

Vergaberecht und Altlastenbearbeitung

Die Vergaberechtsreform 2006 löst bestehende Probleme nicht

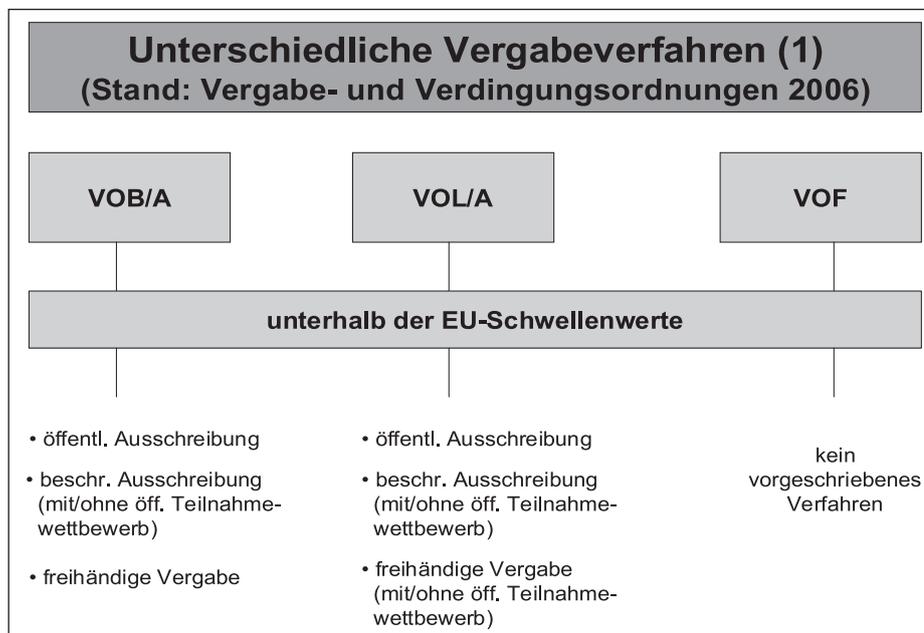


Bild 1: Unterschiedliche Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte

achten, über Probennahmen, Laboranalytik, dem Bau und Betrieb von Sanierungsanlagen, der Dekontamination und der Abfallentsorgung bis hin zur Überwachung sanierter Flächen reichen.

Nicht zuletzt wegen dieser Vielfältigkeit der Leistungen stellt sich hinsichtlich der vergaberechtlichen Einstufung von altlastenbezogenen Sanierungsmaßnahmen in der Praxis eine ganze Reihe von Fragen:

Die Ausgangsfrage ist dabei, welches Vergabeverfahren anwendbar ist. Das richtet sich gem. §§ 4-6 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) nach den Verdingungs- und Vergabeordnungen. Für Bauleistungen ist die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) anwendbar, für Dienstleistungen die Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) und für freiberufliche Leistungen, die nicht unter die VOL/A fallen, die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Dementsprechend bedarf es etwa der Klärung, welche einzelnen Leistungen welcher Verdingungs- bzw. Vergabeordnung zuzuordnen sind und wie gemischte Aufträge zu behandeln sind, bei denen eine Sanierungsmaßnahme als Gesamtheit vergeben werden soll. Ebenfalls die Frage nach dem anzuwendenden Vergabeverfahren betrifft die Differenzierung nach nationalen oder EU-weiten Vergaben. Wenn das anzuwendende Vergabeverfahren ermittelt ist, ist weiter zu klären, ob aus bestimmten Gründen im konkreten Fall ein verkürztes Verfahren in Betracht kommt. Schließlich stellt sich manchmal für die Bewerber und Bieter die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten sie haben.

Im Weiteren soll versucht werden, einige dieser Fragen zu beantworten. Zunächst stellen wir dazu überblicksmäßig die einzelnen Vergabeverfahren dar. Anschließend werden die Stufen der Altlastenbearbeitung anhand der gesetzlichen Vorgaben erläutert, ehe danach die einzelnen Leistungen vergaberechtlich zugeordnet werden. Daran schließt sich die Betrachtung der Behandlung gemischter Aufträge an. Abschließend wird der Frage nachgegangen, in welchen Fällen ein verkürztes Verfahren zulässig ist.

Nikolaus Steiner, Stephan Finck

Maßnahmen zur Altlastensanierung setzen sich aus vielen verschiedenen Leistungen zusammen, für die bei öffentlichen Aufträgen das richtige nationale oder EU-weite Vergabeverfahren nach der VOB/A, der VOL/A oder der VOF zu bestimmen ist. Ein Fehler bei der Vergabe macht die Entscheidung der Vergabestelle angreifbar und kann zu Schadenersatzprozessen führen. Zwei neue EU-Richtlinien haben erneut eine Vergaberechtsreform eingeleitet. Infolge dessen wurden die drei Verdingungs- und Vergabeordnungen in der ersten Jahreshälfte 2006 novelliert. Obwohl diese voraussichtlich erst in einigen Monaten in Kraft treten, werden die neuen Regelungen dem nachfolgenden Beitrag zugrunde gelegt.

