



Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

Gemeindeprüfungsanstalt BW · Hoffstr. 1a · 76133 Karlsruhe

Landratsamt Konstanz
Herrn Landrat Danner
Postfach 10 12 38
78412 Konstanz

Nachrichtlich - mit Anlage

Regierungspräsidium Freiburg
- Referat 14 -
Postfach
79083 Freiburg

Landratsamt Konstanz - Der Landrat -			
Eingang am: 13. Dez. 2023			
Art. 1	Art. 2	Art. 3	Art. 4
1.1	1.2	1.3	1.4

Name: Hermann Kopf
Telefon: 0721 / 8 50 05 - 146
Telefax: 0721 / 8 50 05 - 346
Hermann.Kopf@gpabw.de

Aktenzeichen: 2-124141
Ihr Schreiben v.: 26.05.2023

Karlsruhe, 11.12.2023

Prüfung der Bauausgaben Landkreis Konstanz 2016 bis 2020

Sehr geehrter Herr Landrat,

vielen Dank für Ihre Stellungnahme vom 26.05.2023. Mit dieser haben sich einige Randnummern erledigt. Für die verbleibenden Feststellungen wird, wie nachfolgend ausgeführt, um eine ergänzende Stellungnahme bis 01.05.2024 gebeten:

Rdnr. 3

Die Prüfungsfeststellung wird durch die Stellungnahme der Verwaltung nicht ausgeräumt. Hinsichtlich der grundsätzlichen Anspruchsvoraussetzung kann weiterhin keine Leistungsänderung i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B für die Pos. 01.03.0009 erkannt werden. Der Argumentation der Verwaltung, dass dem Auftragnehmer mit der Art der Ausschreibung „unkalkulierbare Risiken aufgebürdet“ wurden, kann seitens der GPA nicht gefolgt werden. Anhand der Leistungsbeschreibung, die sich auf ein zuvor erstelltes Bodengutachten stützte, konnte und musste der Auftragnehmer bei seiner Kalkulation vom Lösen, Laden und Verwerten nach Wahl des Auftragnehmers von nicht überwachungsbedürftigem Boden ausgehen. An dieser grundsätzlichen Leistungsabfolge (Leistungsziel) hat sich nachweislich auch im Zuge der Ausführung nichts geändert, wie auch die, aufgrund der Nachtragsforderung des Auftragnehmers durchgeführten Haufwerksbeprobungen bestätigten. Wie bereits im Prüfungsbericht ausgeführt, hätte der Auftragnehmer bereits vor der Angebotsabgabe die Art der Ausschreibung bzw. das dazugehörige Bodengutachten beanstanden müssen, wenn diese/dieses nicht aussagekräftig genug gewesen sein sollte oder ein zu hohes Kalkulationsrisiko beinhaltet hätte. Nach der Angebotsabgabe muss der Auftraggeber davon ausgehen, dass der Bieter die Wahl seiner „Verwertung“ so gewählt bzw. die für seine gewählte Art der Verwertung zusätzlich notwendigen Maßnahmen zum Erreichen des Leistungsziels (z.B.

zusätzliche Zwischenlagerung, Beprobung) entsprechend einkalkuliert hat. Es besteht kein gesonderter Vergütungsanspruch (hier Zwischenlagerung), wenn der Auftragnehmer mögliche (Mehr-) Leistungen in seiner Kalkulation nicht berücksichtigt hatte (kalkulatorische Annahme) bzw. eine andere Verwertung kalkuliert wurde, die sich aber nicht umsetzen ließ. Das Kalkulationsrisiko obliegt grundsätzlich dem Verantwortungsbereich des Auftragnehmers.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände konnte seitens der Verwaltung nicht belegt werden, warum ein eigenständiger Vergütungsanspruch für ein Zwischenlager für eine Beprobung nicht vom Vertrag erfasst sein sollte.

Des Weiteren konnten hinsichtlich der Höhe des Nachtragspreises keine weiteren kalkulatorischen Nachweise vorgelegt werden, die die Mehrkostenberechnung der GPA widerlegen bzw. die Argumentation der Verwaltung untermauern könnten.

