

Die Auftragswertberechnung ist ein besonderes Problem. Müssten hier die Werte aller freiberuflichen Leistungen zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden, wäre beispielsweise schon der Bau eines Kindergartens mit Baukosten von ca. netto 1.200.000 Euro europaweit auszu-schreiben. Das BMWi hat jetzt den Argumenten der Planer Rechnung getragen und klargestellt, dass bei der Beschaffung von Planungsleistungen nur der Wert für Lose gleichartiger Leistungen zusammen-zurechnen ist. Damit wird im Grundsatz die bisherige Rechtslage der VOF vorerst wieder festgeschrieben.



Drees/fotolia

## Toolbox Vergaberecht

# Die neuen Werkzeuge der Auftragsvergabe

48

Die Reform des Vergaberechts liegt in den letzten Zügen. Fast fünf Jahre lang hat die Bundesingenieurkammer den Prozess der Novellierung und Modernisierung des Vergaberechts begleitet, der dieses Frühjahr erst in das allgemeine Bewusstsein der hiervon betroffenen Ingenieurbüros rücken wird. | [Markus Balkow](#)

➤ Bereits im April 2011 hatte die Bundesingenieurkammer die Fragen des Grünbuchs der EU-Kommission zur Modernisierung des Öffentlichen Auftragswesens beantwortet und im Februar 2012 zum anschließend vorgelegten Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe KOM(2011)896/2 vom 21.12.2011 Stellung genommen.

Am 28.03.2014 wurden die neuen EU-Vergaberichtlinien im EU-Amtsblatt veröffentlicht und sind am 17.04.2014 in Kraft getreten. Die Richtlinien sind innerhalb von zwei Jahren bis zum 18.04.2016 in deutsches Recht umzusetzen, was maßgeblich unter der Zuständigkeit des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) vollzogen wird.

### Vollständig überarbeitetes Regelwerk

Der Unionsgesetzgeber hat mit dem Paket zur Modernisierung des europäischen

Vergaberechts ein vollständig überarbeitetes Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen vorgelegt, dessen Ziel es u.a. ist, die Vergabeverfahren effizienter, einfacher und flexibler zu gestalten und kleinen und mittleren Unternehmen die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren zu erleichtern. Das Modernisierungspaket umfasst:

- die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU),
- die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) und
- die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU).

Lange hat sich die Bundesingenieurkammer zusammen mit der Bundesarchitektenkammer und den Verbänden der planenden Berufe dabei für eine Umsetzung der Richtlinien unter Beibehaltung der bisherigen Struktur des deutschen Vergaberechts mit seiner sogenannten „Kaskade“ – dem

Regelungssystem bestehend aus GWB, VgV, VOB/VOL/VOF – eingesetzt. Die Erhaltung der VOF als eigenständiges Regelwerk für die Vergabe freiberuflicher Leistungen war ein Herzensanliegen der Planer, für welches in kammer- und verbändeübergreifenden Resolutionen und zahlreichen Gesprächen in der Politik und in den zuständigen Ministerien geworben wurde.

### Vergabeverordnung – ohne eigenständige VOF und VOL

Dennoch hat die Bundesregierung in ihrem Eckpunktepapier am 18.11.2014 beschlossen, das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen in der Vergabeverordnung (VgV) zusammenzuführen. Eine eigenständige VOF und VOL wird es daher nicht mehr geben. Immerhin werden stattdessen die spezifischen Vergabevorschriften zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (bisher Kapitel 3 der VOF) und die Vorschriften zu Wettbewerben

im Bereich der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens (bislang Kapitel 2 der VOF) künftig als eigenständiger Abschnitt 6 „Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen“ in der VgV hervorgehoben. Dieser Abschnitt wurde vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) erarbeitet und steht abweichend von der sonstigen Federführung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) unter der Gemeinschaft von BMWi und BMUB.

Auf Grundlage des Eckpunktepapiers der Bundesregierung vom 18.11.2014 werden die Richtlinien somit in zwei Stufen in deutsches Recht umgesetzt:

### 1. GWB

In einem ersten Schritt wurden die wesentlichen Regelungen der neuen EU-Vergaberichtlinien auf Gesetzesebene umgesetzt. Die Umsetzung erfolgte maßgeblich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und wurde zum Anlass genommen, den bisherigen vierten Teil des GWB umfassend zu überarbeiten und neu zu strukturieren. Der überarbeitete Teil 4 des GWB umfasst insbesondere Regelungen zum Anwendungsbereich und dem Rechtsschutz, aber auch die wesentlichen Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen. Außerdem wurde erstmals der Ablauf eines Vergabeverfahrens im Gesetz vorgezeichnet, was dessen Anwenderfreundlichkeit stärkt.

