

Vergabe und Ausschreibungspflichten für tiefengeothermische Anlagen

RA Reiner Brumme, Fachanwalt Bau- und Architektenrecht, Schlichter + Schiedsrichter
SOBau - Chemnitz, Stand: 20. April 2009

Sprung zu www.ra-brumme.de

Aufgrund der Gesamtkosten üblicher tiefer Geothermieprojekte im zweistelligen Millionenbereich mit untergliederten Kosten der Vorerkundung im einstelligen Millionenbereich, der Bohrungen im zweistelligen Millionenbereich und dem Kraftwerksbau ebenfalls im zweistelligen Millionenbereich sind regelmäßig sowohl die Planungsleistungen als auch die Bohrungen und die Kraftwerksbauleistungen ausschreibungspflichtig. Dies betrifft sowohl öffentliche als auch private Projektträger.

Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV), rechtliche Bestimmungen der Länder wie das Gesetz zur Mittelstandsförderung in Baden-Württemberg, das Gesetz über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern und das Bayerische Gesetz über die Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen sowie der freien Berufe, das Gesetz zur Förderung des Mittelstandes im Lande Brandenburg, das Landesvergabegesetz von Niedersachsen oder das Landesgesetz über die Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen sowie der in der Wirtschaft tätigen freien Berufe von Rheinland-Pfalz sind mit den haushaltrechtlichen Bestimmungen des Bundes und der Länder wie § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO) mit Vorläufiger Verwaltungsvorschrift und § 55 der jeweiligen Landeshaushaltsordnungen (LHO) i. V. mit den in den Gemeindehaushaltsverordnungen praktisch wie in § 55 BHO geregelten Bestimmungen zu beachten und umzusetzen.

Da es sich um Anlagen der Energieversorgung handelt, sind zusätzlich Bestimmungen der EG-Sektorenrichtlinie (SKR) und das Europäische Beihilferecht zu beachten.

Bei Inanspruchnahme von öffentlichen Fördermitteln sind Leistungen ausschreibungspflichtig.

Die Schwellenwerte für öffentliche Ausschreibungen betragen ab 01.01.2008 für Bauvergaben 5.150.000,- €, für Liefer- und Dienstleistungsvergaben des Bundes 133.000,- €, für Liefer- und Dienstleistungsvergaben der Sektorenauftraggeber 412.000,- € und für alle übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträge 206.000,- €¹

Für Bauaufträge einschl. Bohrung ist nach § 2 Nr. 2 lit. b) Ziff. 7 VgV ein weiterer Schwellenwert für Lose von 1.000.000,- € oder bei Losen unterhalb von 1.000.000,- € deren addierter Wert ab 20 vom Hundert des Gesamtwertes aller Lose zu beachten.²

Haushalts- und Zuwendungsrecht fordern eine Ausschreibung aller Aufträge für Projekte, die mit staatlichen Zuwendungen gefördert werden, oberhalb einer Schwelle von 100.000,- € - dabei kann der Zuwendungsempfänger innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Bereichs angesiedelt sein und derartige Leistungen der Erfüllung institutioneller oder projektbezogener öffentlicher Ausgaben wie Forschung und Entwicklung dienen.³

Es werden zunächst geologische, hydrogeologische, geophysikalische und geochemische Planungsleistungen erbracht, die i. d. R. einheitlich Dienstleistungscharakter aufweisen. Etwaige Lieferleistungen hinsichtlich Plänen und Zeichnungen sind nachrangige Teile.

Die Verträge über Leistungen im Rahmen von Vorstudien, Machbarkeitsstudien oder/und Projektplanung sind Dienstleistungsaufträge gem. § 99 Abs. 4 GWB.

Bei Vereinbarung der Projektplanung gemeinsam mit der Bauausführung z. B. im Rahmen eines GÜ-Vertrages umfasst der Bauauftrag auch die Planungsleistung (§ 99 Abs. 3, 2. Alt. GWB).

Bei Aufteilung der Planungsleistungen in mehrere Lose an unterschiedliche Auftragnehmer hat gem. § 3 Abs. 2 + 5 VgV grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen.

Die Planungsleistungen zur Förderung der Erdwärme haben zunächst eine andere wirtschaftliche und technische Funktion als die Planungsleistungen für Kraftwerk oder/und Fernwärmenetz.

Die einheitliche Funktion der nur gemeinsam nutzbaren Planungsleistungen führen zum Ergebnis einer einheitlichen Funktion eines geothermischen Kraftwerkes zur Wärme- oder/und Stromerzeugung.