Bis zur Vorlage weiterer Belege bzw. kalkulatorischer Nachweise bleibt die Prüfungsfeststellung somit in vollem Umfang bestehen.

Rdnr. 4

Die Prüfungsfeststellung zielt darauf ab, dass Oberboden als durchwurzelte und belebte Bodenschicht grundsätzlich nicht als Abfall, sondern als ein zu erhaltendes Gut zu behandeln ist (s. hierzu auch § 202 BauGB). Somit waren Mengen aus dem Abtrag von Oberboden grundsätzlich keiner umweltchemischen Untersuchung zuzuführen und dementsprechend auch nicht auf das zu diesem Zweck bereitgestellte Zwischenlager zu bringen. Dies steht nicht im Widerspruch zu der von der Verwaltung beschriebenen „Verfahrensweise“ in Bezug auf die Beschreibung aus dem Standardleistungskatalog. Hier wird lediglich geregelt, wie im Übrigen auch bei der Rdnr. 3 zuvor, dass es der Wahl des Auftragnehmers überlassen bleibt, wie er den Oberboden verwertet bzw. beseitigt, solange er diesen eben nicht als „Abfall“ behandelt, was die hier u.a. vorgenommene Verbringung von Oberboden auf ein Zwischenlager zur anschließenden Beprobung ausschließt.

Da die Verwaltung, wie in der vorliegenden Stellungnahme beschrieben, weiterhin mögliche Rückforderungsansprüche hinsichtlich der ebenfalls zu Unrecht auf das Zwischenlager verbrachten Asphaltbefestigung prüft, bitten wir entsprechend des Prüfungsberichts bzw. den o.a. Ausführungen auch weiterhin die Mengen für den Oberbodenabtrag in die weitere Überprüfung einzubeziehen.

Rdnr. 5

Aufgrund den Ausführungen der Verwaltung zur künftigen Durchführung einer „flächenhaften Be-
probung im Vorfeld, welche mit dem Amt für Baurecht und Umwelt abgestimmt“ wird, kann die
Prüfungsfeststellung beruhen.

Rdnr. 6

Auch wenn das in Rede stehende Material „kein überwachungsbedürftiger Abfall war“, wie von
der Verwaltung in der vorliegenden Stellungnahme dargelegt wurde und somit dieses Material
auch „nicht in einer Deponie, sondern (anderweitig) verwertet werden“ konnte, so hatte der Auf-
tragnehmer auch diese von ihm gewählte anderweitige Verwertung entsprechend nachzuweisen
(s. hierzu auch nochmals die geforderten Verwertungsnachweise laut der Pos. 01.03.0011). Bis
zur Vorlage dieser Nachweise gilt im Übrigen auch die „Behauptung“ der „falschen gewählten“
Bezeichnung einer „Deponiegebühr“ in der Nachtragskalkulation des Auftragnehmers als nicht
belegt.

Wir bitten somit weiterhin um die Vorlage weiterer, belastbarer Nachweise, auch hinsichtlich der
kalkulatorischen Aufschlüsselung in Bezug auf die offenkundig geänderten Verhältnisse beim
Flächenbedarf für das beim 2. Bauabschnitt vorab geplante Zwischenlager.

Rdnr. 7

Den Ausführungen der Verwaltung wird nur eingeschränkt gefolgt. Die in Augenscheinnahme und
entsprechende Einschätzung einer „seit ca. 35 Jahren im Tiefbau arbeitenden Person“, wie von
der Verwaltung beschrieben, kann als Güte- und Materialnachweis eben nur eingeschränkt und
unter Vorbehalt gelten. Einen belastbaren Nachweis für das Erreichen der vertraglich vereinbar-
ten Beschaffenheit ersetzt diese allerdings nicht.

Da der Auftragnehmer, wie im Prüfungsbericht beschrieben, nicht verpflichtet war, entsprechende
Nachweise vorzulegen und diese offenkundig auch nachträglich nur mit erheblichem Aufwand zu
beschaffen sind, kann die Prüfungsfeststellung als erledigt gelten.