Die in § 97 Abs. 4 GWB normierte Berücksichtigung mittelständischer Interessen trägt dabei der überwiegenden Struktur der Ingenieurbüros Rechnung und wird durch den Grundsatz der Trennung der Leistungen nach Teil- und Fachlosen weiter konkretisiert.

In § 119 Abs. 2 GWB wird der grundsätzliche Vorrang des offenen und des nichtoffenen Verfahrens bestimmt, welcher nur subsidiär bei Vorliegen entsprechend geregelter Sondertatbestände durch weitere Verfahrensarten, wie insbesondere dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog, erweitert werden kann. Deshalb war es besonders wichtig, für die Vergabe freiberuflicher Architekten- und Ingenieurleistungen hierzu in der VgV solche Sondertatbestände zu definieren (siehe 2.b).

§ 122 enthält den begrüßenswerten Ansatz, die Regelungen für die Eignung und deren Nachweise klarer zu regeln, die Anforderungen hieran in ein angemessenes Verhältnis zum Auftragsgegenstand zu setzen und die Kriterien für die Beurteilung von Fachkunde

und Leistungsfähigkeit abschließend zu beschreiben. Dadurch wird insbesondere kleinen und mittleren Büros die Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht. Auch dieser Ansatz wird in der VgV näher konkretisiert (siehe 2.c).

### 2. Vergabeverordnung (VgV)

Die VgV konkretisiert die im GWB angelegten Verfahrensschritte und präzisiert die Möglichkeiten, die das Vergaberecht für die Durchführung von Vergabeverfahren bietet. Sie enthält insbesondere die für Ingenieure maßgeblichen Regelungen der bisherigen VOF.

Bereits im Vorfeld zum Gesetzgebungsprozess des GWB und dem Ordnungsprozess der VgV haben die Kammern und Verbände der planenden Berufe (BAK, BInGK, AHO, VBI, BDA) zahlreiche Gespräche mit dem zuständigen Referat des BMWi geführt. Hierzu wurden in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe aus Vertretern von BAK, BInGK, AHO, VBI und BDA in großer Einmütigkeit die für die Planer wesentlichen Positionen und Forderungen herausgearbeitet und formuliert. Im Interesse eines starken und gemeinsamen Auftretens der planenden Berufe wurden in einer gemeinsamen und von den Präsidenten der jeweiligen Kammern und Verbände unterzeichneten Stellungnahme die für den Berufsstand wesentlichen Änderungsvorschläge zum Entwurf der VgV dargelegt. Weitere Verbände haben sich dieser Aktion ebenfalls angeschlossen (BDB, BDIA, BDLA, DAI, SRL, VfA).<sup>1</sup>

Die aus Sicht der Planer wesentlichen Punkte sind u.a.:

#### a) Schätzung des Auftragswertes (§ 3)

Besonderes Gewicht wurde auf das Problem der Auftragswertberechnung gelegt, welches seit Beginn der Gespräche mit dem BMWi zur Novellierung des Vergaberechts ein wesentliches Thema war. Ursprünglich war im Entwurf der VgV vorgesehen, dass durch Bezugnahme auf den im sog. „Aulhallen“-Urteil des EuGH hervorgehobenen funktionalen Zusammenhang bei der Auftragswertberechnung die Werte aller freiberuflichen Leistungen zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden müssen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass z.B. beim Bau eines Kindergartens mit Baukosten von ca. 1.200.000 € netto, bei dem die Planungskosten erfahrungsgemäß ca. 20 %, im Beispiel also 240.000 € betragen, die Werte der verschiedenen Aufträge an Architekten, Tragwerksplaner, TGA-Planer, Bodengutachter, Brandschutzplaner und Vermesser zusammengerechnet werden müssen, damit europaweit auszuschreiben gewesen

wären. Dies hätte nicht nur eine erhebliche wirtschaftliche Belastung insbesondere für kleine und mittelständische Ingenieurbüros bedeutet, sondern hätte auch dazu führen können, dass die verschiedenen Fachplanungsleistungen oft im Paket als Generalplanungen ausgeschrieben worden wären.

Insoweit wurde im Laufe des Ordnungsverfahrens aber den Argumenten der Planer sowie auch der Länder, Städte und Gemeinden Rechnung getragen und in § 3 Abs. 7 VgV klargestellt, dass bei der Beschaffung von Planungsleistungen nur der Wert für Lose gleichartiger Leistungen zusammenzurechnen ist. Damit wird im Grundsatz die bisherige Rechtslage der VOF vorerst wieder festgeschrieben.