Der maßgebliche Schwellenwert ist bei üblichen Projekten der tiefen Geothermie regelmäßig überschritten.

Bei stufen- bzw. abschnittsweiser Beauftragung der Ingenieurleistungen für das Fernwärmenetz ist eine Gesamtbetrachtung geboten.

Einzelaufträge und nicht Lose eines Gesamtbauwerkes liegen nur vor, wenn zwischen ihnen kein zwingender praktischer und technischer Zusammenhang besteht. Bauabschnitte bzw. verschiedene Ringleitungen müssten daher jeweils allein für sich eine sachgerechte Nutzung und brauchbare Funktion ermöglichen.

Bei funktionalem Zusammenhang verschiedener Bauabschnitte bzw. Ringleitungen ist bei der Schwellenwertberechnung von der Honorarhöhe für alle Bauabschnitte auszugehen.⁴

Planungsaufträge für die Leistungsphasen 4 - 9 § 55 HOAI sind daher regelmäßig auch bei bauabschnittsweiser Erteilung hinsichtlich Schwellenwertberechnung zusammen zu betrachten.

Im Sektorenbereich sind nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare freiberufliche Dienstleistungen weder nach VOF noch nach VOL/A zu bearbeiten.

Solche Aufträge sind nach den Regelungen in §§ 97 ff. GWB und §§ 1 ff. VgV und im Übrigen nach der Sektorenrichtlinie zu vergeben.

Im Bund und für Länder ist die verbindliche Einführung der Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW 2008) ab 01.01.2009 zu beachten.⁵

Die Ausführungsleistungen umfassen neben den Bohrleistungen die Errichtung mehrerer technischer Anlagen wie Kraftwerk und Leitungssysteme und sind regelmäßig gem. § 1, 1a VOB/A, Art. 1 Abs. 2 lit. b) VKR und § 99 Abs. 3 GWB Leistungen für Bauwerke.

Die Errichtung des Kraftwerkes oder einer Heizanlage macht regelmäßig den Hauptgegenstand aus, wenn auch die Kosten für Lieferung Turbine und Generator bzw. Heizkessel die Baukosten übersteigen können.

Die Leistungspflichten haben i. d. R. die Schaffung eines Bauwerkes in Form des Kraftwerkes/der Heizanlage zum zentralen Gegenstand, womit die Bauleistungen vertragsprägend sind. Die zugrundeliegenden Aufträge sind dann insgesamt Bauaufträge.⁶

Bei Komplettierung kann eine Rohrlieferung den Schwerpunkt nur der Komplettierung bilden, weswegen der Einbau dann Nebenarbeit gem. Art. 1 Abs. 2 lit. c) Abs. 2 VKR mit der Folge der Einordnung der Komplettierung als Lieferleistung ist.

Private als alleinige Projektträger gelten nach § 94 Nr. 4 GWB als öffentliche Auftraggeber (Sektorenauftraggeber), wenn diese auf dem Gebiet u. a. der Energieversorgung auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten tätig werden oder öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 - 3 GWB auf diese Personen einen beherrschenden Einfluss ausüben können.⁷

Private Projektträger gelten damit regelmäßig als öffentliche Auftraggeber und müssen von ihnen vergebene Leistungen öffentlich ausschreiben.

Wegen der knappen Tiefbohrkapazitäten in der Betrachtung befindliche oder ohne vorangegangene öffentliche Ausschreibung abgeschlossene Bohrreservierungsverträge sind regelmäßig vergaberechtswidrig und damit nichtig.

Ohne öffentliche Ausschreibung erfolgter Vertragsabschluss für Planungsleistungen, Tiefbohrleistungen oder/und Kraftwerks- und Leitungsbau ist vergaberechtswidrig und damit nichtig.⁸

Vergaben von Planungsleistungen oder/und Ausführungsleistungen im Rahmen sogenannter Netzwerke oder Kompetenzgruppen verschiedener natürlicher und juristischer Personen ohne vorangegangene öffentliche Ausschreibung aller Leistungen sind regelmäßig vergaberechtswidrig und damit nichtig.

Hinsichtlich nichtiger Verträge besteht für die beteiligten privaten oder öffentlichen Auftraggeber, daneben die handelnden Vertreter dieser Auftraggeber und auch die Auftragnehmer mit ihren gesetzlichen Vertretern entsprechende zivilrechtliche, kommunalrechtliche, beihilfenrechtliche und strafrechtliche Haftung.