Rdnr. 8

Laut der Stellungnahme wird der Oberboden zukünftig nicht mehr als Abfall eingestuft. Im Weite-
ren wurde angeführt, dass auch eine „normale“ Verwertung des Oberbodens zu Kosten führt und
den berechneten vermeidbaren Mehraufwendungen gegengerechnet werden muss.

Diesen Ausführungen wird so nicht zugestimmt. Gemäß den in den Abrechnungsunterlagen vor-
liegenden Wiegescheinen wurde der Oberboden in einen „Erdwall in Hüfingen an der L 171, 3.
Bauabschnitt“, verbracht.

Bei dem „Erdwall in Hüfingen an der L171, 3. Bauabschnitt“ handelte es sich um ein anderes Bauvorhaben. Inwiefern Annahmegebühren angefallen sind bzw. eine entsprechende Vergütung für die Anlieferung des Oberbodenmaterials erzielt wurde, war aus den Abrechnungsunterlagen nicht ersichtlich. Insofern relativiert sich dadurch die Argumentation, dass entsprechende Kosten von den ermittelten vermeidbaren Mehraufwendungen in Abzug gebracht werden müssen.

Insofern wird an den in der Feststellung ermittelten vermeidbaren Mehrausgaben in vollem Umfang festgehalten.

Rdnr. 9

Es wurde ausgeführt, dass „eine Klärung des Sachverhaltes nicht mehr möglich war, da die damals hierfür verantwortlichen Personen des beauftragten Ingenieurs nicht mehr tätig sind und auch die diesbezüglichen Unterlagen des Ingenieurs nicht mehr aufgefunden werden konnten.“

Die Stellungnahme der Verwaltung wird zur Kenntnis genommen. Dennoch ist anzumerken, dass bei einer Fremdvergabe der Bauaufsicht, mit entsprechender Vergütung, von Seiten des Auftraggebers das Leistungssoll zu überprüfen war.

Spätestens mit Abschluss des Bauvorhabens waren die entsprechenden Unterlagen dem Auftraggeber zu übergeben, was im vorliegenden Fall, gemäß der vorliegenden Erläuterung nicht stattfand. Gleichmaßen wird hier die Frage aufgeworfen, auf welcher Grundlage die diesbezügliche Vergütung des Auftragnehmers dann erfolgte.

Da die Prüfungsfeststellung somit nicht mehr ausgeräumt werden kann, wird die GPA der Rechtsaufsichtsbehörde vorschlagen, diese von der abschließenden Bestätigung auszunehmen.

Rdnr. 10

Laut der Stellungnahme der Verwaltung „bestand seitens der Bauaufsicht kein erkennbares Interesse die Summe unbegründet zu erhöhen. Somit galt seitens des Landratsamtes die Unschuldsvermutung, weshalb einer Überzahlung nicht nachgegangen wird.“ In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen unter Rdnr. 9 verwiesen.

Da die Verwaltung einer möglichen Überzahlung nicht nachgehen wird, konnte der Anstand nicht ausgeräumt werden, sodass wir der Rechtsaufsichtsbehörde empfehlen auch diese Prüfungsfeststellung von der abschließenden Bestätigung auszunehmen.

Rdnr. 11

Die Verwaltung führt aus, dass „eine Nachtragsvergütung der bessere Weg gewesen wäre“. Im Weiteren wurde die Übernahme des Einheitspreises mit den „komplizierten Einbaubedingungen“ begründet.

Gemäß den Mengenermittlungen von Ort 1 wurde das Geotextil größtenteils flächenhaft mit konstanter Breite eingebaut.¹ Hieraus ist nicht zu erkennen inwiefern die Übernahme des Einheitspreises etwaigen „komplizierten Einbauverhältnissen“ geschuldet war.

Es wird in Bezug auf die Stellungnahme der Verwaltung darauf hingewiesen, dass § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B diesbezüglich keinen Ermessensspielraum vorsieht. In beiden Fällen war ein neuer Einheitspreis zu vereinbaren.

Aufgrund der eingetretenen Verjährung ist eine Rückforderung beim Auftragnehmer nicht mehr möglich.

