



zu Drs. Nr. 128/13

**Zur
Veröffentlichung
freigegebener Prüfbericht**

Der Kreistag des Kreises Düren hat mit Beschluss vom 24.06.2015 (Drs. Nr. 241/15, TOP 29) festgelegt, dass die Einzelprüfberichte des Rechnungsprüfungsamtes *nach* ihrer Beratung im Rechnungsprüfungsausschuss der Öffentlichkeit (unter Wahrung personen- oder unternehmensbezogener Daten) zugänglich gemacht werden können.

Beratung im Rechnungsprüfungsausschuss des Kreises Düren: 25.06.2013

Nachdruck oder Verwendung dieses Prüfberichts oder einzelner Teile hieraus
nur mit Genehmigung des Kreises Düren.

Allgemeine Verwaltungsprüfung
Prüfdokumentation

**Die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb des
Schwellenwertes**

Allgemeine Verwaltungsprüfung
Prüfdokumentation

Die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb des Schwellenwertes

Kreis Düren Rechnungsprüfungsamt

Bismarckstraße 16
52351 Düren

Haus A, Zimmer 192

Tel. 02421 – 22 2260
Fax. 02421 - 22 182258

www.kreis-dueren.de
E-Mail: amt14@kreis-dueren.de

Einleitung

Die in der Verwaltung vergebenen freiberuflichen Leistungen bewegen sich zu 99 % im Unterschwellenbereich, also unterhalb des derzeit gültigen Wertes i.H.v. 200.000 € netto. Aus diesem Grunde soll auch in diesem Beitrag lediglich das **nationale Vergabeverfahren** thematisiert werden. Oberhalb des Schwellenwertes bestehen ausreichende formale Vorgaben zur Durchführung eines Vergabeverfahrens.

Eine einheitliche Verfahrensweise im gesamten Verwaltungsbereich, vergleichbar den Vergaben im Bereich der VOB und VOL, ist derzeit nicht gegeben und auch die Zentrale Vergabestelle (ZVS) ist in dieses Vergabeverfahren nicht eingebunden.

Ziel dieses Beitrages soll es deshalb sein, Erläuterungen zu einer **sachgerechten Vergabe** und **Empfehlungen zur Umsetzung von einheitlichen Verfahrensvorschriften** für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen zu geben.

Die Prüfung wurde durchgeführt von Verwaltungsprüferin

Einordnung freiberuflicher Leistungen in Abgrenzung zur VOL

Unter § 1 VOL/A, 2. Spiegelstrich wird der Anwendungsbereich von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten wird, ausgeschlossen. **Anders als oberhalb des Schwellenwertes ist hierbei nicht relevant, ob eine Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist oder nicht.** Normalerweise wird davon ausgegangen werden dürfen, dass eine freiberufliche Tätigkeit vorliegt, wenn sie von einem Angehörigen eines Katalogberufes oder eines ähnlichen Berufes angeboten und erbracht wird.

Die **Abgrenzung** zwischen freiberuflichen und sonstigen Leistungen ist unterhalb der Schwellenwerte **von erheblicher Bedeutung**, da für freiberufliche Leistungen unterhalb des Schwellenwertes lediglich haushaltsrechtliche Bestimmungen gelten, ansonsten besteht die Möglichkeit einer **Vergabe ohne Bindung an bestimmte Verfahrensvorschriften** – es handelt sich dann nicht einmal um eine freihändige Vergabe im Sinne von § 3 Nr.1 Abs.3 VOL/A.

Nur wenn eine freiberufliche Leistung ausschließlich von Gewerbetreibenden erbracht wird, findet der 1. Abschnitt der VOL Anwendung.

Zur **Begriffsbestimmung einer freiberuflichen Leistung** lässt sich auf § 1 Abs.2 des Gesetzes über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe zurückgreifen. Danach haben "die Freien Berufe 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. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist 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, Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildbe-

richterstatte, Dolmetscher, Übersetzer und ähnliche Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher."

Diese Aufzählung ist vergleichbar derjenigen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

Bei den freien Berufen soll es auf individuelle geistige Leistungen oder sonstige persönliche Fertigkeiten ankommen, die in einer in der Regel unabhängigen Stellung einem in der Regel unbegrenzten Personenkreis angeboten werden. Dem Freiberufler wird unterstellt, dass er anders als ein Gewerbetreibender in Zweifelsfällen seine Gewinnerzielungsabsicht hinter seine fachliche Verantwortung für den Auftraggeber, aber auch für die Allgemeinheit, zurückzustellen hat.

