

Kleine Überschrift: BMWK erfüllt Forderung des Bundesrates nicht**Folgen der Streichung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV**

Die auf ein Bauvorhaben bezogenen Auftragswerte für Architekten- und Ingenieurleistungen (so z.B. auch Vermessung und Bauphysik) sind zu addieren. Das gilt für alle Beschaffungen, die ab dem 24.08.2023 begonnen worden sind. Die neue Rechtslage verpflichtet Vergabestellen heute zur Addition aller Auftragswerte für Planungsleistungen. Wird dies nicht beachtet, drohen Nachprüfungsverfahren, Schadensersatzforderungen oder bei geförderten Maßnahmen Rückforderungen. Die „Klarstellungen“ des BMWK zum Umgang mit der Gesetzesänderung bringen für die Praxis jedoch keinen Mehrwert.

Nachfolgende Fragen von Vergabestellen erreichten die Autoren:

Frage 1: Hat das überhaupt Folgen, wenn ich weiter so verbebe wie bisher, den Wegfall von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV also einfach nicht beachte?

Frage 2: Muss ich denn heute jede noch so kleine Planungsleistung europaweit vergeben?

Frage 3: Planungsleistungen dienen ja in aller Regel der Errichtung eines Gebäudes oder eines Ingenieurbauwerks. Wäre es dann nicht sinnvoll, die Planungsleistungen zusammen mit den Bauleistungen als Teil eines Bauauftrags mit dem dafür geltenden Schwellenwert von 5,538 Mio. € zu messen? Oder muss ich die Planungsleistungen immer als Dienstleistung bewerten?

Frage 4: Sind alle Leistungen der HOAI, also auch der Anlage 1, wie Vermessung, Baugrundgutachten oder Bauphysik zu addieren?

Frage 5: Sind alle Leistungen, die nicht in der HOAI verordnet sind, also z.B. Projektsteuerung, Leistungen der

Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordination, oder des Brandschutzes zu addieren?

Frage 6: Sind Leistungen der Bedarfsplanung mit aufzuaddieren? Wenn ja, wie ermittle ich die Auftragswerte, wenn ich noch gar nicht sicher weiß, welchen Bedarf ich habe?

Frage 7: Für einen Kindergarten habe ich die Leistungen der Architektur Ende 2022 beschafft. Nun muss ich noch die Tragwerksplanung mit einem Auftragswert von rund 150.000 € beschaffen. Muss ich das nach VgV europaweit ausschreiben?

Frage 8: Als Auftraggeber möchte ich die Leistungsphasen 1-5 ausschreiben und die restlichen Leistungsphasen mit meinem eigenen Personal übernehmen. Der geschätzte Auftragswert für die LPH 1-5 liegt in Summe unter 200.000 €, zusammen mit den weiteren LPH aus der Eigenleistung würde der Wert jedoch deutlich über dem EU-Schwellenwert liegen. Muss ich den Wert der geplanten Eigenleistungen für die Schätzung des Auftragswerts berücksichtigen?

Frage 9: Ich habe mit einem Planer einen Stufenvertrag, den ich nach Stufe 1, also nach den Leistungsphasen 1 bis 4 nicht fortsetzen will. Für diesen Vertrag hatte ich ein europaweites VgV-Verfahren durchgeführt, weil ich damals den Gesamtauftragswert einschließlich der optionalen Leistungsphasen 5 bis 9 mit über 215.000 € (dem bis Ende 2023 geltenden Schwellenwert) ermittelt hatte. Der nun noch zu beschaffende Auftragsumfang beträgt rund 150.000 €. Muss ich auch diesen wieder europaweit ausschreiben?

Frage 10: Wenn nun also sämtliche Planungsleistungen zu addieren sind, bedeutet das dann nicht, dass nach dem Gesetz nur noch Generalplaner¹- oder sogar Totalunternehmervergaben² durchgeführt werden sollen?