Es wird gebeten mitzuteilen, wie zukünftig sichergestellt wird, dass eine entsprechende Nachtragsbearbeitung erfolgt.

Rdnr. 12

In der Stellungnahme der Verwaltung wurde mit einer Aufschlüsselung der einzelnen Planungsleistungen für den Radwegbau in der Zuständigkeit des Landkreises, ein Honorar in Höhe von netto 199.149,64 EUR ermittelt. Dieser Betrag lag unter dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Schwellenwert von 209.000 EUR.

Die Planungsleistungen für die Bauwerke 1 bis 3² wurden vom beauftragten Ingenieur als Subunternehmerleistung an ein Ingenieurbüro für Baustatik weiterbeauftragt. Diese Leistung war, lt. der Aufschlüsselung der Verwaltung, mit einem abgerechneten Nettobetrag von 24.896,52 EUR³ in der Gesamtsumme von 199.149,64 EUR enthalten.

Aus Kapazitätsgründen wurden auch die Tragwerksplanungen für die Ingenieurbauwerke⁴ vom beauftragten Ingenieur als Subunternehmerleistung weiterbeauftragt.

¹ Ort 1: u.a. (340 m + 246 m) x 3,90 m; 45,20 m x 2,44 m.

² Bauwerk 1 und 2: Aluminiumbrücken; Bauwerk 3: Durchlass Bach Wirtschaftsweg; Entwurfsplanung bis Mitwirkung der Vergabe.

³ Auftragssumme brutto 26.615,09 EUR; s. Tabelle in den Abrechnungsunterlagen vom 12.10.2017 - „vorläufige Honorar- und Gutachterkosten“.

⁴ Stellungnahme der Verwaltung zum Prüfungsbericht Seite 11 (unten).

Gemäß den Abrechnungsunterlagen wurde für die Subunternehmerleistung ein Bruttobetrag von 59.243,22 EUR abgerechnet.¹

Dieser Betrag war in dem in der Stellungnahme aufgeführten Nettobetrag von 199.149,64 EUR nicht enthalten bzw. war in der Aufsummierung der Planungsleistungen mit zu berücksichtigen. Der Vertragspartner des Auftraggebers bleibt, auch bei einer Weitergabe der Planungsleistungen, nach wie vor das ursprünglich vom Auftraggeber beauftragte Planungsbüro.

Abzüglich der in den Abrechnungsunterlagen aufgeführten Honorarleistung für die Amphibienquerung² ergab dies für das Planungshonorar eine über dem Schwellenwert liegende Gesamtsumme von netto 240.395,36 EUR.

Der Anmerkung der Verwaltung, dass „Planungsleistungen immer einen iterativen Prozess darstellen“, kann so nicht zugestimmt werden.

Eine Abschätzung des voraussichtlichen Gesamthonorars hat auf der Grundlage einer Bedarfsplanung, z.B. nach der DIN 18205, in welcher die Rahmenbedingungen, das Planungsziel, Bauuntersuchungen, Umfang der Leistungen sowie Termine und erste grobe Kosten etc. festgelegt werden, zu erfolgen. Eine solche Bedarfsplanung als vorbereitende Maßnahme ist zwingend.

Wie in der Stellungnahme erläutert, wurden die Kosten zunächst mit 250.000 EUR/km ermittelt. Dies entsprach einem Quadratmeterpreis von 62,50 EUR/m².³

Diese Vorgehensweise entsprach nicht einer Bedarfsplanung nach DIN 18205. Unter Punkt 3.2 der DIN 18205 ist aufgeführt, dass der Prozess darin besteht, die Bedürfnisse, Ziele und einschränkenden Gegebenheiten (die Mittel, die Rahmenbedingungen) des Bauherren und wichtiger Beteiligten zu ermitteln und zu analysieren und alle damit zusammenhängenden Probleme zu formulieren, deren Lösung man vom Planer erwartet.

Der Bedarfsplaner ist hierbei nach Punkt 3.3. der DIN 18205 eine Person oder eine Organisation, welche die Aufstellung eines Bedarfsplanes zu leisten hat. Der Bedarfsplaner kann der Bauherr sein oder ein mit der Bedarfsplanung beauftragter Berater, der (die) Nutzer, der Planer bzw. ein aus diesen gebildetes Team.