Die Vergabe von Aufträgen zur Sanierung von mit Altlasten belasteten Flächen stellt in Deutschland einen erheblichen Wirtschaftsfaktor dar. 1991 hat die Wirtschaftsministerkonferenz geschätzt, dass ein Investitionsbedarf von umgerechnet 26 bis 195 Mrd. Euro besteht¹. Dass diese Schätzungen nicht ganz unrealistisch sind, zeigt die Tatsache, dass der Bund und die neuen Bundesländer im Zeitraum von 1992 bis 2004 allein für das Großprojekt Braunkohlesanierung 7,5 Mrd. Euro für Sanierung und Flächenrecycling ausgegeben haben. In NRW hatte das Förderprogramm des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz bei ca. 500 Einzelmaßnahmen in einem Zeitraum von 1983 bis 2004 ein Volumen von 317 Mio. Euro².

Maßnahmen zur Sanierung von Altlasten bestehen aus einer Vielzahl verschiedener Leistungen, die von der Erstellung von Gut-

¹ Rat von Sachverständigen für Umweltfragen (Hrsg.), *Altlasten II - Sondergutachten Februar 1995* - Bonn 1995, S. 84. Die erhebliche Spanne resultiert daher, dass die Basis der Schätzung der Bestand der Altlastenverdachtsflächen ist und noch unklar ist, auf welchen Flächen tatsächlich Sanierungsbedarf besteht.

² Weitere Zahlen: Grundstücksfonds NRW (LEG), 1980-2003: ca. 1,7 Mrd. Euro für Erwerb, Sanierung, Erschließung und Flächenrecycling auf 190 Standorten mit 2650 ha in 80 Städten; Altlastensanierungs- und Altlastenaufbereitungsverband NRW (AAV): ca. 10 Mio. jährlich.

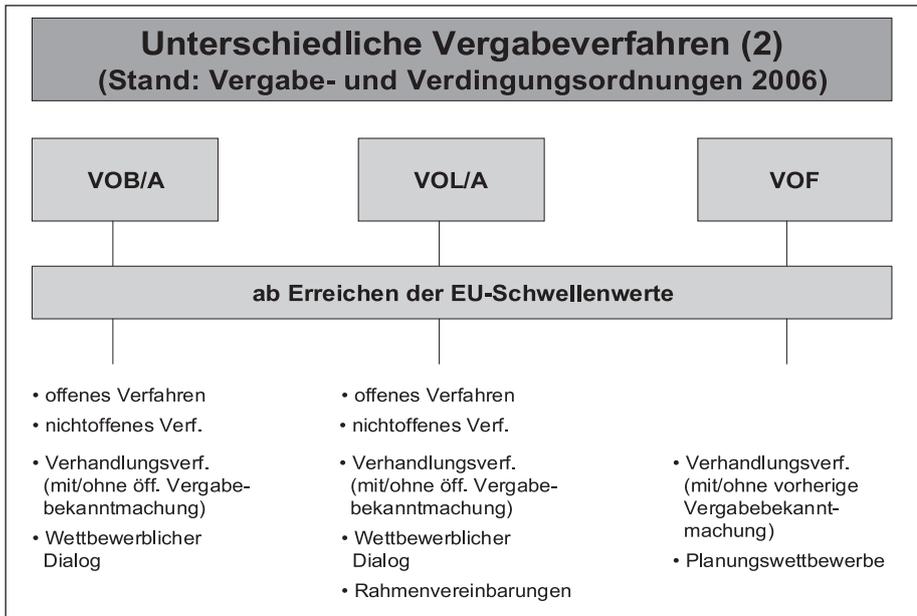


Bild 2: Unterschiedliche Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte, Stand 2006 der Vergabe- und Verdingungsordnungen

Unterschiedliche Vergabeverfahren

Die Reformierung des Vergaberechts ist nach wie vor im Fluss. Angestoßen wurde die letzte Reformwelle dadurch, dass am 30.04.2004 zwei neue Vergaberichtlinien der EU in Kraft getreten sind – einerseits die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, andererseits die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG. Beide Richtlinien hätten bis zum 31.01.2006 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Nachdem die rot-grüne Bundesregierung zunächst das Ziel einer umfassenden Reform des Vergaberechts verfolgte, im Rahmen derer die VOL/A und die VOF hätten aufgehoben und die VOB/A hätte entschlackt werden sollen, gibt es nun unter der neuen Bundesregierung eine Novellierung der gesetzlichen Regelungen und eine Umsetzung der Vergaberichtlinien „im bestehenden System“³. Eine wesentliche Folge ist, dass auch in Zukunft das sog. Kaskadenprinzip Anwendung findet und für die Vergabe von Leistungen über die Vergabeverordnung (VgV) auf die VOB/A, die VOL/A und die VOF verwiesen wird.

Das bedeutet für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, dass weiterhin genau zu untersuchen ist, welche Leistung unter welche Verdingungs- bzw. Vergabeordnung fällt, um zu ermitteln, welches Vergabeverfahren Anwendung findet.

Alle drei Verdingungsordnungen sind im Jahr 2006 neu bekannt gemacht worden⁴.