Vorab: Öffentliche Aufträge, deren geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert überschreiten, sind europaweit auszuschreiben. Bei Planungsleistungen (wie z.B. Bauphysik, Brandschutz, Objektplanung Tragwerkplanung oder Vermessung) wurde bisher für die Praxis angenommen, dass zur Auftragswertschätzung wegen § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV nur gleichartige Leistungen zu addieren seien; entsprechend wurden die verschiedenen Leistungsbilder einzeln nach dem Schwellenwert betrachtet. Mit der Streichung der Regelung seit dem 24.08.2023 stellen sich für öffentliche Auftraggeber verschiedene Fragen. Die damit verbundene Unsicherheit sollte das BMWK auf

Entschließung des Bundesrates durch entsprechende Handlungsempfehlungen beseitigen. Die vermeintlichen „Klarstellungen“ des BMWK führen jedoch bei den öffentlichen Auftraggebern zu Fragen und Unsicherheit. Entsprechend haben die Bundesländer Sachsen und Thüringen bereits eine erneute Initiative über den Bundesrat veranlasst.

Am 23.08.2023 wurde im Bundesgesetzblatt die Streichung des nun alten § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV verkündet³. Die entsprechend neue VgV⁴ gilt ab dem Tag nach der Verkündung. Wie die Autor*innen bereits im Deutschen Ingenieurblatt 7-8, 2023, S. 31 berichtet haben, ist damit die Regelung entfallen, dass nur Auftragswerte von gleichartigen Planungsleistungen zu addieren sind. Bislang war es üblich, die Leistungsbilder der HOAI jeweils einzeln zu betrachten und am damaligen Schwellenwert von 215.000 € zu messen. Nur wenn ein Leistungsbild für sich diesen Wert überstieg, musste für diese Leistung eine europaweite Ausschreibung durchgeführt werden. Nunmehr gilt für alle ab dem 24.08.2023 neu begonnenen Beschaffungen, dass die Auftragswerte aller Planungsdienstleistungen für ein funktional zusammenhängendes Projekt zu addieren sind. Überschreitet die Summe den Schwellenwert, sind sodann sämtliche Leistungen europaweit auszuschreiben. Seit dem 01.01.2024 beträgt der Schwellenwert 221.000 € (für Aufträge der oberen und obersten Bundesbehörden 143.000 €;

¹ Übernimmt sämtliche Architektur-, Ingenieur- und Fachplanungen.

² Übernimmt (durch Einschaltung von Subunternehmern) sämtliche Planungs- und Bauleistungen.

³ Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und

an weitere europarechtliche Anforderungen vom 17. August 2023 im BGBl I, Nr. 222.

⁴ Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 17.

August 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 222) geändert worden ist.

für Sektorenauftraggeber Verteidigung und Sicherheit 443.000 €). Im Folgenden sollen die Folgen der Addition für Planungsdienstleistungen und auch im Verhältnis zu anderen auf ein Projekt bezogenen Leistungen erläutert werden.

Das Vergaberecht GWB⁵ kennt 3 Arten von öffentlichen Aufträgen, und zwar die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen (§ 103 Absatz 1 GWB). Lieferaufträge spielen für die nachfolgenden Antworten keine Rolle. Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauwerks, welches eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllt (§ 103 Absatz 3 GWB). Dienstleistungsaufträge sind alles Weitere, also alles, was keine Liefer- oder Bauaufträge sind (§ 103 Abs. 4 GWB).

Die Auftragswertermittlung hat unter Beachtung von § 3 VgV zu erfolgen. Für die Fragen hier, sind insbesondere der neue § 3 Absatz 7 VgV (nun ohne den früheren Satz 2) und § 3 Absatz 9 VgV von Bedeutung.

§ 3 Absatz 7 VgV lautet aktuell:

„Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.“

§ 3 Absatz 9 VgV lautet (mit der Veränderung durch § 3 Absatz 7 VgV):

„Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe einzelner Lose von Absatz 7 Satz 2 (...) abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei (...) Dienstleistungen unter 80 000 Euro und bei Bauleistungen unter 1 Million Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.“

Unter Beachtung dieser Regeln werden die Fragen wie folgt beantwortet:

Antwort 1: Ja, die Folgen können erheblich sein, wenn tatsächlich die Regelungen für eine europaweite Vergabe nicht beachtet werden. Zwei Ebenen sind für die Vergabestelle von Bedeutung. Das sind der Vertrag selbst und eventuelle Zuschüsse.