¹ Tabelle „vorläufige Honorar- und Gutachterkosten“ vom 12.12.2017; Bauwerk 4: Radwegunterführung; Bauwerk 5+9: Amphibienquerung (Fertigteile); Bauwerk 10: Winkelstützmauer Bauende Radweg

² Amphibienquerung Kostentragung Regierungspräsidium; Tragwerksplanung: brutto 3.171,42 EUR, bzw. netto 2.665,06 EUR; Objektplanung brutto 6.989,39 EUR, bzw. netto 5.873,44 EUR.

³ 250.000 EUR/1.000 m x 1/4m = 62,50 EUR/m².

Nach § 650p Abs. 1 BGB verpflichtet sich ein Planer, die Leistungen zu erbringen, „um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.“ Diese sind vom Auftraggeber somit vor der Beauftragung der Leistungsphase 1 festzulegen. Wurde dies unterlassen, so ist der Auftragnehmer gesetzlich verpflichtet „zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen“ (§ 650p Abs. 2 BGB), d.h. er hat nun das vom Auftraggeber Versäumte nachzuholen.

So sind u.a. Umweltbelange¹ ein Bestandteil in den der DIN 18205 beigefügten Prüflisten² zur Bedarfsplanung. Die zu erwartenden Kosten, als Grundlage für das zu erwartende Honorar bzw. zur Entscheidungsfindung, ob eine europaweite Vergabe zu berücksichtigen ist, war mit einer in Ansatz gebrachten Kilometerpauschale, die die verschiedenen zu prüfenden Randbedingungen nach den in den Prüflisten A bis C der DIN 18205 aufgeführten Kriterien nicht erfasst, kaum zielführend.

Die Grundleistung innerhalb der Leistungsphase 1 bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen beinhaltet die Aufgabe, dass der Auftragnehmer die „Aufgabenstellung auf Grund der Vorgaben oder der Bedarfsplanung des Auftraggebers“ klärt. Hierfür ist ebenfalls eine entsprechende Vorlage vom Auftraggeber zu erstellen.

Die GPA hält daran fest, dass, wäre eine solche Bedarfsplanung im gebotenen Umfang vorab erstellt worden, im Ergebnis zu erkennen gewesen wäre, dass einerseits mit entsprechenden Baukosten zu kalkulieren ist und sich andererseits daraus entsprechende Honorare abzeichnen würden.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass eine schon erfolgte Beauftragung von Leistungsphasen keinen Anspruch begründet, von einem nun folgenden formellen Vergabeverfahren abzusehen.

Wird ein bereits erteilter Planungsauftrag nachträglich erweitert (hier z.B. um die Teillose der Leistungsphasen bis 9), ist erneut eine Gesamtauftragswertschätzung erforderlich. Stellt sich dabei – unter Berücksichtigung aller bereits vergüteter Honorare und auf der Grundlage der aktuell zu erwartenden Baukosten – heraus, dass der zuvor ggf. nicht erreichte EU-Schwellenwert dann überschritten wird, so ist hierfür auch während der laufenden Maßnahme – und unabhängig von den bis dahin schon erbrachten Planungsleistungen – noch ein VgV-konformes Vergabeverfahren durchzuführen. Dies gilt ausdrücklich auch in Fällen, in denen die Möglichkeit besteht, dass ein anderer Wettbewerbsteilnehmer erstplatziert aus dem Verfahren hervorgeht und somit trotz laufender Projekte der Dienstleister wechselt. Das Vergaberecht nimmt dies in Kauf.

¹ Stellungnahme der Verwaltung: Nachtrag Nr. 2.

² Prüfliste A: Projekterfassung, Prüfliste B: Rahmenbedingungen, Ziele und Mittel; Prüfliste C: Anforderungen an den Entwurf und an die Leistungen des Objektes.

Dies unterstreicht die Wichtigkeit der Durchführung sowohl vorschriftsgemäßer Überprüfungen der Vergabesummen hinsichtlich der geltenden Schwellenwerte als auch gründlicher Bedarfsermittlungen vor der Auftragsvergabe.