Soweit es sich um einen der ausdrücklich genannten Katalogberufe handelt, ist die Abgrenzung noch einfach, schwierig wird es bei den "ähnlichen Berufen". Hier ist der Begriff für die allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung offen. So ist es durchaus möglich, die Tätigkeit eines Unternehmensberaters den freien Berufen zuzuschlagen. Auch im EDV-Bereich haben sich solche Entwicklungen beispielsweise im Hinblick auf die steuerlich lange umstrittene Frage der Abgrenzung zwischen Anwendungsprogrammierung und Systemprogrammierung ergeben.

Es ist die **Aufgabe des Auftraggebers** zu ermitteln, ob hinsichtlich eines bestimmten Vergabeverfahrens zumindest ein **Wettbewerbsverhältnis mit freiberuflich Tätigen** besteht, hierzu benötigt der Auftraggeber wiederum eine gewisse Marktübersicht. Eine Hilfestellung kann auch die steuerrechtliche Einordnung sein, weil dort eine entsprechende Klassifizierung vorgenommen wird.

Anforderungen an die Angebotseinholung freiberuflicher Leistungen

Formale Anforderungen vergleichbar denen der VOB, VOL oder VOF bestehen unterhalb des Schwellenwertes nicht. Zu beachten sind jedoch:

- *die primärrechtlichen Grundanforderungen (Transparenz, Gleichbehandlung, Wettbewerb)*
- *haushaltsrechtliche Bestimmungen*
- *Anforderungen nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW*
- *DA Vergabe der Kreisverwaltung Düren*

Aus den **primärrechtlichen Anforderungen** und den **haushaltsrechtlichen Bestimmungen** des § 25 GemHVO ergibt sich die Notwendigkeit einer transparenten und gleichbehandelnden Vergabe im Wettbewerb, um das wirtschaftlichste Angebot ermitteln zu können.

Die Anforderungen aus dem **Tariftreue- und Vergabegesetz NRW** bzgl. Tariftreuepflicht (§ 4 TVgG-NRW) umweltfreundlicher und energieeffizienter Beschaffung (§ 17 TVgG-NRW), sozialer Kriterien (§ 18 TVgG-NRW) und der Frauenförderung (§ 19 TVgG-NRW) müssen ebenfalls angewendet werden. Darüber hinaus ist auch unterhalb des Schwellenwertes die **Binnenmarktrelevanz** zu prüfen.

Die **DA Vergabe** legt fest, dass mindestens 3 Leistungsanfragen an geeignete Büros zu erfolgen haben, wobei mindestens ein Büro außerhalb des Kreisgebietes ansässig sein soll und die einzelnen Schritte der Vergabe in geeigneter Weise zu dokumentieren sind. Bestandteil dieser Dokumentation sollen die Kostenschätzung,

die Erläuterung, dass es sich um eine freiberufliche Leistung handelt, Kriterien für die Auftragserteilung, Begründung der Auswahl und die Angabe der Auftragshöhe sein.

Darüber hinaus sollte geregelt werden:

Die entsprechende **Eignung der Bieter** ist im Vorfeld oder wahlweise mit Angebotsabgabe, beispielsweise durch ein **Formblatt Eigenerklärung Eignung** in Anlehnung an das bestehende Formular im Bereich VOB und VOL unter Einbindung der Besonderheiten einzuholen.

Durchaus vorstellbar für diejenigen Organisationseinheiten, die regelmäßig freiberufliche Leistungen vergeben (z.B. Architekten- und Ingenieurleistungen) ist ein **Bewerberpool**, dessen Mitglieder bereits einer grundsätzlichen Eignungsprüfung unterzogen wurden, deren Eigenerklärungen in regelmäßigen Abständen aktualisiert und dessen Mitglieder regelmäßig durch neue Mitglieder ersetzt oder ergänzt werden.

Bei Vertragsgegenständen, die eine besondere Eignung oder Erfahrung voraussetzen, ist **je nach Einschätzung, ein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb** sinnvoll, um geeignete Bewerber zu finden.

Ablauf des Vergabeverfahrens

1. Bedarfsplanung, Ermittlung des Auftragswertes, Abklärung der Binnenmarktrelevanz
2. Aufgabenbeschreibung, Zielformulierung
3. Eignungsprüfung (Formblatt Eigenerklärung)
4. Die Angebotsunterlagen sollten bestehen aus:
 - Aufforderungsschreiben (in Anlehnung an die Formblätter VOB u. VOL)
 - exakte Aufgabenbeschreibung (eindeutig und erschöpfend)
 - Vertragsentwurf und ggfls. -anlagen
 - Angaben zu Wertungskriterien und deren Gewichtung (Wertungsmatrix incl. Berechnungsbeispiel)
 - Formblätter TVgG-NRW

Im Aufforderungsschreiben werden die formalen Anforderungen, die zeitlichen Abläufe sowie die einzureichenden Unterlagen vorgegeben.