Zum Vertrag: Ein Vertrag, der ohne Beachtung von GWB und VgV geschlossen wird, ist „schwebend unwirksam“ (§ 135 Absatz. 1 Nummer 2 GWB). Der Vertrag ist (auch rückwirkend) unwirksam, wenn er europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen, jedoch ohne Bekanntmachung im Amtsblatt vergeben wurde und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde. Hierzu bestimmt das Gesetz eine Frist: Der Vertrag ist von Anfang an unwirksam und bleibt nur dann doch wirksam, wenn kein Nachprüfungsverfahren durch Dritte erfolgt. Dies gilt (vereinfacht) innerhalb von 30 Tagen bei Dritten, die von der Vergabe gewusst

⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch

Artikel 22 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist.

haben, und innerhalb eines halben Jahres, bei Dritten, die von der Vergabe nichts wussten. Innerhalb eines halben Jahres nach Vertragsschluss läuft die Vergabestelle also Gefahr, dass ein Dritter, der sich an dem Vergabeverfahren gar nicht beteiligt hatte, weil er es nicht kannte, ein Nachprüfungsverfahren startet und die zuständige Vergabekammer die Unwirksamkeit feststellt. Der Dritte muss in diesem Fall vorher auch nicht rügen, er kann gleich zur Vergabekammer gehen. Stellt die Vergabekammer die Unwirksamkeit fest, muss die Vergabestelle den bestehenden Vertrag rückabwickeln und den Auftrag neu ausschreiben⁶. Von dem bisherigen Auftragnehmer wird er zudem ggf. auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Der Auftraggeber zahlt die Planung dann im Extremfall doppelt.

Zu Fördergeldern: Handelt es sich um eine geförderte Maßnahme, so binden Fördergeber die Fördergelder üblicherweise an die Einhaltung des Vergaberechts⁷. Die im vorliegenden Fall nicht erfolgte Beachtung von GWB und VgV gilt als wesentlicher Verstoß gegen die Zuschussbestimmungen und führt zu Rückforderungen meist der gesamten zugehörigen Zuschüsse. Da entsprechende Prüfungen teilweise erst viele Jahre nach Projektabschluss und damit auch über die Frist zu möglichen Nachprüfungsverfahren hinaus erfolgen, ist eine vollständige Rückzahlung bitter.

Antwort 2: Nicht jede „kleine“ Planungsleistung ist europaweit zu vergeben. Liegt der Auftragswert einer isolierten Planungsleistung unterhalb des

jeweils gültigen Schwellenwertes (seit 01.01.2024 sind dies 221.000 €), muss die Vergabestelle dafür kein europaweites Vergabeverfahren durchführen. Solche isolierten Planungsleistungen sind allerdings selten. Das könnte z. B. eine Bestandsvermessung betreffen, rein zur Aufnahme der Gegebenheiten, ohne dass dieser ein Neu- oder Umbau folgt. Überwiegend werden allerdings Planungsleistungen beschafft, die am Ende der Erstellung oder Sanierung eines Bauwerks dienen. Dann sind heute (anders als früher) die Auftragswerte aller zugehöriger Planungsleistungen zu ermitteln.

Zudem sieht § 3 Absatz 9 VgV unverändert für die Vergabestelle die Möglichkeit vor, auch bei Überschreiten des Schwellenwertes die sog. 20%-Regel anzuwenden: Danach dürfen bei einem Vorhaben, dessen Gesamtwert den Schwellenwert übersteigt, Aufträge bis zu einer Summe von 20% des Gesamtwertes aller Lose ohne europaweite Ausschreibung vergeben werden, sofern das einzelne Lose nicht über 80.000 € liegt. Wie die Vergabestelle das Kontingent verteilt, ist ihr überlassen. Regelmäßig wird sie die eher kleineren Planungsleistungen, wie Vermessung, Baugrundgutachten oder Brandschutz national vergeben.

Antwort 3: Nach § 3 Absatz 6 Satz 1 VgV sind bei der Schätzung des Auftragswertes für einen Bauauftrag neben dem Auftragswert der Bauaufträge der geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind und vom

⁶ VK Südbayern, Beschluss vom 26.06.2023 – 3194.Z3-3_01-23-9.

⁷ Meist gelten die Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung

(ANBest-P), aktuell in der Version vom 13.06.2019, MBMI Nr. 19/2019, S. 372.

öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Hierzu hat die Rechtsprechung bestätigt, dass danach etwa die Lieferung von Baustoffen und Kosten der Baustelleneinrichtung hinzuzurechnen sind, nicht jedoch die Kosten für Planungsleistungen und auch nicht für Rechtsberatung⁸.

Zudem gilt auch weiterhin, dass die Kosten der Planungsleistungen nur dann zu den Kosten für die Bauleistung hinzuzuaddieren sind, wenn Planung und Ausführung als einheitlicher Vertrag vergeben werden. Die Frage, ob Planung und Ausführung zusammen vergeben werden, wird jedoch nicht bei der Auftragswertschätzung entschieden. Stattdessen ist hierfür entscheidend, ob ausnahmsweise Planungs- und Ausführungsleistungen mit besonderer Begründung zusammen beauftragt werden dürfen, weil wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern⁹ (siehe dazu auch Antwort 10).

Diese Art der Berechnung gilt unabhängig von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV, so dass sich durch die Streichung nichts geändert hat. Durch die Streichung ist allein die Begründung genommen worden, warum einzelne Leistungsbilder der HOAI nicht addiert, sondern jeweils einzeln am Schwellenwert gemessen werden dürfen.

Jedoch hat die Streichung zusammen mit der Begründung des BMWK¹⁰ in der Praxis zu der Frage geführt, ob –

unabhängig von der Pflicht zur losweisen Vergabe – Planungsleistungen für die Schwellenwertberechnung nicht generell als Teil eines Bauauftrags angesehen werden könnten, da sie ja der Errichtung dienen, weil die Planung ja immer Voraussetzung für die Umsetzung der Bauleistungen ist. Im Referentenentwurf des BMWK, der so auch dem Bundestag und Bundesrat vorgelegt wurde, heißt es nämlich, dass auch eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen als Bauauftrag zulässig sei und dies auch dann, wenn sie nicht zum selben Zeitpunkt ausgeschrieben würden¹¹.

Folgt man dieser Idee, könnten in Zukunft Planungsleistungen, welche der Herstellung eines Bauwerks dienen, und damit die meisten Planungsleistungen, für die Schwellenwertberechnung neben den Bauleistungen als Teil eines Bauauftrags betrachtet werden. Die Planungsleistung wäre dann ein Los eines Bauauftrages und es würde für alle Lose dieses Bauauftrags der Schwellenwert für Bauleistungen von derzeit 5.538 Mio € (seit dem 01.01.2024). Dann müssten die im Schwellenwert enthaltenen Planungsleistungen nicht europaweit ausgeschrieben werden, sondern würden unterschwellig ausgeschrieben. Diese Idee haben die Organisationen der Auftraggebenden und der Planenden aufgegriffen¹² oder haben sie sogar bereits in „Empfehlungen“

⁸ OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28. Januar 2021 – 54 Verg 6/20.

⁹ OLG Schleswig, Beschluss vom 28.01.2021 - 54 Verg 6/20; OLG München, Beschluss vom 31.10.2012 - Verg 19/12.

¹⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz.

¹¹ Drucksache 20/6118 vom 22.03.2023 des Deutschen Bundestags zur Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an (...) weitere europarechtliche Anforderungen, Begründung Teil B, zu Nr. 2, Seite 28, letzter Absatz.

¹² Schreiben der Bundesingenieurkammer vom 17.07.2013 an Herrn Dr. von Hoff auf der Website der Kammer.

umgesetzt¹³. Nach diesen Empfehlungen stünde es in der freien Wahl einer Vergabestelle, ob sie eine Planungsleistung für ein Bauwerk als Dienstleistung oder als Teil eines Bauauftrags einordnet und vergibt. Ein Ergebnis, dass so bisher von den Vergabenachprüfungsbehörden nicht bestätigt ist. Deshalb hatten sich die Beteiligten erhofft, dass das BMWK – wie angekündigt – gerade diese Idee aufgreift und konkretisiert.

Die dann tatsächlich vorgelegten „Klarstellenden Erläuterungen“ des BMWK vom 23.08.2023¹⁴ haben dazu allerdings gerade nichts dargelegt. Vielmehr wurde nur ausgeführt, dass die Gesetze zu beachten seien und im Zweifel eine Vergabekammer die Ausschreibung prüft; was eine Selbstverständlichkeit darstellt, jedoch für die offenen Fragen keinen Mehrwert bringt.