Es wird noch darauf hingewiesen, dass die Bestimmung des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV, wonach unterschiedliche Fachdisziplinen (z.B. Tragwerksplanung, Ingenieurbauwerke und Technische Ausrüstung mit unterschiedlichen Auftragnehmern) bei einer Schwellenwertermittlung nicht aufzuaddieren sind (d.h. für jede Fachdisziplin gilt ein „eigener“ Schwellenwert), seit dem 17.08.2023 nicht mehr gilt.

Zur Sicherstellung einer korrekten und nicht angreifbaren Schwellenwertermittlung sollten daher die voraussichtlichen Honorare aller anfallenden Fachdisziplinen zur Schwellenwertermittlung aufaddiert werden.

Besteht für einen Auftragnehmer die Möglichkeit, den Auftrag über mehrere Fachdisziplinen zu erhalten (z.B. Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen), so sind die Honorare in jedem Fall aufzuaddieren. Dies ergibt sich unbestritten aus § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV, wonach Optionen bei der Schwellenwertermittlung zu berücksichtigen sind.

Rdnr. 17

Nach den Ausführungen des Architekten handelte es sich bei dem zu entsorgenden Aushubmaterial, um Boden, versetzt mit Bauschutt, der nach Sachlage nicht belastet war. Da dafür jedoch keine Nachweise in Form von Wiegescheinen vorgelegt wurden und auch die Nachweise für die Entsorgung an anderer Stelle nicht vorgelegt werden können, kann eine Leistungsänderung i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B für die Pos. 02.03.002 nicht bestätigt werden.

Insofern war die Entsorgung, wie bereits im Prüfungsbericht ausgeführt, gemäß dem Bauvertrag nach der Pos. 02.03.002 abzurechnen bzw. die Zulage (Nachtragsforderung) abzulehnen.

Wir bitten zu berichten, ob noch Weiteres veranlasst wird.

Rdnr. 18

Der Stellungnahme der Verwaltung wird nur eingeschränkt gefolgt. Die Annahme, dass die Bieter wegen fehlender Nachfrage davon ausgingen, dass die Schalung für die Attika nur einseitig für die Kalkulation anzunehmen ist, kann nicht nachvollzogen werden. Da bei voranstehenden Positionen (z.B. Brüstungen), wie bereits im Prüfungsbericht ausgeführt, unterschiedliche Schalungen für die Seiten auszuführen waren, die ebenfalls mit gleicher Menge angegeben wurden, ist im

Gegenteil, davon auszugehen, dass die Bieter den Leistungstext bzw. die angegebenen Mengen richtig verstanden haben und deshalb keine Anfragen vor der Submission gestellt haben.

Da, wie ebenfalls im Prüfungsbericht bereits ausgeführt, eine Rückforderung, infolge der nicht eindeutigen Leistungsbeschreibung und der bereits eingetretenen Verjährung, keinen Erfolg verspricht, kann die Prüfungsfeststellung beruhen.

Künftig sind die beauftragten Architekten anzuweisen, die Leistungsbeschreibungen i.S.v. § 7 VOB/A eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.

Rdnr. 19

Die ausführlichen Erläuterungen der Verwaltung werden von der GPA zur Kenntnis genommen. Die Beanstandung bzgl. der vergabewidrig erfolgten Dienstleistungsvergabe konnte jedoch durch die Stellungnahme der Verwaltung nicht ausgeräumt werden. Spätestens bei der Beauftragung des 2. Bauabschnitts musste der Verwaltung bewusst gewesen sein, dass die Beauftragung des gleichen Auftragnehmers mit weiteren Leistungen den damaligen EU-Schwellenwert bereits weit übersteigen würde.

Wir werden der Rechtsaufsichtsbehörde vorschlagen, die Prüfungsfeststellung von der abschließenden Bestätigung auszunehmen. Bei der öffentlich geförderten Maßnahme wird die GPA die Bewilligungsstelle über den Sachverhalt durch Übersenden einer Mehrfertigung der Feststellung informieren.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Hermann Kopf
Abteilungsleiter