Von ganz **entscheidender Bedeutung** ist die Erstellung der Aufgaben- oder **Leistungsbeschreibung**, die dergestalt konzipiert sein soll, dass die Abgabe vergleichbarer Angebote möglich ist, sowohl um dem Auftraggeber eine Wertung zu ermöglichen, als auch den Bietern die Möglichkeit der Chancengleichheit zu gewährleisten.

Vertragsentwürfe werden als Mindestbedingungen allen Teilnehmern vorgegeben oder entwickeln sich im Laufe eines Verhandlungsprozesses und werden an dessen Ende strikt vereinbart.

Darüber hinaus muss in den Vergabeunterlagen angegeben werden, in welcher Art und Weise **nach welchen Kriterien gewertet** werden soll, um den Auswahlprozess nachvollziehbar zu gestalten und dokumentieren zu können.

Die Anforderungen nach dem **TVgG-NRW** sind für jeden Einzelfall zu prüfen und entsprechend anzuwenden; Erfahrung im Hinblick auf eine energieeffiziente und nachhaltige Planung kann auch als Wertungskriterium eingesetzt werden.

5. Nach Eingang der Angebote sollten diese formal und fachlich geprüft und bewertet werden. Die Wertungskriterien sind nach der vorab festgelegten **Wertungsmatrix** zu beurteilen.
6. Der gesamte Wertungsvorgang bis zur Beauftragung ist in den einzelnen Schritten zu dokumentieren.

Verfahrensmöglichkeiten bei freiberuflichen Leistungen mit und ohne Honorarordnung

Aufgrund des Ausnahmecharakters von freiberuflichen Leistungen steht bei diesen der **Leistungswettbewerb** im Vordergrund, insbesondere bei Leistungen mit Honorarordnung. Dennoch ist es in beiden Fällen **ausnahmsweise** möglich, den **Preis** als einziges Bewertungsmerkmal festzusetzen, soweit die gesetzten Mindestbedingungen den verbindlichen Standard vorgeben und die Eignung gleichermaßen gegeben ist, weil auch die Honorarordnungen z.B. der Ingenieure und Architekten Komponenten enthalten, die der Honorarordnung entzogen sind, wie beispielsweise:

- besondere Leistungen der in Anlage 2 der HOAI enthaltenen Planungsleistungen der einzelnen Leistungsbilder (z.B. Bestandsaufnahme beim Leistungsbild Gebäude und raumbildende Ausbauten ect.),
- Beratungsleistungen (Umweltverträglichkeitsstudie, thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau, vermessungstechnische Leistungen),
- Projektentwicklung,
- teilweise wird in der Fachliteratur hier auch die Höhe des Umbauschlags benannt,
- Stundenlöhne,
- Nebenkosten.

Abhängig von der jeweiligen freiberuflichen Leistung sind folgende Möglichkeiten vorstellbar:

1. *Eignungsnachweis wird mit Abgabe des Angebotes verlangt oder liegt bereits in aktueller Fassung vor und Mindestbedingungen der gewünschten Leistung werden in der Aufgabenbeschreibung festgelegt. Zur Erbringung der abgefragten Leistung sind mehrere Büros qualitativ in gleicher Weise geeignet, es handelt sich um Standardleistungen. Besondere Leistungen sollen beauftragt werden. In diesem Fall wäre der **Preis das entscheidende Auftragskriterium**.*
2. *Eignungsnachweis wird mit Abgabe des Angebotes verlangt oder liegt bereits in aktueller Fassung vor und vorgegebene Wertungskriterien (Preis und qualitative Anforderungen) werden gewichtet; der **wirtschaftlichste Bieter** wird rechnerisch über eine **Wertungsmatrix** ermittelt.*

3. *Eignungsnachweis wird mit Abgabe des Angebotes verlangt oder liegt bereits in aktueller Fassung vor und vorgegebene Wertungskriterien (Preis und qualitative Anforderungen) werden gewichtet; es folgt ein **zweistufiges Verfahren**, in dem die Bieter in einer **Präsentation** bewertet werden und **anschließend** ein **Angebot** abgeben. Der wirtschaftlichste Bieter wird schlussendlich rechnerisch über eine **Wertungsmatrix** ermittelt.*
4. *Eignungsnachweis wird mit Abgabe des Angebotes verlangt oder liegt bereits in aktueller Fassung vor, es handelt sich um eine **Routineplanung** und die verlangten Leistungen befinden sich allesamt im verbindlichen Teil der HOAI und es fallen keine oder nur geringe Nebenkosten an. Es folgt die Verhandlung mit nur einem Bieter des Bewerbungspools.*
5. *Eignungsnachweis wird mit Abgabe des Angebotes verlangt oder liegt bereits in aktueller Fassung vor, es liegen stichhaltige Gründe vor, die **ausnahmsweise** eine Auftragsvergabe **an einen Bieter** rechtfertigen.*

