

Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) geregelt werden sollen. Damit soll den Besonderheiten der Bauleistungen bei öffentlichen Aufträgen Rechnung getragen werden.

Daran anknüpfend erklärt §2 die neue VOB/A in der am 19.1.2016 im Bundesanzeiger veröffentlichten Fassung für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für anwendbar. Damit gelten die Vorschriften der neuen VgV grundsätzlich nicht für Bauaufträge. Davon ausgenommen sind lediglich **Abschnitt 1 und Abschnitt 2 Unterabschnitt 2 der VgV**, die ergänzend – und vorrangig – zu den Regelungen der VOB/A Anwendung finden. Damit sind insbesondere die Vorschriften zur Schätzung des Auftragswerts, zur Wahrung der Vertraulichkeit, zur Vermeidung von Interessenkonflikten, zur vorherigen Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens, zur Dokumentation und zur Erstellung des Vergabevermerks uneingeschränkt auch bei der Vergabe von Bauaufträgen anzuwenden. Gleiches gilt für grundlegende Vorschriften zur elektronischen Auftragsvergabe und besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren wie z. B. den Rahmenvereinbarungen und dynamischen Beschaffungssystemen.

Mit dieser Sonderstellung für die VOB/A entwickeln sich die Regelungen für die Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen einerseits und für die Vergabe von Bauleistungen andererseits ab den EU-Schwellenwerten weiter auseinander, womit das ursprünglich einmal verfolgte Ziel einer weitestgehenden Harmonisierung des Vergaberechts konterkariert wird. Dieser Trend hatte bereits mit der VSVgV vom 12.7.2012 eingesetzt, in der die Vergabe von Bauaufträgen ebenfalls nur rudimentär geregelt ist und im Übrigen auf den 3. Abschnitt der VOB/A verwiesen wird.

5.3 Schätzung des Auftragswerts (§3)

(1) Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Zudem sind etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter vor, sind auch diese zu berücksichtigen.

(2) Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist.

B 5 5. Vergabeverfahren nach der VgV

(3) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet wird oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird.

(4) Der Wert einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wird auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwertes aller Einzelaufträge berechnet, die während der gesamten Laufzeit einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems geplant sind.

(5) Der zu berücksichtigende Wert im Falle einer Innovationspartnerschaft entspricht dem geschätzten Gesamtwert der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, die während sämtlicher Phasen der geplanten Partnerschaft stattfinden sollen, sowie der Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, die zu entwickeln und am Ende der geplanten Partnerschaft zu beschaffen sind.

(6) Bei der Schätzung des Auftragswerts von Bauleistungen ist neben dem Auftragswert der Bauaufträge der geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind und vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, bleibt unberührt.

(7) 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. Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.

(8) Kann ein Vorhaben zum Zweck des Erwerbs gleichartiger Lieferungen zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen.

(9) Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe einzelner Lose von Absatz 7 Satz 3 sowie Absatz 8 abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80 000 Euro und bei Bauleistungen unter 1 000 000 Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.

(10) Bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder Daueraufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen sowie bei Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums verlängert werden sollen, ist der Auftragswert zu schätzen

1. auf der Grundlage des tatsächlichen Gesamtwertes entsprechender aufeinander folgender Aufträge aus dem vorangegangenen Haushaltsjahr oder Geschäftsjahr; dabei sind voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kos-

ten möglichst zu berücksichtigen, die während der zwölf Monate zu erwarten sind, die auf den ursprünglichen Auftrag folgen, oder

2. *auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwertes aufeinander folgender Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate oder während des auf die erste Lieferung folgenden Haushaltsjahres oder Geschäftsjahres, wenn dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden.*

(11) Bei Aufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist Berechnungsgrundlage für den geschätzten Auftragswert

1. *bei zeitlich begrenzten Aufträgen mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten der Gesamtwert für die Laufzeit dieser Aufträge, und*
2. *bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten der 48-fache Monatswert.*

(12) Bei einem Planungswettbewerb nach § 69, der zu einem Dienstleistungsauftrag führen soll, ist der Wert des Dienstleistungsauftrags zu schätzen zuzüglich etwaiger Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer. Bei allen übrigen Planungswettbewerben entspricht der Auftragswert der Summe der Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer einschließlich des Werts des Dienstleistungsauftrags, der vergeben werden könnte, soweit der öffentliche Auftraggeber diese Vergabe in der Wettbewerbsbekanntmachung des Planungswettbewerbs nicht ausschließt.