³ Vgl. zur Reformdebatte, Steiner, Neues zum Vergaberecht: Reformchaos und kein Ende, *Altlastenspektrum* 2/2006, S. 113 bis 116.

⁴ Die VOF ist bekannt gemacht worden am 16.03.2006, die VOL/A am 06.04.2006 und die VOB/A am 20.03.2006.

⁵ Die Schwellenwerte der Verdingungsordnungen werden ebenfalls in dem Entwurf der Neufassung der VgV geändert und leicht angehoben. Sie betragen nach der Neufassung 211 000 Euro für die VOL/A und die VOF sowie 5 278 000 Euro für die VOB/A.

Da die novellierte VgV jedoch bisher nur als Entwurf vorliegt und es in der geltenden VgV keine dynamische Verweisung auf die Neuregelungen gibt, gelten weiterhin die Verdingungsordnungen in der Fassung von 2002. Aufgrund dessen, dass die Novellierung der VgV noch in diesem Jahr erfolgen soll, werden hier die Neufassungen zu Grunde gelegt und die wesentlichen Änderungen in ihren Grundzügen vorgestellt.

Allen drei Verdingungs- bzw. Vergabeordnungen ist es gemein, dass sie eine Unterscheidung vornehmen, ob die Vergabe ober- oder unterhalb des jeweiligen Schwellenwertes erfolgt⁵. Die wesentliche Folge bei einem Erreichen der Schwellenwerte ist, dass in diesem Fall eine EU-weite Vergabe zu erfolgen hat. Die VOF schreibt für Vergaben unterhalb des Schwellenwertes kein spezielles Verfahren vor. Allerdings sehen die Haushaltsordnungen des Bundes, der Länder und der Gemeinden als Ausfluss des Grundsatzes einer sparsamen Haushaltsführung teilweise vereinfachte Vergabeverfahren oder Preisanfragen vor.

Für die Vergabe von Bauleistungen und Leistungen unterhalb der Schwellenwerte nach der VOL/A sind die ersten Abschnitte der VOB/A und der VOL/A anwendbar. Beide Regelwerke sehen in abgestufter Form eine öffentliche Ausschreibung und ausnahmsweise eine beschränkte Ausschreibung mit oder ohne öffentlichen Teilnehmerwettbewerb vor. Unter engen Voraussetzungen ist auch eine freihändige Vergabe möglich, wobei bezüglich dieser Vergabeart nur die VOL/A das Institut eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs kennt (siehe **Bild 1**).

Oberhalb der Schwellenwerte sehen sowohl die VOL/A als auch die VOB/A in den Abschnitten 2 bis 4 ein offenes Verfahren und ausnahmsweise ein nichtoffenes Verfahren und ein Verhandlungsverfahren mit

oder ohne öffentliche Bekanntmachung vor. Neu eingeführt werden zur Umsetzung der EU-Richtlinien der sog. Wettbewerbliche Dialog und, allerdings nur in die VOL/A, die Möglichkeit von Rahmenvereinbarungen. Die VOF sieht abweichend davon lediglich ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorheriger Vergabebekanntmachung sowie Planungswettbewerbe vor (vgl. **Bild 2**).

Es wird deutlich, warum die Zuordnung der Leistungen der Sanierungsmaßnahmen zu den einzelnen Vergabeordnungen so wichtig ist: Jede einzelne sieht ganz unterschiedliche Vergabeverfahren vor. Außerdem unterscheiden sich die Schwellenwerte für eine europaweite Ausschreibung enorm: Nach dem Entwurf der Bundesregierung vom 28.06.2006 zur Änderung der Vergabeordnung sollen für die VOF und die VOL/A ein Schwellenwert von 211 000 Euro und für die VOB/A von 5 278 000 Euro gelten.

Die Abgrenzung der jeweiligen Leistungen, die unter die verschiedenen Verdingungs- bzw. Vergabeordnungen fallen, geschieht an Hand der gesetzlichen Definitionen: § 1 VOB/A definiert Bauleistungen als die Herstellung, Instandhaltung, Änderung und Beseitigung baulicher Anlagen. Als Anhaltspunkt können die einzelnen Regelungen der VOB/C dienen, die auf die einschlägigen DIN-Normen verweisen. Die VOL/A definiert in § 1 Lieferungen und Leistungen im Anwendungsbereich als vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistungen. Die VOF enthält in § 2 Abs. 2 lediglich eine negative Abgrenzung zu Leistungen nach der VOL/A⁶. Positiv formuliert kann man sagen, dass es sich um freiberufliche Leistungen handelt, die geistig-schöpferischer Natur sind.

Stufen der Altlastenbearbeitung

Um zu bestimmen, welche Leistungen genau erbracht und gegebenenfalls vergeben werden müssen, muss man sich zunächst verdeutlichen, welche Stufen die Altlastenbearbeitung durchläuft. Das entsprechende Prüfungsprogramm ergibt sich im Wesentlichen aus den gesetzlichen Regelungen des Bundes-Bodenschutzgesetzes (BBodSchG) und der Bundes-Bodenschutzverordnung (BBodSchV).