Die Empfehlung für den sichersten Weg muss an dieser Stelle lauten, Planungsleistungen auch weiterhin als Dienstleistungen bewerten und diese nur im Ausnahmefall dann als Bauleistung, wenn die Planungsleistung Teil eines Bauvertrags werden soll, wozu es im Ausnahmefall einer dokumentierten Begründung bedarf. Aufgrund des Aufwandes europaweiter Ausschreibungen und der damit steigenden Anzahl von VgV-Verfahren ist jedoch auch nachvollziehbar, dass öffentliche Auftraggeber dazu übergehen – trotz fehlender Rechtssicherheit durch das BMWK – Planungsleistungen, die nicht zusammen mit den Bauleistungen beauftragt

werden sollen, für die Schwellenwertberechnung als Teil eines Bauauftrages zu bewerten.

Antwort 4: Die genannten Leistungen sind vergaberechtlich als Dienstleistungen zu qualifizieren. Da § 3 VgV keine Besonderheiten mehr für Planungsleistungen regelt, sind die Auftragswerte aller genannten Planungsleistungen aufzuaddieren und am Schwellenwert von aktuell 221.000 € zu messen. Genau das ist die Folge des Wegfalls von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV (alte Fassung).

Antwort 5: Für Planungs(dienst-)leistungen gilt der Schwellenwert von 221.000 € unabhängig davon, ob es sich um Leistungen handelt, die in der HOAI enthalten sind oder nicht. So sind z.B. auch Planungsleistungen im Bereich des Brandschutzes zu addieren und damit für die Beurteilung des Schwellenwertes relevant.

Antwort 6: Wie auch bislang sind Planungsleistungen Teil der Dienstleistungen nach § 103 Abs. 4 GWB und nur getrennt von Dienstleistungen, die entweder den allgemeinen Ausnahmedienstleistungen nach § 107 Abs. 1 GWB zuzuordnen sind (z. B. Schlichtungsdienstleistungen) oder den besonderen Ausnahmedienstleistungen nach § 116 Abs. 1 GWB (z. B. Rechtsdienstleistungen in Gerichtsverfahren) zu betrachten. Die Aufhebung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV hat nur Einfluss auf die Addition von Planungsleistungen untereinander (da auch nur diese geregelt wurden), nicht jedoch auf das Verhält-

¹³ Rundschreiben der Stadt Hamburg, Amt für Verwaltung, Recht und Beteiligungen vom 24.08.2023, wonach es in der freien Wahl der Vergabestellen steht, Planungsleistungen für Bauwerke als Dienstleistung oder als Teil der Bauleistung zu bewerten.

¹⁴ Klarstellende Erläuterungen zur Auftragswertberechnung vor der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen nach der Streichung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV, § 2 Absatz 2 Satz 2 SektVO und § 3 Absatz 7 Satz 3 VSVgV, Aktenzeichen: IB3 – 20611/002, 23.08.2023.

tnis von Planungsdienstleistungen zu anderen Dienstleistungen. Entsprechend gilt der Schwellenwert von 221.000 € für die Addition sämtlicher Dienstleistungen (die keine Ausnahmedienstleistungen sind).

Auch eine Bedarfsplanung ist eine vorhabenbezogene Dienstleistung. Damit ist der Auftragswert für eine Bedarfsplanung, wenn es nach einer Bedarfsplanung zu der Entscheidung kommt, dass der geplante Bedarf auch weiterverfolgt wird, mit aufzuaddieren. Dann führt die Bedarfsplanung dazu, dass weitere Dienstleistungen, wie Objekt- oder Tragwerksplanungsleistungen beschafft werden. In der Tat entsteht bei der Vergabestelle allerdings ein Problem. Zum Zeitpunkt der Beschaffung der Bedarfsplanung weiß die Vergabestelle noch nicht, ob und mit welchen Auftragswerten weitere Beschaffungen von Dienstleistungen erfolgen. Im Rahmen der Schätzung muss sie anhand von Erfahrungswerten bei vergleichbaren Projekten den Gesamtwert der Maßnahme schätzen. Hier kann die Schätzung üblicherweise nur grob erfolgen, da die Bedarfsplanung ja gerade zu Details führt.

