



Freie und Hansestadt Hamburg

Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen

Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen, Neuenfelder Straße 19, 21109 Hamburg

Amt für Verwaltung, Recht und
Beteiligungen

An: Verteiler

Neuenfelder Straße 19
21109 Hamburg
Telefon 040 428 40 – 2503 Zentrale - 0
Telefax 040 427 31 - 0500
Ansprechpartner: Herr Gottlieb
Zimmer E.10.448
E-Mail Gabor.Gottlieb@bsw.hamburg.de

24. August 2023

Teil 5 Bauhandbuch VV-Bau

Rundschreiben: Aufhebung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit dem heutigen Inkrafttreten der „Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen“ wird unter anderem die Sonderregelung zur Auftragswertberechnung von Planungsleistungen nach § 3 Abs. 7 S. 2 VgV aufgehoben. Die Aufhebung wird unmittelbar mit Inkrafttreten am 24.08.2023 wirksam. Die Aufhebung der Sonderregelung, welche die Europäische Kommission für europarechtswidrig hielt, erfolgte zur Sicherstellung der Übereinstimmung des nationalen Vergaberechts mit den europäischen Anforderungen und beseitigt insoweit einen Vorwurf aus einem Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland. Laut Verordnung hätte ohne eine Anpassung mit sehr großer Wahrscheinlichkeit eine Klage der Europäischen Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof und ein dortiges Unterliegen gedroht.

Mit diesem Rundschreiben möchten wir Sie über die Folgen der Aufhebung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV unterrichten und Sie auf einen möglichen Umgang mit der Auftragswertberechnung von Planungsleistungen hinweisen.

§ 3 VgV regelt die Schätzung des Auftragswerts, welche im Bauhandbuch VV-Bau in Teil 5.3 behandelt wird. Nach Satz 2 des Absatz 7 des § 3 VgV wurden die Auftragswerte unterschiedlicher Lose bisher nur addiert, wenn sie gleichartige Dienstleistungen betrafen. Absatz

9 des Teil 5.3 VV-Bau regelt die Handhabe der bisherigen Sonderregelung nach § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und muss, insoweit auf Satz 2 eingegangen wird, von nun an unbeachtet bleiben. In Zukunft sind zur Schätzung des voraussichtlichen Auftragswertes folglich die Gesamtwerte aller vorgesehenen Leistungen zusammenzurechnen und der Gesamtwert aller Lose zu Grunde zu legen, unabhängig davon, ob es sich um gleichartige Leistungen handelt oder nicht, solange von einer funktionalen Einheit auszugehen ist. Ausschlaggebend für die Ermittlung des Auftragswerts sind noch immer die Grundregeln des § 3 Abs. 1 und 7 S.1 VgV. Für die Auftragswertberechnung von Planungsleistungen ist eine Zusammenrechnung einzelner Planungsleistungen folglich nach der wirtschaftlichen und technischen Funktion der Leistungen zu bestimmen. Der Hinweis in Absatz 10 des Teil 5.3 VV-Bau weist bereits auf die von nun an zu berücksichtigende Auffassung der EU-Kommission hin.

Der Auftragswert wird hierdurch künftig vermutlich häufiger oberhalb der EU-Schwellenwerte liegen. In diesem Zusammenhang möchten wir Sie auf folgende bestehende Instrumente des Bauvergaberichts hinweisen, auf deren Grundlage ein pragmatischer Umgang mit den geltenden Regelwerken möglich ist, ohne, dass umfangreich auf überschwellige Vergaben ausgewichen werden muss. Beachtet werden muss hierbei, dass nach § 3 Abs. 2 VgV „die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts nicht in der Absicht erfolgen darf, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung zu umgehen“.

I. Rahmenverträge

Einerseits kann die Möglichkeit genutzt werden, Auftragnehmer durch Rahmenverträge langfristig zu binden. In diesem Fall kann einmalig EU-weit ein Rahmenvertrag ausgeschrieben und dann mit den Auftragnehmern mit den wirtschaftlichsten Angeboten dieser Rahmenvertrag abgeschlossen werden. In den folgenden 4 Jahren werden Aufträge dann nur innerhalb der Rahmenvertragspartner vergeben.