Die Vermeidung dieser Haftung ist rechtlich nicht wirksam ausschließbar.⁹

Aufträge im Zusammenhang mit tiefengeothermischen Projekten unterliegen bei Erreichung des jeweils einschlägigen Schwellenwertes regelmäßig sowohl für private als auch öffentliche Projektträger der europaweiten Ausschreibungspflicht.

RA Reiner Brumme, Fachanwalt Bau- und Architektenrecht, Schlichter + Schiedsrichter SOBau - Chemnitz, Stand: 28. Mai 2009

Bei der Realisierung der Ausschreibungspflicht selbst ist bei den Vorgaben der Inhalte, Fristen und Bedingungen einschließlich ökonomischer Erwartungen in Form von Preisvorstellungen die aktuelle Marktlage der zeitlichen Verfügbarkeit und der Kosten von Planungsleistungen, Tiefbohrkapazitäten und von Kraftwerksbauten einschließlich Turbinen und Pumpen zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Bohrung, der Kraftwerksausstattung und Armaturen, Leitungen sowie Pumpen sollten nach Möglichkeit die Standzeiten und Wartungszyklen für eine zeitlich zu bestimmende und auf die zu erwartende Förderleistungen abgestimmte Lebenszykluszeit mit Kostenlimit pro Jahr vorgegeben werden.

Im Vergabeverfahren sind der Wettbewerbsgrundsatz, das Transparenzgebot, das Gleichbehandlungsgebot und der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Gebot gem. § 97 GWB mindestens zu sichern.

Im Rahmen der Sektorenrichtlinie kommen gem. § 3 Nr. 2 SKR unter der Voraussetzung eines Aufrufes zum Wettbewerb gem. § 8 SKR mit öffentlicher Bekanntmachung die Verfahrensarten

- offenes Verfahren (Vergabe nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmern zur Einreichung von Angeboten),
 - Nichtoffenes Verfahren (Vergabe nach öffentlicher Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmern zur Einreichung von Angeboten) und
 - das Verhandlungsverfahren (AG wendet sich an ausgewählte Unternehmer und verhandelt über den Auftragsinhalt)
- zur Anwendung.

Im Weiteren gelten die üblichen Regelungen der SKR und des GWB.

Ausschreibungen mit offenen oder verdeckten Vorgaben, die nur auf das eventuell intern vorher abgestimmte Angebot einer Firma oder überhaupt nur auf eine Firma zielen, sind vergaberechtswidrig.

Ergebnislos durchgeführte Ausschreibungen sind kein genügender Grund für eine freihändige Vergabe.

Anmerkungen:

¹ unmittelbar ohne Umsetzungsakt in den Mitgliedsstaaten geltende VO (EG) Nr. 1422/2007, ABIEU Nr. L317 v. 05.12.2007 S. 34; nach herrschender Behördenpraxis über Erlass BMVBS vom 27.12.2007 - B15-O 1095-524 auch innerstaatlich umzusetzen.

² Beschluss BayObLG vom 20.01.2004 Az. Verg 21/03; Leitsatz in ZfBR 2004, 308; Volltext nur in ibr-online; Entscheidung betraf Vergabeverfahren Tiefbohrung Geothermie im Südosten von München nach vorangegangener Entscheidung Vergabekammer Südbayern vom 12.11.2003.

³ Regierungsrat Prof. Dr. Meinhard Dreher, Mainz, NZBau 2008, 93 mwN

⁴ OLG Brandenburg hat mit Beschluss vom 20.08.2002 Az. Verg W 4/02 bei Straßenbau entschieden, dass einzelne Bauabschnitte Einzelaufträge und nicht Lose eines Gesamtbauwerkes sind, wenn zwischen ihnen kein zwingender technischer und praktischer Zusammenhang besteht und jeder Bauabschnitt für sich in verkehrstechnischer Hinsicht eine sachgerechte Nutzung für Verkehrsteilnehmer möglich macht.

⁵ Richtlinien für Planungswettbewerbe, Einführung zum 01.01.2009 für den Bundesbau mit Erlass 21.11.2008, Bundesanzeiger Nr. 182 v. 28.11.2008 und verschiedenen Länderregelungen an Stelle der bisherigen Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe - GRW 1995 und Richtlinien für Architektenwettbewerbe - RAW.

⁶ Die Ausnahmeregelung § 11 VgV für Auftraggeber, die nach BBergG eine Aufsuchungserlaubnis oder eine Gewinnungsbewilligung erhalten haben und vom Anwendungsbereich §§ 97 ff. GWB bzw. der Vergaberichtlinien ausgenommen sind, trifft bei Projekten der tiefen Geothermie nicht zu, da es sich bei Geothermie nicht um einen Brennstoff wie Erdöl, Gas oder Kohle handelt.