Der erste Schritt der Altlastensanierung ist die Durchführung einer Historischen Untersuchung auf einer Altlastenverdachtsfläche. Für diese Untersuchung finden sich keine Regelungen im Gesetz, allerdings gibt es erläuternde Hinweise in Ziff. 2.1 des Anhangs zur Verordnung über Sachverständige für Bodenschutz und Altlasten NRW vom

⁶ Die Abgrenzung ist ausführlich und praxisbezogen dargestellt bei Kaufhold/Mayerhofer/Reichl, *Kommentar zur VOF*, Köln 1999, S. 140-147.

23.06.2002 (SV-BodAltVO). Es handelt sich dabei inhaltlich um eine beprobungslose Datenaufnahme mit dem Ziel der Lokalisierung möglicher Kontaminationsbereiche und einer ersten Abschätzung eines Gefährdungspotenzials⁷.

Hieran schließt sich gem. § 3 Abs. 3 BBodSchV die Orientierende Untersuchung und nach § 3 Abs. 4, 5 BBodSchV die Detailuntersuchung an. Diese Untersuchungen basieren auf Probennahmen, wobei die Detailuntersuchung der Gefährdungsabschätzung dient, so wie sie in § 9 Abs. 2, Satz 1 BBodSchG normiert ist.

Im Fall der Sanierungsbedürftigkeit soll die zuständige Behörde von dem zur Sanierung Verpflichteten nach § 13 Abs. 1, Satz 1 BBodSchG die notwendigen Untersuchungen über Art und Umfang der erforderlichen Sanierungsmaßnahmen, also die Durchführung einer Sanierungsuntersuchung verlangen. Auf dieser Basis kann die Behörde im Anschluss vom Sanierungspflichtigen die Aufstellung eines Sanierungsplanes verlangen (§ 13 Abs. 1, Satz 1 BBodSchG) oder nach § 14 Abs. 1 BBodSchG selbst einen solchen erstellen.

Dieser Plan ist dann die Grundlage für die Sanierungsdurchführung, die sich an den gesetzlichen Regelungen des § 2 Abs. 7 BBodSchG i.V.m. § 5 BBodSchV orientiert. Da eine sanierte Fläche gegebenenfalls weiterhin beobachtet werden muss, ist die letzte Stufe der Altlastenbearbeitung die Nachsorge und Überwachung nach § 15 BBodSchG (siehe Bild 3).

Vergaberechtliche Einordnung der einzelnen Leistungen

Jede der genannten Stufen der Altlastenbearbeitung erfordert sehr unterschiedliche Leistungen, die im Folgenden anhand der dargestellten Abgrenzungskriterien den jeweiligen Verdingungs- bzw. Vergabeordnungen zugeordnet werden sollen.

Die Historische Untersuchung beinhaltet eine beprobungslose Datenaufnahme: gegebenenfalls eine Archivrecherche, die Auswertung von Schriftgut, Karten und Luftbildern sowie die Erstellung eines entsprechenden Gutachtens. Der Umfang der einzelnen Leistungen ergibt sich erst aus den tatsächlichen Gegebenheiten. Der Schwerpunkt der Tätigkeit ist die Ermittlung des Untersuchungsprogramms und die gutachterliche Leistung der Bewertung der Daten. Damit kann das Leistungsbild der historischen Untersuchung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, sondern ist eine geistig-schöpferische Leistung und somit der VOF zuzuordnen.

Bei der Orientierenden Untersuchung und der Detailuntersuchung, die über ein

einheitliches Leistungsprogramm verfügen, stellt sich die Abgrenzung zwischen freiberuflichen Leistungen nach der VOF und Leistungen nach der VOL/A schon als schwieriger heraus. Darüber hinaus kommen in dieser Phase auch Leistungen in Betracht, die nach den Vorschriften der VOB/A zu vergeben sind. Dazu gehören zum Beispiel Großbohrungen und Erdaufschlüsse, die nach der VOB/C unter Verweis auf die DIN 18300 betreffend Erdarbeiten oder, die DIN 18301 betreffend Bohrarbeiten, Bauleistungen sind. Keine Schwierigkeiten bereitet die Zuordnung der Erstellung des Untersuchungsprogramms, der Gefährdungsabschätzung und der Erstellung der abschließenden Gutachten als geistig-schöpferische Leistung zur VOF. Die als Gegenargument gelegentlich angeführte detaillierte gesetzliche Regelung ändert an dieser Einschätzung deshalb nichts, weil die Leistung gerade darin besteht, zu entscheiden, welche Maßnahmen in welcher Weise sinnvoll durchgeführt werden können und sollen.

Zu differenzieren ist jedoch bei den Probennahmen. Die Durchführung der Beprobung kann in der Regel abschließend beschrieben werden. Allerdings sind nur dann sinnvolle Ergebnisse zu erwarten, wenn etwa der Ort und die Tiefe der Beprobung anhand der tatsächlichen Begebenheiten richtig ausgewählt sind. Insoweit kann für die Abgrenzung auf das Kriterium abgestellt werden, ob die Leistung schon vor Beginn der Arbeiten endgültig beschreibbar ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber die Probennahmestelle und -tiefe vorgibt. Dagegen überwiegt das Geistig-schöpferische, wenn der Gutachter die Planung selbst übernimmt. Diese Kriterien können auch auf die Zuordnung von Klein-

rammbohrungen und Labor- sowie Feldversuche übertragen werden.