II. Gleichzeitigkeit mit Bauleistung

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 unselbstständige 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.

III. 80/20-Regelung

Überdies sollte die 80/20-Regelung des § 3 Abs. 9 VgV nicht außer Acht gelassen werden. Gemäß § 3 Abs. 9 VgV dürfen im Falle der Losvergabe Lose, deren geschätzter Nettowert unter 80.000 Euro liegt, national vergeben werden, soweit sie die Höchstgrenze von 20% des geschätzten Gesamtwertes nicht übersteigen. Kleinteilige Aufträge können hiernach nach wie vor nach nationalem Recht vergeben werden.

Zur weiteren Orientierung und Unterstützung stellen wir Ihnen zudem klarstellende Erläuterungen des Bundes zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Hanus (i.V.)

Gottlieb

Hinweis: Das Bauhandbuch (VV-Bau) und alle damit zusammenhängenden Informationen werden ausschließlich digital zur Verfügung gestellt.

Um sich in den E-Mail- Verteiler für Rundschreiben eintragen zu lassen, senden Sie eine E-Mail mit dem Betreff „Subscribe Bauhandbuch (VV-Bau)“ an baukompetenzzentrum@bsw.hamburg.de.
Bitte teilen Sie unter dieser Adresse auch Änderungen im Verteiler mit.



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 Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („e-Forms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen (eForms-VO, BGBl. 2023 I Nr. 222) war europarechtlich geboten. Diese Sonderregelung („gleichartige Planungsleistungen“) ist in der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und in der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste vom 26. Februar 2014 nicht enthalten.

Die Regelungen in § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV, § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO wurden daher aufgehoben. Für § 3 Absatz 7 Satz 3 VSVgV war eine entsprechende Streichung als Folgeänderung ebenfalls erforderlich. Damit ist klar gestellt, dass bei der Auftragswertberechnung nach § 3 Absatz 7 VgV, § 2 Absatz 7 SektVO und § 3 Absatz 7 VSVgV bei Planungsleistungen nicht nur Lose über gleichartige Leistungen zusammenzurechnen sind und dass für



Seite 2 von 4

Planungsleistungen grundsätzlich dieselben Regeln zur Auftragswertberechnung wie für sonstige Dienstleistungen gelten.

Ergänzend zu den bereits in der Begründung zu der Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen gegebenen Hinweisen (vgl. S. 26 ff. der Bundestagsdrucksache 20/6118) werden in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen folgende klarstellenden Erläuterungen zur Verfügung gestellt. Sie sollen einer rechtssicheren, unionsrechtskonformen Anwendung der maßgeblichen Normen dienen, können einer Prüfung im Einzelfall durch die jeweilige Vergabestelle und einer etwaigen Auslegung durch die Spruchpraxis der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte aber nicht vorgreifen:

1.

Die maßgeblichen Methoden zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts ergeben sich aus Art. 5 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 16 der Richtlinie 2014/25/EU. Zu beachten ist insbesondere jeweils Absatz 3, wonach die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts nicht in der Absicht erfolgen darf, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor (keine willkürliche Aufteilung). Umgesetzt wurde dies in § 3 Absatz 2 VgV und § 2 Absatz 2 SektVO, eine vergleichbare Regelung enthält § 3 Absatz 2 VSVgV.

2.

Für die Auftragswertberechnung ist – unabhängig von einer etwaigen Losbildung – zunächst zu bestimmen, inwieweit ein einheitlicher Auftrag vorliegt. Hierbei ist eine „funktionale Betrachtung“ heranzuziehen. Diese hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil vom 05.10.2000, Kommission/Frankreich, C-16/98, für Bauaufträge entwickelt. Im Urteil vom 15.03.2012, Autalhalle, C-574/10, hat der EuGH diese funktionale Betrachtung auch auf Dienstleistungsaufträge angewandt. Ein einheitlicher Gesamtauftrag liegt demnach vor, sofern dessen Teilleistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen. Beide Entscheidungen liegen vor den heute maßgeblich geltenden Vergaberichtlinien.