Jedoch hat die EU-Kommission zwischenzeitlich ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, bei dem genau diese bisherige Praxis der Nicht-Zusammenrechnung von ungleichartigen Planungsleistungen beanstandet wird. Sollte der EuGH dabei an der Funktionalität des Auftragsbegriffs für die Auftragswertberechnung auch bei ungleichartigen Leistungen festhalten, könnte dann eine Änderung der geplanten Regelungen erforderlich werden. Insoweit soll aber der Ausgang des Vertragsverletzungsverfahrens und eine Entscheidung des EuGH speziell zu dieser Frage abgewartet werden.

#### b) Verfahrensart / Verhandlungsverfahren (§§ 17, 74)

Zwar ist in § 17 bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen allgemein die Möglichkeit vorgesehen, einen Auftrag auf Grundlage eines Erstangebotes zu vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten. Dies kommt bei Architekten- und Ingenieurleistungen grundsätzlich jedoch nicht in Betracht, da bei diesen vor Abgabe eines Angebotes ein Leistungswettbewerb erforderlich ist, der nur im Rahmen von Verhandlungen vollzogen werden kann.

Grundsätzlich werden durch dieses verankerte sog. „Toolbox-Prinzip“ der Richtlinie die Verfahrensarten Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialog in § 74 formal nebeneinander gestellt. Dennoch wird sich hierdurch in der Praxis am Verhandlungsverfahren als Regelverfahren für die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen wenig ändern. Denn der wettbewerbliche Dialog hat insoweit besondere Voraussetzungen und kommt nur in Fällen in Betracht, in denen der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Mittel zur Befriedigung des Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen

zu bieten hat. Darüber hinaus ist der wettbewerbliche Dialog im Hinblick auf die Vergütungspflicht des Auftraggebers für die von den aufgeförderten Büros eingereichten planerischen Lösungsvorschläge wirtschaftlich unattraktiv und wird deshalb nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

### c) Leistungsfähigkeit / Eignung

In der Praxis haben Ingenieurbüros zu Recht regelmäßig über überzogene Anforderungen an die Vorlage von Referenzen und Nachweisen geklagt. Der Nachweis von „drei Krankenhäusern in den letzten drei Jahren“ hat sich dabei zum Sinnbild einer unangemessen hohen Hürde entwickelt. Es war daher ein erklärtes Ziel der Kammern und Verbände, auch in diesem Punkt eine Änderung des Vergaberechts zu erreichen.

Festzuhalten ist zunächst, dass der Auftraggeber im Rahmen der neuen §§ 45, 46 VgV Nachweise zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit sowie zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeiten verlangen kann, aber nicht verlangen muss. Soweit er diese dennoch verlangt, müssen sie – wie bereits schon in § 122 GWB festgelegt – mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 74 Abs. 4).

Bei den Referenzprojekten wird zukünftig stärker auf die Vergleichbarkeit der Planungs- und Beratungsanforderungen der eingereichten Projekte und somit auf die Leistungen der jeweiligen Leistungsphasen der HOAI als Referenz abgestellt werden und nicht, wie bisher üblich, auf dieselbe Nutzungsart des Gebäudes. Für die Vergabe der Planung eines Kindergartens soll danach explizit nicht erforderlich sein müssen, dass das Referenzobjekt ebenfalls ein Kindergarten war.

Ferner ist es dem Auftraggeber möglich, auch Referenzen zu berücksichtigen, welche länger als drei Jahre zurückliegen, wenn er zuvor darauf hingewiesen hat. § 46 Abs. 3 lässt eine Öffnung des Referenzzeitraumes ausdrücklich zu, welche insbesondere für Planungsleistungen in Betracht kommt. Denn bei einer zu engen zeitlichen Eingrenzung von Planungsreferenzen wäre die Zahl der Bieter begrenzt und damit ein ausreichender Wettbewerb nicht mehr gewährleistet. Der Verordnungsgeber hat deshalb ausdrücklich den Hinweis in die Begründung aufgenommen, dass „im Bereich der Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren die Retrospektive auf drei Jahre häufig zu kurz für aussagekräftige Referenzen ist. Bei der Vergabe solcher Leistungen

*bietet sich deshalb die Einräumung eines längeren Zeitraums, aus dem die Referenzprojekte regelmäßig stammen dürfen, an. Es kann sowohl für den Auftraggeber als auch für die anbietenden Unternehmen daher von Vorteil sein und der Sicherstellung des Wettbewerbs dienen, wenn die Unternehmen interessante Projekte aus einer längeren Periode in die Wertung geben dürfen“.*

Sofern der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit vom Bewerber oder Bieter einen bestimmten Mindestjahresumsatz verlangt, darf dieser grundsätzlich das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nicht überschreiten (§ 45 Abs. 2) – er darf jedoch auch niedriger sein.