Hinsichtlich der Laboranalytik kann nicht allein auf den Zeitpunkt der Beschreibbarkeit der Leistung abgestellt werden. Diese Leistung wird in aller Regel der VOL/A zugeordnet werden können. Sie ist durch DIN-Normen so detailliert beschrieben, dass ein schöpferischer Anteil nahezu entfällt. Nur wenn der Schwerpunkt nicht in der Lieferung von Laborergebnissen, sondern in der Bewertung von Analysen zu sehen ist, kann ausnahmsweise eine Zuordnung zur VOF in Betracht kommen.

Nach der Detailuntersuchung steht in der Regel fest, ob Sanierungsbedarf besteht. Insofern muss eine Sanierungsuntersuchung durchgeführt und im Anschluss daran ein Sanierungsplan erstellt werden. Die Erstellung des Planes selbst ist eine geistig-schöpferische Leistung und deshalb eine nach der VOF zu vergebende Leistung. Auch bezüglich dieser Leistung überzeugt das Gegenargument einer genauen gesetzlichen Regelung in § 13 BBodSchG und im Anhang 3 Ziff. 2 BBodSchV nicht. Zum gleichen Ergebnis kommt man für das Gutachten über die Sanierungsuntersuchung. Für die Sanierungsuntersuchung selbst kann, soweit noch ergänzende Untersuchungen notwendig sind, auf die Ausführungen zur Orientierenden und zur Detailuntersuchung verwiesen werden. Ansonsten liegt der Schwerpunkt der Leistung hier in der Zusammenstellung und Bewertung von Daten und damit auch auf geistig-schöpferischem Gebiet.

In der Phase der Durchführung der Altlastensanierung finden sich Leistungen, die allen drei Verdingungs- bzw. Vergabeordnungen zuzuordnen sind. Zunächst sind hier diejenigen Maßnahmen zu nennen,

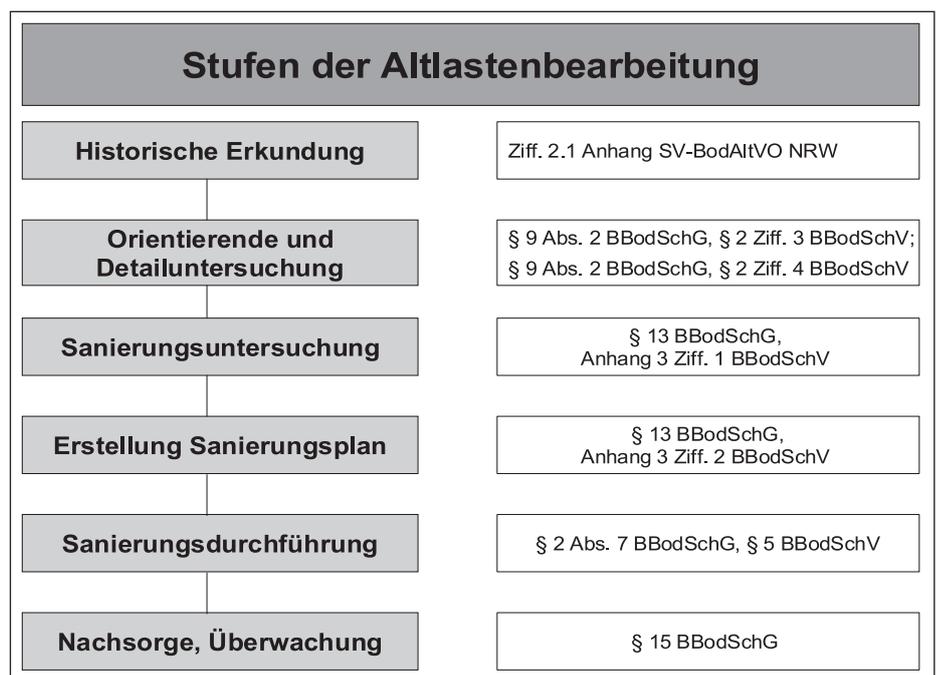


Bild 3: Stufen der Altlastenbearbeitung: Die unterschiedlichen Leistungen müssen den verschiedenen Vergabe- und Verdingungsordnungen zugeordnet werden

⁷ Ingenieurtechnischer Verband Altlasten e.V. (Hrsg.), Arbeitshilfe A1-1: Vergabe und Honorierung von Gutachter-, Ingenieur- und Planungsleistungen im Altlastenbereich, Berlin 2001, S. 5.

die Bauleistungen i.S.d. VOB/A darstellen: dazu gehören etwa der Abriss alter Anlagen, die Sicherungsmaßnahmen, die Dekontamination und die Errichtung von Sanierungsanlagen wie zum Beispiel von Sanierungsbrunnen.