Die Ausnahmeregelung § 5 VgV für freiberufliche Dienstleistungen mit vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Lösungen und Anwendungsbereich damit der VOF trifft ebenfalls nicht zu, da nach § 5 Satz 3 VgV die VOF nicht für Aufträge im Sektorenbereich gilt. Zum Sektorenbereich gehört unter anderem gem. § 8 Nr. 2 + 3 VgV die Strom- und Wärmeversorgung.

Die Anwendung der VOL/A (4. Abschnitt) für Dienstleistungsaufträge im Bereich der Strom- und Wärmeversorgung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 VgV erfolgt auch nicht, da nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VgV ausdrücklich Aufträge im Sinne § 5 VgV ausgenommen sind.

⁷ Der private als alleiniger Projektträger hat über sein Bergbaurecht eine lokale Exklusivität innerhalb seines Erlaubnis- oder Bewilligungsfeldes, von der jeder Dritte ausgeschlossen ist.

Daneben besteht eine generelle Exklusivität aus § 6 BBergG, da das Aufsuchen und Gewinnen insgesamt nur Bergbauberechtigten vorbehalten ist.

Einem privaten Projektträger werden für die Einspeisung in ein kommunales Fernwärmenetz regelmäßig vertragliche Vorzugsrechte eingeräumt, z. B. über Mindestabnahme im Rahmen des Wärmeliefervertrages. Dies ist eine vertragliche Exklusivität im Sinne § 98 Nr. 4 GWB.

Nach Art. 2 Abs. 3 SKR ist die durch die Bergbauberechtigung gewährte lokale und generelle Exklusivität i. V. mit der regelmäßig vorliegenden vertraglichen Exklusivität nach h. M. ein besonderes und ausschließliches Recht, mindestens jedoch ein besonderes Recht nach Art. 2 Abs. 3, Art. 2 Abs. 3 lit. b) SKR.

Ein rein privater Projektträger ist Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4, 1. Alt. GWB.

Soweit der private Projektträger beispielsweise durch die Kommune im Sinne § 98 Nr. 4 GWB beherrscht werden kann, ist er wie auch ein öffentlicher Projektträger grundsätzlich zur europaweiten Ausschreibung der Leistung verpflichtet.

⁸ BGH Urteil vom 01.02.2005 NZBau 2005, 290; Europäischer Gerichtshof Urteil vom 11.01.2005 VergabR 2005, 44 ff. mit Risiko einer Vertragsverletzungsklage der EU-Kommission gegen die BR Deutschland und empfindlichen Zwangsgeldern.

⁹ Vorliegende langjährige Erfahrungen belegen, dass Konkurrenten von privaten Auftragnehmern oder auch von benachbarten öffentlichen Auftraggebern, im Streit ausgeschiedene oder sogar auf der Gegenseite neu tätige ehemalige Mitarbeiter beider Seiten, Wechsel in der Person von Amtsinhabern auf der Ebene des öffentlichen Auftraggebers selbst oder in übergeordneter fachlich anleitender oder Kontrollebene, Wechsel in der Person von Bearbeitern für Beihilfen/Fördermitteln bis hin zur Änderung persönlicher Verhältnisse mit Ehegatten/Freundin/Freund Kenntnisse zur auch mehrjährig nachträglichen korrigierenden „Bearbeitung“ von Vorgängen nutzen.

Aufgrund der bisher geringen Projektzahl im überschaubaren zeitlichen Rahmen mit bisher geringer Zahl handelnder Personen liegen diese langjährigen Erfahrungen gegenwärtig nur nicht im Personenkreis der in der tiefen Geothermie Handelnden persönlich vor.

Gelernt werden soll jedoch aus den bereits vorliegenden Erfahrungen anderer, ohne dass jeder selbst erst für sich oder die Firma/Kommune bittere und mindestens das wirtschaftliche Leben einschränkende/beendende Erfahrungen sammeln soll.

Letzte erst am 25.05.2009 bisher nur online in ibr-online veröffentlichte Entscheidung ist durch das BVerfG am 02.04.2009 ergangener Beschluss Az. 2 BvR 1468/08 zu Strafbarkeit gem. § 298 StGB wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen.

Sprung zu www.ra-brumme.de

*RA Reiner Brumme, Fachanwalt Bau- und Architektenrecht, Schlichter + Schiedsrichter
SOBau - Chemnitz, Stand: 28. Mai 2009*