Konkret stellt sich das Problem, dass zu einem sehr frühen Zeitpunkt eine Leistung, die Bedarfsplanung, benötigt wird, aus deren Inhalt sich erst ergibt, welchen Umfang das Projekt überhaupt haben wird und welche Leistungen dafür erforderlich sein werden. Umgekehrt kann bei der Auftragswert bei der Ausschreibung der Bedarfsplanung abschließend eben nicht oder nur sehr ungenau bewertet werden. Der Auftraggeber wählt den sichersten Weg, indem er für die Vergabe der Bedarfsplanung die bereits erwartbaren Planungsleistungen mitberücksichtigt und im Anschluss

an die Bedarfsplanung eine erneute Auftragswertschätzung vornimmt, welche die bereits erbrachte Bedarfsplanung berücksichtigt.

Antwort 7: Aus Sicht des Gesetzgebers hat sich die Rechtslage durch die Streichung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV nicht geändert, er spricht daher nur von einer Klarstellung. Dies scheint zweifelhaft, da Ministerien in der Vergangenheit selbst darauf hingewiesen haben, dass mit der Regelung eine Bewertung nach Leistungsbildern der HOAI zulässig ist und vorgenommen werden kann, solange keine EU-Fördermittel in Anspruch genommen werden.

Anerkannt ist, dass auch europarechtswidriges nationales Recht anzuwenden ist, solange es gilt. So galten die europarechtswidrigen Mindestsätze der HOAI uneingeschränkt rückwirkend, bis die Regelungen geändert wurden. Da die Beurteilung im Jahr 2022 eine (ggf. europarechtswidrige) Rechtsgrundlage hatte, war die seinerzeit leistungsbildweise Betrachtung (ggf.) europarechtswidrig, jedoch wirksam. Nunmehr ist die Regelung entfallen und für eine Ausschreibung sind sämtliche noch auszuschreibenden Leistungen für die Schwellenwertberechnung zu addieren. Da hier nur noch die Tragwerksplanung aussteht und für die früher ausgeschriebenen Leistungen eine andere Rechtsgrundlage (nämlich § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV) galt, ist hier der Schwellenwert mit den 150.000 € nicht erreicht und die Ausschreibung der Tragwerksplanung kann unerschwerlich erfolgen. Anders als das BMWK gehen die Autor*innen davon aus, dass die Streichung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV keine Klarstellung, sondern eine Gesetzesänderung darstellt.

Antwort 8: Soweit der Auftraggeber Leistungen selbst (also durch eigens Personal) erbringt, haben diese Leistungen keine Binnenmarktrelevanz und vergrößern daher auch nicht die wirtschaftliche Bedeutung für europaweite Marktteilnehmer. Die Leistung wird weder national noch europaweit ausgeschrieben. Die ausgeschriebenen Leistungen sind also nicht anders zu behandeln, als wären die vom Auftraggeber selbst erbrachten Leistungen gar nicht erforderlich gewesen. Die selbst erbrachten Leistungen sind für die Auftragswertschätzung also nicht zu berücksichtigen. Sie werden nämlich einfach nicht auf dem Markt beschafft. Für die Auftragswertberechnung sind aber nur die Beschaffungsgegenstände maßgeblich. Unabhängig von der Auftragswertschätzung gilt allerdings, dass der Auftraggeber für Leistungen, die er in Eigenregie erbringt, auch selbst haften muss. Den Fragen dazu wollen die Autor*innen in einem gesonderten Artikel nachgehen.

Antwort 9: Wird ein Stufenvertrag geschlossen, so hat der Auftraggeber einseitig die Option, weitere Leistungsstufen zu beauftragen oder eben auch nicht. Der Planer hat keinen Anspruch darauf, dass Leistungsstufen abgerufen werden, ist jedoch verpflichtet, die Leistung zu erbringen, wenn der Abruf erfolgt. § 3 Absatz 1 Satz 2 VgV berücksichtigt diesen Fall unabhängig von der Streichung des § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV und bestimmt, dass für die Auftragswertschätzung etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen sind. Obgleich nicht der Abruf aller Leistungsstufen feststeht, lässt der Auftraggeber erkennen, dass er grundsätzlich ein Interesse auch an der