§ 3 Schätzung des Auftragswerts

Ausgangspunkt → **voraussichtlicher Gesamtwert** der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer, insbesondere einschließlich etwaiger

- Optionen oder Vertragsverlängerungen
- Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter

Wahl der Berechnungsmethode → keine Umgehung von GWB und VgV
→ keine Unterteilung, es sei denn → Vorliegen objektiver Gründe

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts
→ Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung oder sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens

Wert einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems
→ geschätzter Gesamtwert aller geplanten Einzelaufträge

Wert einer Innovationspartnerschaft
→ geschätzter Gesamtwert aller Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten sowie der am Ende zu beschaffenden Leistung

Bauleistungen
→ Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen können entweder getrennt oder gemeinsam vergeben werden

Losvergabe bei Dienstleistungen
→ geschätzter Gesamtwert aller Lose (bei Planungsleistungen nur bei Losen über gleichartige Leistungen)
• Grundsatz → alle Lose unterfallen GWB und VgV
• Ausnahme → sog. „80/20-Regel“ bei Dienstleistungen unter 80 000 Euro

Losvergabe bei Erwerb gleichartiger Lieferungen

→ geschätzter Gesamtwert aller Lose

- Grundsatz → alle Lose unterfallen GWB und VgV
- Ausnahme → sog. „80/20-Regel“ bei Lieferleistungen unter 80 000 Euro

Regelmäßig wiederkehrende Aufträge oder Daueraufträge über Liefer- oder Dienstleistungen

- Tatsächlicher Gesamtwert entsprechender aufeinander folgender Aufträge aus dem vorangegangenen Haushaltsjahr oder Geschäftsjahr
- Geschätzter Gesamtwert aufeinander folgender Aufträge während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate

Aufträge über Liefer- oder Dienstleistungen ohne Gesamtpreis

- zeitlich begrenzte Aufträge mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten → Gesamtwert für die Laufzeit der Aufträge
- Aufträge mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten → der 48-fache Monatswert

Planungswettbewerbe

- Planungswettbewerb soll zu einem Dienstleistungsauftrag führen → geschätzter Wert des Dienstleistungsauftrags zuzüglich etwaiger Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer
- Sonstige Planungswettbewerbe → Auftragswert der Summe der Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer einschließlich des Werts des Dienstleistungsauftrags, der vergeben werden könnte

§3 normiert die materiellen und formellen Vorgaben für die **Schätzung des Wertes eines öffentlichen Auftrages**. §3 dient der Umsetzung von Art.5 der Richtlinie 2014/24/EU. Ziel der Regelungen ist die umfassende Einbeziehung aller Kosten, die mit einem Auftrag in Verbindung stehen. Anhand des ermittelten Auftragswertes ist zu beurteilen, ob der Schwellenwert nach §106 Abs.2 Nr.1 GWB erreicht oder überschritten ist.

5.3.1 Gesamtwert (Abs.1)

Nach §3 Abs.1 S.1 ist bei der Schätzung des Auftragswerts vom **voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer** auszugehen. Dieser ist unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteile

vom 5.10.2000, C-16/98 und vom 15.3.2012, C-574/10) zu ermitteln ist. Danach ist eine Aufteilung der Leistung dann unzulässig, wenn die Leistung im Hinblick auf ihre **technische und wirtschaftliche Funktion einen einheitlichen Charakter** aufweist. Im Rahmen dieser funktionellen Betrachtungsweise sind organisatorische, inhaltliche, wirtschaftliche sowie technische Zusammenhänge zu berücksichtigen. Anhand dieser Kriterien ist zu bestimmen, ob Teilaufträge untereinander so verbunden sind, dass sie als ein einheitlicher Auftrag anzusehen sind. Die Werte derart miteinander verknüpfter Leistungen sind zu addieren, obgleich sie möglicherweise aufeinanderfolgend erbracht werden.

Nach § 3 Abs. 1 S. 2 und S. 3 sind bei der Schätzung zudem etwaige **Optionen oder Vertragsverlängerungen sowie eventuelle Prämien oder Zahlungen** an die Bewerber oder Bieter zu berücksichtigen.