Beispielhaft sei die Vergabe einer Beratungsleistung genannt, bei welcher im Vorfeld, evtl. über einen Teilnahmewettbewerb, geeignete Bieter ermittelt wurden. Soweit die Mindestbedingungen der gewünschten Leistung konkret in den Vertragsbedingungen festgelegt wurden und es lediglich darum geht, diese zu erfüllen, d.h. eine bessere Leistung als die geforderte nicht ausschlaggebend ist, entscheidet letzten Endes der **Preis** über den Zuschlag, da alle anderen Parameter gleichermaßen erfüllt werden.

Anders sieht es aus, wenn besondere Qualitäten und Erfahrungen den Ausschlag geben sollen. Dann kann die Gewichtung von Preis und Qualität so gewählt werden, dass letzten Endes über den Preis hinaus derjenige Bieter den Auftrag erhält, der die gestellte Aufgabe vermeintlich am besten lösen kann. Die Wertungskriterien und deren Gewichtung sind vorab anzugeben und die anschließende Wertung findet auf der Grundlage einer **Bewertungsmatrix** statt.

Alternativ könnte auch die Auswahl des Bewerbers nach einem **zweistufigen Verfahren** vorgenommen werden, indem z.B. die Bewerber sich in einem ersten Schritt nach einem vorher festgelegten Verfahren analog zu einem VOF-Verfahren präsentieren und im Anschluss daran das Preisangebot abgeben. Die anschließende Wertung erfolgt wiederum auf der Grundlage der vorgegebenen Wertungsmatrix.

Eine Besonderheit stellen in diesem Zusammenhang die sogenannten "**Routineplanungen**" dar, die von den Organisationseinheiten regelmäßig vergeben werden, i.d.R. von allen Ingenieurbüros erbracht werden können und darüber hinaus im verbindlichen Teil der HOAI enthalten sind, bei denen keine besonderen Leistungen anfallen, Zu- und Abschläge feststehen und keine oder nur unwesentliche Nebenkosten anfallen. In diesen Fällen kann eine Vergabe nach Verhandlung mit nur einem Bieter des Bewerberpools erfolgen.

Ergibt sich z.B. **ausnahmsweise** im Vorfeld einer Recherche, dass zur Erbringung einer Leistung aufgrund einer besonderen Spezialisierung nur ein Büro geeignet ist, oder handelt es sich um einen kleineren Folgeauftrag, der sich an einen größeren Auftrag anschließt, so kann der Auftrag ohne Wettbewerb **an einen Bewerber** vergeben werden.

Grundsätzlich kann bei der Auswahl der Bieter unter Wahrung der Transparenz und Gleichbehandlung verhandelt werden, wobei keine Honorarordnung unterschritten werden darf.

Allgemeine Vertragsbedingungen bei Architekten und Ingenieurverträgen

Die allgemeinen Vertragsbedingungen regeln weitere Vertragsbedingungen für Auftraggeber, die regelmäßig Architekten- oder Ingenieurleistungen vergeben. Hierin enthalten sind Vertragsbestandteile, die in der Regel auftragsübergreifend für diese Verträge gelten. Die Besonderheiten des Einzelauftrages werden im separaten Vertrag geregelt. Entscheidend ist, dass sich die Vertragsbedingungen aus Einzelvertrag und allgemeinen Vertragsbedingungen nicht wiederholen bzw. widersprechen und die Vertragsbestandteile regelmäßig überarbeitet und an Neuerungen angepasst werden. So entsprechen die derzeit verwendeten allgemeinen Vertragsbedingungen nicht mehr der neuen HOAI 2009 und müssten demgemäß angepasst werden.

