

SAARLÄNDISCHER VERGABETAG
AM 10.10.2023

**DER § 3 ABS. 7 SATZ 2 IST WEG!
NEUER ANSATZ ZUR
AUFTRAGSWERTBERECHNUNG BEI
PLANUNGSLEISTUNGEN?**

DR. VOLKER SCHNEPEL



BUNDES
ARCHITEKTEN
KAMMER

Inhalt

- Vorbemerkung: Thema Schwellenwerte
- Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?
 - Begründung zur eforms-Verordnung
 - Entschließung des Bundesrates
 - Sog. „Klarstellende“ Erläuterungen des Bundeswirtschaftsministeriums
 - Wertung
 - Kernfrage: Verhältnis Bauauftrag zum Gebot der losweisen Vergabe
 - Bisläng übliches Verständnis
 - Vorläufige Thesen
 - Fazit
- Weitere Aktivitäten: Was ist bereits geschehen?
- Weitere Aktivitäten: Was ist weiter geplant?

Vorbemerkung: Thema Schwellenwerte

- Allgemeine Anhebung der Schwellenwerte?
- Gesonderter Schwellenwert für Planungsleistungen?
- Einordnung der Planungsleistungen als soziale oder andere besondere Dienstleistung im Sinne des Art. 74 VRL nebst Anhang XIV?

Umsetzung dieser Vorschläge jedenfalls nicht kurzfristig vorstellbar, da die Schwellenwerte über ein weltweites Abkommen (Government Procurement Agreement) verankert sind. Vertragspartner sind u.a. die USA, Kanada, Australien und die EU.

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

Auszüge aus der Begründung zur Aufhebung des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV in der eforms-VO (dort Seiten 26/27):

- *Eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen als Bauauftrag zulässig.*
- *Für die gemeinsame Vergabe von Ausführung und Planung der Bauleistungen bzw. Bauvorhaben als ein Bauauftrag gilt der jeweils aktuelle EU-Schwellenwert für Bauaufträge.*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- *Für die Schätzung, ob der Auftragswert über oder unter dem EU-Schwellenwert liegt, sind alle vorgesehenen Leistungen zu addieren (§ 3 Absatz 1 Satz 1 der Vergabeverordnung).*
- *Neben allen Bauleistungen umfasst dies auch alle Liefer- und Dienstleistungen, bei gemeinsamer Vergabe also auch die Planungsleistungen (§ 3 Absatz 6 der Vergabeverordnung), auch wenn sie in verschiedenen Losen vergeben werden (§ 3 Absatz 7 Satz 1 der Vergabeverordnung).*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- *Lose eines Bauauftrages müssen nicht im selben Zeitpunkt ausgeschrieben werden; insbesondere bei Baulosen ist dies auch nicht üblich.*
- *Erreicht oder überschreitet der Gesamtwert des Bauauftrags nicht den EU-Schwellenwert, ist das Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte anzuwenden.*
- *Dies darf nach allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen keine Umgehung des Vergaberechts darstellen.*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

Entscheidung des Bundesrats vom 16.6.2023:

*„Der Bundesrat fordert die Bundesregierung auf, den Ländern klarstellende Erläuterungen zur künftigen **rechtssicheren Berechnung** des geschätzten Auftragswertes im Falle von Bau- und Planungsleistungen für die Ermittlung des einschlägigen EU-Schwellenwertes in der Praxis zur Verfügung zu stellen **mit dem Ziel, die Auswirkungen der Aufhebung des § 3 Absatz 7 Satz 2 der Vergabeverordnung (VgV) sowie der entsprechenden Normen in der Sektorenverordnung (SektVO) und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) zu begrenzen.**“*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

Begründung:

- „Eine Streichung des § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV (...) führt in der Praxis zu **erheblicher Rechtsunsicherheit** bei der Frage, wann bei der Auftragswertermittlung eine Zusammenrechnung von Planungsleistungen, die verschiedenen Leistungsbildern nach der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen entsprechen, zu erfolgen hat.“
- „Im Rahmen der europarechtlichen Möglichkeiten **sollten auch weiterhin verschiedene Planungsleistungen für kleinere Bauprojekte ohne europaweite Ausschreibung** vergeben werden können.“

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

Begründung:

- *„Daher sind klarstellende Erläuterungen der Bundesregierung zwingend erforderlich, die aufzeigen, wie die Auswirkungen der Aufhebung des § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV (...) auf die Praxis rechtssicher begrenzt werden können.“*
- *„Die Bundesregierung zeigt in ihrer Begründung zur Aufhebung der genannten Regelungen einen Weg auf, bei dem **in einer Baumaßnahme die Planungsleistungen zusammen mit den Bauleistungen losweise** vergeben werden könnten.“*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- *„Dadurch handele es sich nach § 110 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), wonach es auf den Hauptgegenstand des Auftrags ankommt, insgesamt um einen Bauvertrag, und auch für die Planungsleistungen würde der (deutlich höhere) Schwellenwert für Bauleistungen gelten. **Dies gelte selbst dann, wenn die Planungsleistungen, zum Beispiel im Vorfeld der Bauleistungen, in getrennten Verfahren ausgeschrieben würden.**“*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- *„Die von der Bundesregierung aufgezeigte Lösungsmöglichkeit ergibt sich **lediglich aus der Begründung** der Änderungsverordnung. Aus dem Normtext selbst ergibt sich dieser Lösungsweg hingegen nicht.“*
- *„Es besteht bei Anwendung des dargestellten Lösungsansatzes die **Gefahr eines Unterlaufens des Schwellenwerts** für Planungsleistungen.“*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- *„Es ist erforderlich, dass die Bundesregierung den Ländern und Kommunen rechtzeitig zum Inkrafttreten der Verordnung **flankierende Erläuterungen** zu der Frage zur Verfügung stellt, wie künftig die rechtssichere Berechnung des geschätzten Auftragswerts im Falle von Bau- und Planungsleistungen für die Ermittlung des einschlägigen EU-Schwellenwerts in der Praxis erfolgen kann.“*
- *„Dabei ist insbesondere zu erläutern, **wie die in der Verordnungsbegründung aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten in der Praxis rechtssicher umgesetzt werden können.**“*

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

Sogenannte Klarstellende Erläuterungen des BMWK vom 23.8.2023



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Klimaschutz

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, 11019 Berlin

Bundesressorts
Länder
Kommunale Spitzenverbände

gem. E-Mail-Verteiler

Scharnhorststr. 34-37
10115 Berlin

Postanschrift:
11019 Berlin
Tel. +49 30 18 615-6207

bearbeitet von:
MR Dr. von Hoff
RD'in Zacharias
IB3
buero-IB3@bmwk.bund.de
www.bmwk.de

Betreff: 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
Berlin, 23.08.2023
Seite 1 von 4

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Streichung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV, § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO und § 3 Absatz 7 Satz 3 VSVgV in der Verordnung zur Anpassung des Vergaberichts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare L.e-

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

Wertung der „Klarstellenden Erläuterungen“ des BMWK (Auszug aus einem Mitgliederrundschreiben des Deutschen Städtetages vom 30.8.2023):

„In der Verordnungsbegründung hatte das BMWK einen für die Praxis sinnvollen Ansatz beschrieben. Danach könnte als Grundlage für die Auftragswertbestimmung von Planungsleistungen das Bauvorhaben als Ganzes herangezogen werden. Unabhängig davon wäre die Vergabe sowohl der Planungs- als auch der Bauleistungen im Hinblick auf das Gebot der mittelstandsfreundlichen Vergabe in der Regel in einzelnen Losen möglich gewesen. (...) Die nunmehr vom BMWK veröffentlichten Erläuterungen greifen diese Aspekte nicht auf. Sie lassen die relevanten Fragen unbeantwortet und werfen mehr Fragen auf als sie beantworten.“

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Kernfrage: Verhältnis Bauauftrag zum Gebot der losweisen Vergabe**

In welchem Verhältnis stehen

- die 2. Alternative der Definition des Bauauftrags in § 103 Abs. 3 GWB (Planung und gleichzeitige Ausführung) sowie
- die Möglichkeit, Aufträge für die Planung und die Ausführung gemeinsam zu vergeben (§ 3 Abs. 6 Satz 2 2. Alternative VgV)

zum Gebot der losweisen Vergabe (§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB)?

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Bislang übliches Verständnis:**
 - Das Gebot der losweisen Vergabe führt in der Regel dazu, dass Planung und Ausführung getrennt zu vergeben sind (§ 3 Abs. 6 Satz 2 1. Alternative VgV), so dass ein Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 1. Alternative vorliegt (Bauftrag beinhaltet nur die Ausführung).
 - Umkehrschluss: Ist es ausnahmsweise zulässig, vom Gebot der losweisen Vergabe abzusehen (§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB: Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern), würde dies zwangsläufig die Bezuschlagung eines Auftragnehmers (Totalunternehmers) bedeuten.

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Vorläufige Thesen:**
 - Definition des Bauauftrages (§ 103 Abs. 3 GWB) und die Regelung zur möglichen getrennten oder gemeinsamen Vergabe von Planung und Ausführung (§ 3 Abs. 6 Satz 2 VgV) bewegen sich auf einer anderen Ebene als das Gebot der losweisen Vergabe.