Durchführung der weiteren Stufen hat. Daher ist der Wert aller Stufen für die Auftragschätzung zu berücksichtigen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Stufen später abgerufen werden oder nicht, da es sich um eine Schätzung zum Zeitpunkt der Beschaffung handelt, die auch dann Bestand hat, wenn sich das Vorhaben später anders entwickelt.¹⁵

Wurden bereits Leistungen erbracht, der Auftrag dann gekündigt und soll nun eine erneute Ausschreibung erfolgen, kommt es nach der Rechtsprechung darauf an, ob die fehlenden Leistungen nach dem ursprünglichen Konzept oder in anderer Form vergeben werden sollen. War z.B. die Projektsteuerung ursprünglich Bestandteil eines Generalplanerauftrags und soll nun als einzelne Leistung vergeben werden, so richtet sich diese Ausschreibung an einen anderen Bieterkreis, weshalb die bisherigen Leistungen nicht zu berücksichtigen sind¹⁶, hier also die noch zu beschaffenden 150.000 €. Wie auch im Fall der durch den Auftraggeber erbrachten Leistungen haben diese bereits durch Dritte erbrachten Leistungen keine Binnenmarktrelevanz mehr, so dass sie für eine erneute Vergabe und Schwellenwertberechnung nicht zu berücksichtigen wären. Danach wäre es ohne Belang, ob sich der Charakter der noch auszuschreibenden Leistungen ändert.

Antwort 10: Diese Annahme ist falsch. Wie auch bisher gilt, dass nach § 3 VgV zunächst in einem ersten Schritt die Auftragswertberechnung anhand des Netto-Auftragswertes erfolgt. Hier ermittelt der Auftraggeber nur, ob eine europaweite Ausschreibung erforderlich ist oder er unterhalb des Schwellen-

¹⁵ VK Westfalen, Beschluss vom 18.12.2019 - VK 1-34/19.

¹⁶ OLG Naumburg, Beschluss vom 14.03.2014 - 2 Verg 1/14.

wertes ausschreiben kann. Sofern die Auftragswertberechnung oberhalb des Schwellenwertes liegt, ist danach eine Ausschreibung der Leistungen nach GWB und VgV durchzuführen. Dabei gilt nach § 97 Absatz 4 GWB, dass mittelständische Interessen zu berücksichtigen sind und Leistungen daher in Teil- oder Fachlosen zu vergeben sind. Nur ausnahmsweise darf die Vergabestelle einzelne Lose oder sogar alle Lose zusammenfassen. Diese Ausnahme bedarf jedoch einer Begründung, die regelmäßig nicht gegeben ist. Die unberechtigte Zusammenfassung mehrere Lose stellt einen Vergaberechtsverstoß dar, der nach entsprechender Rüge im Nachprüfungsverfahren zu einer Rückversetzung oder Aufhebung des Verfahrens führen kann.

Fazit:

Der Wegfall von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV (alte Fassung), führt nicht nur von vornherein zu deutlich mehr europaweiten Vergabeverfahren wegen der

bedingungslosen Additionspflicht aller Planungsleistungen. Er wirft auch im Detail Fragen auf, die aktuell nicht sicher zu beantworten sind. So ist derzeit nicht abschließend geklärt, ob es Vergabestellen freisteht, eine Planungsleistung als Dienstleistung oder alternativ als Los eines Bauvertrages zu bewerten. Die klarstellenden Erläuterungen des BMWK lassen hierzu zentrale Fragen unbeantwortet. Wenig hilfreich ist insbesondere der Hinweis, es handele sich um eine Klarstellung, obgleich die Rechtslage bislang anders angewendet wurde. Wollen Vergabestellen aktuell den vergaberechtlich sicheren Weg gehen, sollten sie Planungsleistungen nur dann national vergeben, wenn die Summe der Planungsleistungen unterhalb des seit 01.01.2024 geltenden Schwellenwertes von 221.000 € liegt. Wird die Summe überschritten, bleibt für die nationale Vergabe einzelner Lose nur noch die 20%-Regel.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger, zertifizierter Mediator, Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, Geschäftsführer der GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V., www.ghv-guestelle.de.

Dr. Alexander Petschulat, Justiziar, Beisitzer der Vergabekammer Westfalen, Leiter Rechtsreferat Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen, www.ikbaunrw.de.