5.3.2 Umgehungsverbot (Abs. 2)

§ 3 Abs. 2 dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU und bestimmt wie die Vorläuferregelung in § 3 Abs. 2 VgV a. F., dass die Aufteilung eines Auftrages **nicht in der Absicht erfolgen darf, ihn dem Anwendungsbereich der Verordnung zu entziehen**. Nach dem neu eingefügten § 3 Abs. 2 S. 2 Halbsatz 2 ist eine Aufteilung ausnahmsweise zulässig, wenn objektive – und somit sachlich gerechtfertigte – Gründe sie rechtfertigen. Objektive Gründe können aus internen Organisationsentscheidungen des Auftraggebers resultieren. So kann der Auftraggeber selbstständige Einheiten seiner Einrichtung mit einem eigenen Budget zur Mittelbewirtschaftung ausstatten und ihnen damit auch das Recht zur unabhängigen Beschaffung von Leistungen einräumen. In solchen Konstellationen dürfen Aufträge über dieselbe Leistung voneinander unabhängig vergeben werden. Als eigenständige Organisationseinheiten können etwa Schulen oder Kindergärten angesehen werden (vgl. Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2014/24 /EU). Eine Aufteilung ist allerdings nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auftragsvergabe dezentral durchführt, denn grundsätzlich wird der geschätzte Gesamtwert für alle einzelnen Organisationseinheiten zusammen berücksichtigt.

5.3.3 Zeitpunkt der Schätzung (Abs. 3)

§ 3 Abs. 3 setzt Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU um und stimmt mit dem bisherigen § 3 Absatz 9 VgV a. F. überein. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist danach der **Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird**. Letzteres ist bei Maßnahmen der Fall, mit denen erste Schritte zur Herbeiführung eines konkreten Vertragsabschlusses unternommen werden und die deshalb einer förmlichen Einleitung eines Vergabever-

fahrens durch Absendung einer Auftragsbekanntmachung funktional gleichstehen. Ein Vergabeverfahren ist daher auch begonnen, wenn eine Aufforderung zur Angebotsabgabe ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb erfolgt. Bloße Vorbereitungsmaßnahmen, wie die Markterkundung, ggfs. auch unter Anfrage bei Marktteilnehmern, interne Beratungen einschließlich der Erstbefassung der späteren Entscheidungsgremien, leiten das Verfahren hingegen noch nicht ein.

5.3.4 Schätzung bei Rahmenvereinbarungen oder dynamischen Beschaffungssystemen (Abs. 4)

Gemäß § 3 Abs. 4 wird der **Wert von Rahmenvereinbarungen oder dynamischen Beschaffungssystemen** auf der Grundlage des geschätzten Wertes der kumulierten Einzelaufträge berechnet. Die Vorschrift setzt Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU um und entspricht dem bisherigen § 3 Abs. 6 VgV a. F.

5.3.5 Schätzung bei Innovationspartnerschaften (Abs. 5)

§ 3 Abs. 5 wurde mit der VgV 2016 neu eingefügt und setzt Art. 5 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU um. Er regelt die Berechnung des Wertes im Rahmen des **neu eingeführten Vergabeverfahrens der Innovationspartnerschaft**. Abs. 5 zielt auf eine umfassende Berücksichtigung der Vergütung aller Forschungs- und Entwicklungsleistungen, einschließlich des Wertes der durch den öffentlichen Auftraggeber nach Abschluss der Innovationspartnerschaft zu beschaffenden innovativen Leistung.

5.3.6 Schätzung bei Bauleistungen (Abs. 6)

§ 3 Abs. 6 regelt die Schätzung des **Auftragswerts bei Bauleistungen**. Er stimmt weitgehend mit dem bisherigen § 3 Abs. 5 der VgV a. F. überein. Nunmehr sind allerdings auch bestimmte Dienstleistungen in die Schätzung des Auftragswerts einzubeziehen. Dabei geht es jedoch nur um solche Dienstleistungen, die unmittelbar für die Errichtung des Bauwerkes erforderlich sind. Die Vorschrift bezweckt demgegenüber nicht, eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen vorzuschreiben.

5.3.7 Schätzung bei losweiser Vergabe von Bau- bzw. Dienstleistungen (Abs. 7)

§ 3 Abs. 7 enthält Regelungen zur **Auftragswertberechnung bei losweiser Vergabe von Bau- oder Dienstleistungen**. § 3 Abs. 7 S. 1 bestimmt, dass bei einem Auftrag, der in mehreren Losen vergeben wird, der addierte geschätzte Gesamtwert sämtlicher Lose den Auftragswert bildet. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt die VgV für die Vergabe jedes Loses. § 3 Abs. 7 S. 2 stellt deklaratorisch fest, dass nur die Werte solcher Planungsleistungen zusammenzurech-

nen sind, die gleichartig sind. Bei der Bewertung, ob Planungsleistungen gleichartig sind, ist die wirtschaftliche oder technische Funktion der Leistung zu berücksichtigen.