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Vorläufige Thesen:**

- Die Aussage des § 3 Abs. 6 Satz 2 VgV findet sich in der VRL lediglich im Erwägungsgrund 8 UAbs. 2. Der Richtliniengeber stellt damit nur klar, dass die getrennte Vergabe von Planung und Ausführung per se keinen Verstoß gegen die Regelung darstellt, wonach eine Auftragsvergabe ohne objektive Gründe nicht so unterteilt werden darf, dass sie nicht mehr der EU-weiten Vergabe unterliegt (Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VRL; § 3 Abs. 2 Satz 2 VgV).

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Vorläufige Thesen:**
 - Umgekehrt folgt daraus, dass die Entscheidung des Öffentlichen Auftraggebers für eine gemeinsame Vergabe von Planung und Ausführung keinen Umgehungstatbestand darstellen kann.

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Vorläufige Thesen:**

- Erst nach der (völlig freien) Entscheidung für eine getrennte oder gemeinsame Vergabe kommt auf der nächsten Ebene das Gebot der losweisen Vergabe zum Tragen:
 - Bei getrennter Vergabe von Planungs- und Ausführungsleistungen ist unbestritten, dass i.d.R. sowohl die Planungsleistungen als auch später die Ausführungsleistungen in Losen vergeben werden.
 - Warum sollte dies bei der Entscheidung für eine gemeinsame Vergabe anders sein?

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Vorläufige Thesen:**

- Liegt der Gesamtauftragswert unterhalb des Schwellenwertes von 5,382 Mio. Euro, müsste die (losweise) Vergabe der Planungsleistungen nach § 50 UVgO (bzw. Ländervergaberecht) und der Ausführungsleistungen nach der VOB/A Basisparagrafen erfolgen können.
- Liegt der Gesamtauftragswert oberhalb des Schwellenwertes, müsste aufgrund der Verweisvorschrift des § 2 Satz 2 VgV allerdings auch die Vergabe der Planungsleistungen nach der VOB/A/EU erfolgen, da die Vorschrift undifferenziert von Bauaufträgen spricht
=> § 2 Satz 2 VgV sollte auf die Vergabe reiner Ausführungsleistungen beschränkt werden

Neuer Ansatz zur Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen?

- **Fazit:**
 - Es ist nicht ausgeschlossen, dass der neue Ansatz vergaberechtskonform zu angemessenen Ergebnissen führen kann.
 - Es bleiben aber etliche Fragen zu klären, auch zur Notwendigkeit gesetzgeberischer Anpassungen.
 - Das Bundeswirtschaftsministerium ist dieser Aufgabe leider nicht nachgekommen.

Weitere Aktivitäten: Was ist bereits geschehen?

- Schreiben der kommunalen Spitzenverbände an das BMWK am 11.9.2023 mit der erneuten Bitte um Beantwortung konkreter Fragen
- Vergleichbares Schreiben von BAK, BIngK und AHO an das BMWK vom 25.9.2023
- Schreiben der Länderarchitekten- und Ingenieurkammern an Landesregierungen (Bundesrat)
- Angeblich gibt es bereits deutlich kritisches Schreiben der bayrischen Landesregierung

Weitere Aktivitäten: Was ist bereits geschehen?

- Internes Rundschreiben der hamburgischen Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen vom 24.8.2023 zur Aufhebung des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV:
„Andererseits ist es möglich, die Planungs- und Bauleistungen vor dem Projektbeginn zu addieren. Architekten-, Ingenieur- und Statikerleistungen bleiben bei der Gesamtwertberechnung einer Bauleistung grundsätzlich außer Acht. Beinhaltet der Auftrag aber gleichzeitig die Planung und die Ausführung (§ 103 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GWB), sind die Planungsleistungen als unselbständige Bestandteile der eigentlichen Bauleistung anzusehen und zu addieren. Sollte der Wert insgesamt unter 5,382 Mio. Euro netto bleiben, kann unterschwellig ausgeschrieben werden. Hierbei kann eine losweise Trennung der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen vorgenommen werden.“

Weitere Aktivitäten: Was ist weiter geplant?

- Beauftragung des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages
- Ggf. Beauftragung einer weiteren wissenschaftlichen Untersuchung
- Austausch mit Mitgliedern von Vergabekammern über rechtliche Einschätzung

Vielen Dank fürs Zuhören!

DR. VOLKER SCHNEPEL

LEITER DER RECHTSABTEILUNG

SYNDIKUSRECHTSANWALT

STELLV. BUNDESGESCHÄFTSFÜHRER

BUNDESARCHITEKTENKAMMER E.V./ FEDERAL CHAMBER OF GERMAN ARCHITECTS

ASKANISCHER PLATZ 4 . 10963 BERLIN

T +49 30 26 39 44 – 20

SCHNEPEL@BAK.DE . WWW.BAK.DE

