sind anders als bei nationalen Vergabeverfahren keine Wertgrenzen vorgesehen, welche eine bestimmte Verfahrensart rechtfertigen würden. Das offene Verfahren hatte Vorrang vor allen anderen Verfahrensarten. Ausnahmsweise konnte nach Einzelfallbegründung eine andere Verfahrensart gewählt werden.

(2) Liefer- und Dienstleistungen

Die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen, deren Auftragsvolumen den EU-Schwellenwert überschreitet ist in der VOL/A 2. Abschnitt geregelt. Die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen erfolgte grundsätzlich im offenen Verfahren. In begründeten Ausnahmefällen konnte nach Einzelfallbegründung eine andere Verfahrensart gewählt werden.

(3) Freiberufliche Leistungen

Die Vergabe von freiberuflichen Leistungen war in der VOF geregelt. Aufträge wurden hiernach grundsätzlich im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vergeben.⁶³ In Ausnahmefällen war der Teilnahmewettbewerb entbehrlich.⁶⁴

Derzeitige Rechtslage

b. Derzeitige Rechtslage

(1) Bauleistungen

Die Regelungen über die Verfahrensarten finden sich wie bisher im 2. Abschnitt der VOB/A. Das offene und das nicht offene Verfahren stehen dem Auftraggeber nunmehr wahlweise gleichrangig zur Verfügung. Im Übrigen gelten Ausführungen zur alten Rechtslage fort.

(2) Liefer-, Dienst- und freiberufliche Leistungen

⁶³ § 3 Abs. 1 VOF.

⁶⁴ § 3 Abs. 4 VOF.

Die Verfahren für die Vergabe von Liefer-, (gewerblichen) Dienst- und freiberuflichen Leistungen wurden aus der VOL/A, bzw. VOF mit der Novellierung der VgV in dieser zusammengeführt. Die Verfahren verlaufen nunmehr grundsätzlich parallel. Hiernach stehen das offene und das nicht offene Verfahren dem Auftraggeber, entsprechend zur Regelung für Bauleistungen, wahlweise gleichrangig zur Verfügung. Sofern ein Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst (ehemalige Fallgruppe der „nicht abschließend beschreibbaren Leistungen“ (VOF-Leistung)), ist ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zulässig. Für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen bestimmt die VgV, dass diese in der Regel im Rahmen von Verhandlungsverfahren vergeben werden.⁶⁵ Die Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren bleibt alternativ möglich. Auftragswerte für Planungsleistungen sind grundsätzlich zu addieren.⁶⁶ Im Rahmen des 80/20-%-Kontingents können auch wenn der EU-Schwellenwert überschritten wird, Leistungen in Höhe von 20 % des Auftragswertes gemäß nationalem Vergaberecht ausgeschrieben werden.

⁶⁵ § 74 VgV.

⁶⁶ OLG München Verg 15/16.