5.3.8 Schätzung bei losweiser Vergabe von Lieferungen (Abs. 8)

§ 3 Abs. 8 sieht vor, dass bei einem **losweisen Erwerb gleichartiger Lieferleistungen** ebenfalls der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen ist. Dabei sind unter gleichartigen Lieferungen im Zusammenhang mit der Auftragswertschätzung Lieferleistungen zu verstehen, die für gleichartige Verwendungszwecke vorgesehen sind (z. B. Lieferungen einer Reihe von Nahrungsmitteln oder von verschiedenen Büromöbeln). Typischerweise würde ein Wirtschaftsteilnehmer, der in dem betreffenden Bereich tätig ist, solche Lieferungen wahrscheinlich als Teil seiner üblichen Produktpalette anbieten (vgl. Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2014/24/EU).

5.3.9 Vergabe von Losen nach der sog. „80/20-Regel“ (Abs. 9)

§ 3 Abs. 9 enthält die sogenannte **„80/20-Regel“**. Danach dürfen Lose, deren geschätzter Nettowert bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80 000 Euro liegt, außerhalb der Bestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werden, soweit diese Lose die Höchstgrenze von 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigen. Damit wird Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Sinn der Regelung ist es, bei kleineren Aufträgen eine nationale Vergabe zuzulassen, weil sie in der Regel auch nur für Bieter im nationalen Bereich von Interesse sind.

5.3.10 Schätzung bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder Daueraufträgen (Abs. 10)

§ 3 Abs. 10 behandelt die Berechnung des **Auftragswerts im Falle von regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder Daueraufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen**. § 3 Abs. 10 führt neben dem Haushaltsjahr das Geschäftsjahr als weiteren Referenzzeitraum für die Schätzung des Auftragswerts auf.

5.3.11 Schätzung ohne Angabe eines Gesamtpreises (Abs. 11)

§ 3 Abs. 11 regelt die Schätzung über Aufträge von Liefer- oder Dienstleistungen, für die **kein Gesamtpreis angegeben** wird.

5.3.12 Schätzung bei Planungswettbewerben (Abs. 12)

§ 3 Abs. 12 regelt die **Auftragswertschätzung bei Planungswettbewerben**, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen.

**Praxishinweis**

In der Praxis tritt gelegentlich das Problem auf, dass die **Schätzung des Auftraggebers unterhalb der Schwellenwertes nach §106 Abs.2 Nr.1 GWB** lag, die eingehenden Angebote bzw. das wirtschaftlichste Angebot jedoch den Schwellenwert überschreiten. Hier stellt sich die Frage, ob das nationale Verfahren abzubrechen ist oder weitergeführt werden kann. Da letztlich jede Schätzung als Prognose eine gewisse Unsicherheit in sich birgt, kann das einmal gewählte Verfahren zu Ende geführt werden, wenn die Schätzung sorgfältig und seriös erfolgt ist (Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 12.5.2003, VK 2 – 20/03; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.7.2010, Verg 34/10). Auf Umstände, die erst nachträglich bei einer rückschauenden Betrachtung Bedeutung gewonnen haben, kann es dabei nicht ankommen. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Auftraggeber eine vorhersehbare Kostenentwicklung unberücksichtigt lässt oder ungeprüft und pauschal Werte übernimmt, die auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhen.

Bei der umgekehrten Konstellation, in der der Auftraggeber **irrtümlich den Auftragswert zu hoch ansetzt** und deshalb ein europaweites Vergabeverfahren durchführt, ist der Rechtsweg zu der Vergabekammer bzw. dem Vergabesenat nicht gegeben, da der öffentliche Auftraggeber eine vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Überprüfungsmöglichkeit nicht eröffnen kann (OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.8.2002, 2 Verg 9/02). Allerdings kann sich der öffentliche Auftraggeber durch die Anwendung der Vergabevorschriften selbst binden, mit der Folge, dass ein Abweichen von diesen Regeln Schadensersatzansprüche nach den Grundsätzen des Verschuldens beim Vertragsschluss auslösen kann.

5.4 Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe; zentrale Beschaffung (§4)

(1) Mehrere öffentliche Auftraggeber können vereinbaren, bestimmte öffentliche Aufträge gemeinsam zu vergeben. Dies gilt auch für die Auftragsvergabe gemeinsam mit öffentlichen Auftraggebern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Möglichkeiten zur Nutzung von zentralen Beschaffungsstellen bleiben unberührt.

(2) Soweit das Vergabeverfahren im Namen und im Auftrag aller öffentlichen Auftraggeber insgesamt gemeinsam durchgeführt wird, sind diese für die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gemeinsam verantwortlich. Das gilt auch, wenn ein öffentlicher Auftraggeber das Verfahren in seinem Namen und im Auftrag der anderen öffentlichen Auftraggeber allein ausführt. Bei nur teilweise gemeinsamer Durchführung sind die öffentlichen Auftraggeber nur für jene Teile gemeinsam verantwortlich, die gemeinsam durchgeführt wur-