Eine Erleichterung für die Bieter wird ferner die Einführung der einheitlichen europäischen Eigenerklärung (EEE) mit sich bringen. Danach müssen Unternehmen und Organisationen zukünftig nicht mehr alle rechtlichen und finanziellen Nachweise ihrer Eignung bereits bei Abgabe eines Angebots erbringen. Vielmehr reicht eine EU-weit standardisierte Eigenerklärung aus, um an einer Ausschreibung teilzunehmen. Nur das den Zuschlag erhaltende Unternehmen muss anschließend Dokumente zum Nachweis einreichen.

### d) Stärkung des Planungswettbewerbs (§ 78)

Zu begrüßen ist, dass die Durchführung von Planungswettbewerben, die nach RPW 2013 insbesondere auch als interdisziplinäre Wettbewerbe ausgelobt werden können, in der VgV gefördert werden soll. Dazu ist in § 78 Abs. 2 VgV die Einführung einer Prüf- und Dokumentationspflicht für Auftraggeber zur Durchführung eines Planungswettbewerbs bei Aufgabenstellungen des Hoch-, Tief- und Brückenbaus vorgesehen. Damit unterstreicht der Verordnungsgeber, dass Planungswettbewerbe ein innovatives und qualitätsförderndes Instrument darstellen und als baupolitisches Ziel von der Bundesregierung unterstützt werden. Aus diesem Grund soll sich der Auftraggeber künftig bei Planungsaufgaben in den genannten Bereichen Gedanken über die Auslobung eines Planungswettbewerbes und dessen Vorteile machen.

### 3. Gesetzgebungs- und Verordnungsverfahren

Das GWB, zu dessen Entwurf die Bundesingenieurkammer bereits im April vergangenen Jahres Stellung genommen hat, wurde am 17.12.2015 im Bundestag verabschiedet. Der Bundesrat hat diesem am 18.12.2015 zugestimmt, sodass das Gesetz nach Ausfertigung und Verkündung im Bundesgesetzblatt fristgerecht zum Frühjahr 2016 in Kraft treten kann.

Der Entwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, der auch die VgV zum Inhalt hat, wurde am 20.01.2016 im Bundeskabinett beschlossen. Der Verordnung muss der Bundesrat zustimmen und aufgrund eines Parlamentsvorbehalts kann auch der Bundestag hierüber noch beschließen. Es ist geplant, dass die Verordnung ebenfalls bis 18.04.2016 umgesetzt wird.

Am 06.01.2016 wurde die **Durchführungsverordnung zur Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE)** im EU-Amtsblatt veröffentlicht. Mit der in Art. 59 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehenen EEE will der europäische Gesetzgeber künftig die Eignungsprüfung durch eine einheitliche Eigenerklärung vorstrukturieren, erleichtern und vereinfachen. Spätestens ab dem 18.04.2016 ist das dieser Verordnung als Anhang 2 beigefügte Standardformular zur Erstellung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung zu verwenden. Die Verordnung ist verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat.

Für die elektronische Vergabe, die nunmehr in Art. 22 der RL 2014/24/EU verbindlich vorgeschrieben ist, existiert eine längere Umsetzungsfrist. Die e-Vergabe soll erst spätestens 30 Monate nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2014/24/EU der Grundsatz sein (also ab Mitte Oktober 2018). Darüber wird noch gesondert berichtet.

Die Kabinettsfassung steht unter [www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/verordnung-zur-modernisierung-des-vergaberechts](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/verordnung-zur-modernisierung-des-vergaberechts) bereit. ◀

<sup>1</sup>[www.bingk.de/wp-content/uploads/2015/12/Stellungnahme-Planerverb%C3%A4nde-RefE-VgV.pdf](http://www.bingk.de/wp-content/uploads/2015/12/Stellungnahme-Planerverb%C3%A4nde-RefE-VgV.pdf)



**MARKUS BALKOW**

► Rechtsanwalt;  
stellvertretender Geschäftsführer  
der Bundesingenieurkammer