Die Europäische Kommission geht dabei davon aus, dass eine „andere Natur von Dienstleistungsaufträgen“ nicht als Begründung herangezogen werden kann, um von einer funktionalen Betrachtungsweise abzusehen. Ob



Seite 3 von 4

Planungsleistungen, die in ihrer Art auf unterschiedliche Weise erbracht werden, in funktionalem Zusammenhang stehen und zusammenzurechnen sind, ist daher im Einzelfall von der jeweiligen Vergabestelle zu prüfen und zu dokumentieren. In Betracht kommt diese Prüfung insbesondere z.B. bei Bodengutachten oder Mächtigkeitsstudien in einer frühen Vorplanungsphase.

3.

Ausweislich Erwägungsgrund 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Erwägungsgrund 10 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU sollen die öffentlichen Auftraggeber sowohl die getrennte als auch die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen vorsehen können. Die Richtlinien bezwecken nicht, eine gemeinsame oder getrennte Vergabe für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen vorzuschreiben. Im nationalen Recht sind öffentliche Bauaufträge definiert in § 103 Absatz 3 GWB, die Vergabe öffentlicher Bauaufträge richtet sich nach § 2 VgV. Für die Auslegung von Begriffen sind außerdem die Begriffsbestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU in Art. 2 maßgeblich. Zu beachten ist, dass danach „öffentliche Bauaufträge“ öffentliche Aufträge mit einem der folgenden Ziele sind: a) Ausführung oder sowohl die Planung als auch die Ausführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang II der Richtlinie genannten Tätigkeiten; b) Ausführung oder sowohl die Planung als auch die Ausführung eines Bauvorhabens; c) Erbringung einer Bauleistung durch Dritte – gleichgültig mit welchen Mitteln – gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber, der einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat, genannten Erfordernissen.¹

4.

Ungeachtet von Art. 5 Absätze 8 und 9 können nach Art. 5 Absatz 10 der Richtlinie 2014/24/EU (bzw. der entsprechenden Regelungen in den Richtlinien 2014/25/EU und 2009/81/EG) öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe einzelner Lose von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichen, wenn der geschätzte Wert des betreffenden Loses ohne MwSt. bei Lieferungen oder Dienstleistungen unter 80 000 EUR und bei Bauleistungen

¹ Die Begriffsbestimmung in Art. 2 Ziff. 2. der Richtlinie 2014/25/EU weicht nur unwesentlich hiervon ab: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (...) 2. „Baufträge“ Aufträge mit einem der folgenden Ziele: a) Ausführung oder sowohl die Planung als auch die Ausführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten; b) Ausführung oder sowohl die Planung als auch die Errichtung eines Bauwerks; c) Erbringung einer Bauleistung durch Dritte – gleichgültig mit welchen Mitteln – gemäß den vom Auftraggeber, der einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Bauwerks hat, genannten Erfordernissen;“



Seite 4 von 4

unter 1 000 000 EUR liegt (vgl. § 3 Absatz 9 VgV). Allerdings darf der kumulierte Wert der in Abweichung von dieser Richtlinie vergebenen Lose 20 Prozent des kumulierten Werts sämtlicher Lose, in die das Bauvorhaben, der vorgesehene Erwerb gleichartiger Lieferungen oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen unterteilt wurde, nicht überschreiten, vgl. Art. 5 Absatz 10 RL 2014/24/EU (sowie Art 16 Absatz 10 RL 2014/25/EU bzw. Art. 9 Absatz 5 RL 2009/81/EG).

5.

Mittelständische Interessen sind – unter Beachtung der unionsrechtlichen Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe – in Ausschreibungen für Planungsleistungen weiterhin zu wahren (vgl. § 97 Absatz 4 GWB).

Mit freundlichen Grüßen
im Auftrag

gez. Dr. Konrad von Hoff