Eine **stichpunktartig** durchgeführte Prüfung ergab, dass u.a. Punkte ergänzt, geändert oder gestrichen werden sollten:

- *§ 1 als Ergänzung:* "Weder der Auftragnehmer noch eine ihm angehörige oder wirtschaftlich verbundene Person dürfen in einem von ihm vertragsgemäß betreuten Vergabeverfahren für einen Bewerber oder Bieter tätig sein."
- *§ 1 als Ergänzung:* "Bei der Vorbereitung der Vergabe dürfen vertragsrechtliche Inhalte nicht in die Baubeschreibung aufgenommen werden. Sie gehören in die Besonderen oder Zusätzlichen Vertragsbedingungen, die ausschließlich vom Auftraggeber erstellt und gepflegt werden."
- *§ 5 Änderung:* "in Papierform oder auf Datenträger".
- *§ 7.6* ist nicht mehr aktuell und sollte wegfallen.
- Aufgenommen werden sollten Regelungen über eine stufenweise Beauftragung von Architekten- und Ingenieurleistungen.

Ein **Abgleich** der gesamten allgemeinen Vertragsbedingungen **auf Aktualität** und Rechtmäßigkeit sollte zeitnah, **u.U. mit Hilfe externen Sachverständes** erfolgen.

Beteiligungsabgrenzung bei freiberuflichen Leistungen

Die **Zuständigkeitsordnung des Kreises Düren** legt fest, dass die Beauftragung einer freiberuflichen Leistung bis 50.000 € netto ein Geschäft der laufenden Verwaltung ist, solange der Zuschlag an den Mindestfordernden erteilt wird oder die Auftragssumme von netto 25.000 € nicht überschritten wird. Darüber hinaus handelt es sich ebenfalls um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, soweit die Vergabe der freiberuflichen Leistung entweder im Fachausschuss (hier: Bauausschuss) vorbereitet wurde oder ein KA-Beschluss hierzu vorliegt. In diesen Fällen gilt keine preisliche Begrenzung.

Das **Rechnungsprüfungsamt** wird bei Vergaben von freiberuflichen Leistungen ab **15.000 €** netto beteiligt. Die **zentrale Vergabestelle** ist in die Vergabe dieser Leistungen **in keiner Weise involviert**.

Vorschläge zur Verfahrensangleichung und Beteiligung bei freiberuflichen Leistungen

Eine **Verfahrensangleichung** und **regelmäßige Pflege der Vertragsunterlagen** ist nur erreichbar, soweit die Verantwortlichkeit hierfür zentralisiert wird. Nachfolgend sollen die wichtigsten Handlungsschritte zur kreisverbindlichen Strukturierung aufgezeigt werden:

- Zur Vereinheitlichung von Vergabeverfahren freiberuflicher Leistungen im Hinblick auf die Durchführung des Verfahrens und die Erstellung und Aktualisierung von Vertragsformularen und –anlagen sollte **eine Organisationseinheit verbindlich bestimmt werden**.
- Kleinere Aufträge zur Vergabe freiberuflicher Leistungen können nach Feststellung der Eignung ohne Vergleichsangebote vergeben werden, die Rechnungsprüfung sieht hier eine geschätzte Auftragshöhe bis **1.000 €** als vertretbar an. Auftragswert ist das Honorar ohne Nebenkosten und Mehrwertsteuer. Das gleiche gilt für die o.a. "**Routineplanungen**".
- Die jeweilige fachlich zuständige **Organisationseinheit** ist für die gesamte Abwicklung, die Dokumentation des Verfahrens und die Auftragserteilung zuständig, abgesehen von der Angebotseinholung, die künftig über die ZVS abgewickelt werden sollte.
- Die **ZVS** sollte bei Vergaben **ab 10.000 €** netto eingebunden werden. Der geschätzte Auftragswert errechnet sich ohne Nebenkosten und Mehrwertsteuer. Darüber hinaus müsste die **Dienstanweisung Vergaben** entsprechend **aktualisiert** werden.
- Die **Organisationseinheiten** halten bei ständig zu vergebenden freiberuflichen Leistungen einen **Bewerberpool** vor, dessen Mitglieder die Eignungsprüfung auf der Grundlage eines ausgefüllten Formulars erbracht haben und dessen Aktualität jährlich überprüft wird.

Anmerkung

Die Verwaltung wird um Stellungnahme ersucht, wie und in welcher Weise die vorgestellten Empfehlungen und Hinweise aufgegriffen und unter Beteiligung der betroffenen Ämter umgesetzt werden sollen.

Mit Schreiben vom 05.03.2013 teilt die fachlich zuständige Organisationseinheit mit, dass sie den o.a. Überlegungen offen gegenüber steht, eine Umsetzung aber zeitlich in den Kontext der allgemeinen Evaluierung des Vergabewesens einbeziehen möchte.

Abschließende Bewertung

Die Rechnungsprüfung nimmt die Stellungnahme der Verwaltung zur Kenntnis und erwartet entsprechende Ausführungen und Informationen im Rahmen der Umsetzung einer Evaluierung des Vergabewesens.