Schwierig ist die Abgrenzung hinsichtlich des Transportes und Entsorgung von Bodenaushub und Bauschutt. Grundsätzlich lässt sich aus Nr. 4.1.11 und 4.1.12 der VOB/A DIN 18299 entnehmen, dass diese Leistung der VOB/A unterliegt, soweit es sich um eine Nebenleistung der Bauleistung handelt. Dies ist nur dann der Fall, wenn es sich um Abfall aus dem Bereich des Auftragnehmers handelt oder wenn es um die Entsorgung von Abfall aus dem Bereich des Auftraggebers bis zu einer Menge von 1m³ geht und keine Schadstoffbelastung vorliegt. Im Übrigen handelt es sich bei der Entsorgung von Abfällen um Leistungen, die der VOL/A unterliegen.

Der Betrieb der Sanierungsanlage ist von der Instandhaltung der baulichen Anlage abzugrenzen, die nach der VOB/A eine bauliche Leistung darstellt. Der Betrieb selbst ist eine Leistung nach der VOL/A.

Es bleibt zu erörtern, wie die gutachterliche Begleitung und Überwachung der Durchführung der Sanierungsmaßnahme einzuordnen ist. Als mögliche Leistungsmerkmale sind hier die Bauoberleitung (BOL), die Objektbetreuung, die örtliche Bauüberwachung (öBÜ), das Entsorgungsmanagement und die Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordination (SiGeKo) zu nennen. Die EU-Kommission hat in mehreren Vertragsverletzungsverfahren die Position vertreten, dass es sich dann um Leistungen handelt, die nach der VOL/A zu vergeben sind, wenn sie anhand von Leistungsbildern der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) beschreibbar sind. Diese Einordnung kann man aus mehreren Gründen kritisieren. Zum einen ist die HOAI nach der Rechtsprechung des BGH eine reine Vergütungsordnung⁸ und normiert den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen gerade nicht. Zum anderen kommt es bei der Vergabe derartiger Gutachterleistungen maßgeblich darauf an, diese richtig zu planen und das richtige Maß anhand des Notwendigen zu bestimmen. Deshalb kann man diese Leistungen jedenfalls dann mit guten Gründen der VOF zurechnen, wenn das Moment der Planung bei der Überwachung und Begleitung der Sanierungsdurchführung in den Vordergrund tritt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die altlastenbezogenen Sanierungsmaßnahmen eine sehr große Zahl von Einzelleistungen umfassen. Diese sind allen drei Verdingungs- bzw. Vergabeordnungen zuzuordnen. In der Regel ist die Abgrenzung eindeutig. Größere Probleme werfen

besonders solche Leistungen auf, die im Detail im Gesetz beschrieben sind. Hier ist genau zu prüfen, ob sich daraus schon eine abschließende Beschreibbarkeit i.S.d. VOL/A ableiten lässt oder ob wegen des Elements der Planung und Konzeption weiterhin eine geistig-schöpferische Leistung vorliegt, die dann nach den Vorschriften der VOF zu vergeben ist.

Behandlung gemischter Aufträge

In der Praxis ist oft zu überlegen, ob mehrere Leistungen zusammen vergeben werden können. Daraus ergibt sich die Frage nach der Behandlung so genannter gemischter Aufträge. Diese Aufträge setzen jedoch zunächst voraus, dass eine gemeinsame Vergabe verschiedenartiger Leistungen überhaupt zulässig ist. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei ist, den Inhalt eines öffentlichen Auftrages nach seinen Bedürfnissen und seinem Ermessen zu gestalten⁹. Die Grenze wird allerdings gem. § 3 Abs. 2 VgV und nach den Verdingungsordnungen dadurch gesetzt, dass ein Auftrag nicht allein zur Umgehung der Schwellenwerte zusammengefasst werden darf.

Eine abweichende Wertung von diesem Grundsatz sieht das Vergabehandbuch des Bundes zur VOB/A (VHB) für Bauleistungen vor, die in der Regel nicht mit Leistungen vergeben werden sollen, die unter die VOL/A fallen¹⁰. Gerade hier stellt sich das Problem, dass auf diese Weise der niedrigere Schwellenwert der VOL/A umgangen werden kann. Eine Ausnahme sieht Ziff. 4 VHB zu § 4 VOB/A vor, wenn die Voraussetzungen des § 4 Nr. 3, Satz 2 VOB/A vorliegen, also wirtschaftliche oder technische Gründe für eine zusammengefasste Vergabe gegeben sind. Damit ist eine zusammengefasste Vergabe in der Regel möglich; bei Leistungen nach der VOB/A und der VOL/A jedoch nur ausnahmsweise unter den genannten Voraussetzungen.

Werden die verschiedenen Leistungen gemeinsam vergeben, gilt es zu klären, welches Vergaberegime anzuwenden ist. Einigkeit besteht darüber, dass entscheidend ist, wo der Schwerpunkt der Leistung liegt. Allerdings gibt es unterschiedliche Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Schwerpunktes des Auftrags. In Betracht kommt einerseits der Wert der Leistungen (main value test) und andererseits der hauptsächliche Gegenstand (main object test)¹¹. Unter anderem in Anlehnung an § 1a Ziff. 1 Abs. 2 VOL/A wird für die Abgrenzung zwischen Dienstleistungen und Lieferungen auf den Wert abgestellt. Dies dürfte

entsprechend auch für die Abgrenzung zwischen Leistungen nach der VOF und der VOL/A gelten. Dagegen stellt die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung für die Abgrenzung, bei der eine Bauleistung beteiligt ist, maßgeblich auf den Hauptgegenstand des Auftrages ab. Dieser muss anhand der Bedeutung der verschiedenen Leistungen für den konkreten Vertrag ermittelt werden, wobei der Wert der Leistungen natürlich ebenfalls als Argument dienen kann. In der Literatur gibt es Stimmen, die bei der Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungen im Zweifel zu Gunsten der Anwendbarkeit der VOB/A entscheiden wollen. Eine solche Auslegung ist aber deshalb abzulehnen, weil so der bewusst niedrigere Schwellenwert für Leistungen nach der VOL/A neben dem erheblich höheren der VOB/A jede Bedeutung verlieren würde.

Damit stellt sich in der Praxis wegen des gravierend unterschiedlichen Schwellenwertes ganz wesentlich die Frage nach dem Hauptgegenstand des Vertrages, etwa wenn kontaminierter Boden ausgehoben und anschließend entsorgt wird. Sehr oft wird der Wert der Entsorgung den des Aushubs übertreffen. Aber ist damit die Entsorgung der Hauptgegenstand? Es wird auf den Einzelfall ankommen.

Schließlich kann sich diese Frage in der Praxis auch umgekehrt stellen. So etwa, wenn mehrere gutachterliche Leistungen gerade getrennt voneinander vergeben werden sollen. Auch das ist grundsätzlich möglich. § 97 Abs. 3 GWB bestimmt sogar, dass kleinere Unternehmen durch Teilung von Aufträgen in Fach- und Teillose angemessen bei der Auftragsvergabe berücksichtigt werden sollen. § 4 Abs. 5 VOF ergänzt diese Regelung dahingehend, dass kleine Büroorganisationen und Berufsanfänger bei Vergaben entsprechend berücksichtigt werden sollen. Verschiedene Leistungen können also beliebig auf mehrere Aufträge verteilt werden, sofern die Schwellenwerte nicht missbräuchlich unterschritten werden.

Eine solche getrennte Vergabe mehrerer Leistungen wirkt sich auf das Vergabeverfahren allerdings nur dann aus, wenn die Auftragswerte nicht addiert werden müssen. Unterstellt, ein Auftraggeber hat etwa mehrere Ingenieurleistungen zu vergeben, wie die Bauoberleitung (BOL, angenommener Wert: 30 000 Euro), die Objektbetreuung (10 000 Euro) und die örtliche Bauüberwachung (öBÜ: 180 000 Euro), so läge der Gesamtwert der Leistungen über dem Schwellenwert, die Einzelleistungen darunter.

Ob in diesem Fall die Auftragswerte zu addieren sind, ergibt sich hier aus § 2 Abs. 5 der Vergabeverordnung und aus § 3 Abs. 3 VOF. Die Auftragswerte müssen bei der Berechnung des geschätzten Gesamtwertes addiert werden, wenn es sich um Teile derselben Leistung handelt. Dies ist sicher für

⁹ Müller-Wrede, *Kommentar zur VOF*, Düsseldorf 1999, S. 53.

¹⁰ Ingenstau/Korbion, *Kommentar zur VOB*, 15. Aufl., Kvelaer 2003, § 1 VOB/A Rn. 26.

¹¹ Ingenstau/Korbion, *a.a.O.*, § 99 GWB Rn. 25).

⁸ BGH NJW 1981, S. 2351.

mehrere Leistungen bei der Objektplanung von Ingenieurbauwerken, hier die BOL und die Objektbetreuung, der Fall. Das ergibt sich schon daraus, dass es sich um zwei Leistungsphasen nach § 55 HOAJ handelt. Anders verhält es sich mit der örtlichen Bauüberwachung. Dabei handelt es sich nicht um eine Leistung des Objektplaners, sondern um die eines Fachplaners. Mithin sind im geschilderten Fall bei einer getrennten Vergabe der Leistungen nur die Werte der Projektbetreuung und der BOL zu addieren, mit der Folge, dass der Schwellenwert der VOF nicht überschritten wird.

Es wird deutlich, dass die Frage, welche Leistungen zusammen oder getrennt vergeben werden dürfen, in der Praxis eine bedeutende Rolle spielt. Schwierige Fragen, wie die nach dem Schwerpunkt des Vertrages bei mehreren Leistungen und die damit zusammenhängende Frage nach der Zuordnung zu den verschiedenen Verbindungs- und Vergabeordnungen oder die Frage nach der Trennbarkeit von Leistungen, sind im Einzelfall zu beantworten. Immer zu berücksichtigen ist jedoch, dass keine Konstruktion allein zur Umgehung der gesetzlich vorgesehenen Schwellenwerte für die europaweite Ausschreibung gewählt werden darf.

Zulässigkeit eines verkürzten Verfahrens

Schließlich stellt sich in der Praxis oft die Frage, wann die Durchführung eines verkürzten Verfahrens möglich ist. Ein häufiger Anwendungsfall ist dabei eine gewisse Eilbedürftigkeit von Sanierungsmaßnahmen. Die VOL/A und die VOB/A sehen für diese Fälle ein abgestuftes Prüfungsprogramm vor. Nach § 3 Nr. 4f VOL/A und § 3 Nr. 4d VOB/A ist in besonders dringlichen Fällen eine freihändige Vergabe zulässig. Eine beschränkte Ausschreibung erfordert nach § 3 Nr. 3c VOB/A und nach § 3 Nr. 3d VOL/A jedenfalls noch eine Dringlichkeit der Leistung.

Zur Frage, wann eine Leistung dringlich ist, hat das Verwaltungsgericht Aachen in

jüngster Zeit zwei beachtenswerte Aussagen getätigt¹². Das Gericht war in dem zu entscheidenden Fall zuständig, weil es nicht um Rechtsschutz im Vergabeverfahren, sondern um die Rückforderung öffentlicher Mittel für die Durchführung einer Sanierung ging.

Das Gericht führte zunächst aus, dass „der vergaberechtliche Begriff der Dringlichkeit [...] nicht losgelöst von den materiellen Wertungen des Altlasten- bzw. Bodenschutzrechts vorgenommen werden“ kann. Daraus zog das Gericht den Schluss, dass jedenfalls in den Fällen, in denen die zuständige Behörde eine Anordnung zur sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2, Satz 1 Nr. 4 VwGO treffen kann, die Annahme einer Dringlichkeit gerechtfertigt ist.

Begründet wird die Entscheidung damit, dass dann, wenn ein hohes Gefährdungspotenzial eine solche Maßnahme im öffentlichen Interesse ermöglichen würde, ein verkürztes Vergabeverfahren ebenfalls im öffentlichen Interesse liegen muss. Diese Argumentation überzeugt nicht nur insoweit, als eine gewisse Kongruenz innerhalb der rechtlichen Bewertung einer bestimmten Gefahrenlage herbeigeführt wird. Sie überzeugt vor allem deshalb, weil auch die Begriffe des Vergaberechts nicht losgelöst von Wertungen des für die jeweilige Leistung maßgeblichen Rechts betrachtet werden können.

Aus dem Urteil lässt sich weiter ablesen, dass auch der Ablauf einer gewissen Zeit bis zur Vergabe der eigentlichen Sanierungsmaßnahme, in diesem Fall etwa drei Jahre, an der Annahme der Dringlichkeit nichts ändert. Dies wird darauf gestützt, dass die konkrete Gefährdungslage zu jedem Zeitpunkt besteht und so jederzeit ein beschränktes Verfahren zulässig ist. An dieser Stelle lässt sich schon fragen, ob diese Annahme nicht doch die Anwendung des Vergaberechts zu unterlaufen im Stande ist. Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Gefährdungslage jederzeit im öf-

fentlichen Interesse Eile gebietet und auch eine Anordnung der sofortigen Vollziehung bezüglich einer beschiedenen Sanierungspflicht jederzeit noch möglich wäre.

Die Argumentation des Verwaltungsgerichtes kann sich auf zwei Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes (VGH) Mannheim und des VGH München, die sich mit der Frage der Zulässigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs im Fall einer bestehenden Gefährdungslage befassen, stützen. Das VGH Mannheim hat die Anordnung des Sofortvollzugs auch dann für rechtmäßig erachtet, wenn die Schadstoffeinträge in den Boden bereits 22 Jahre zurück liegen¹³. Nach dem Beschluss des VGH München ist es unschädlich, wenn die Behörde seit der ersten Kenntnis von den Bodenveränderungen sieben Jahre benötigt hat, um eine Detailuntersuchung anzuordnen¹⁴. Beide Entscheidungen sind von dem Gedanken getragen, dass dem Boden- und Grundwasserschutz und damit einer möglichst raschen Sanierung ein besonders hohes Gewicht zukommt.

Schlussbemerkung

Das Vergaberecht ist eine komplexe Materie, deren Reformierung ständig voranschreitet. Die Anwendung der gesetzlichen Regelungen ist gerade in dem wirtschaftlich bedeutenden Bereich der altlastenbezogenen Sanierungsmaßnahmen kompliziert, besonders auch, weil sich speziell in diesem Bereich immer wieder Abgrenzungsprobleme zwischen den verschiedenen Verbindungs- und Vergabeordnungen zeigen. Für viele praktische Fälle gibt es nur wenige, durch die Rechtsprechung gesicherte Anhaltspunkte für die Abgrenzung. Es bleibt zu hoffen, dass das System des Vergaberechts in Zukunft vereinfacht wird oder sich zumindest eine gesicherte Rechtsprechung entwickelt. ■

¹³ VGH Mannheim, Beschluss vom 03.09.2002, DÖV 2003, S. 421 (423).

¹⁴ VGH München, Beschluss vom 07.11.2002, Az.: 22 CS 02.2577.

¹² VG Aachen, Urteil vom 10.05.2006, Az. K 2724/03, Fundstelle Jurion.de, Volltext-ID: 3K251380.