

**Gemeinsame Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen, kombiniert mit Fachlosbildung:
Funktionsweise und Rechtskonformität eines alternativen Beschaffungskonzepts (v.a. bei kommunalen Investitionsvorhaben für Klimaschutz, sozialer Infrastruktur, Sanierung etc.) nach Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV**

Rechtsgutachten

erstattet von

Professor Dr. iur. Martin Burgi

Ordinarius für Öffentliches Recht und Europarecht
Leiter der Forschungsstelle für
Vergaberecht und Verwaltungskooperationen
an der Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität, München

im Auftrag von

Bundesingenieurkammer e.V. (BIngK)
AHO Ausschuss der Verbände und Kammern der
Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V.
Bundesarchitektenkammer e.V. (BAK)
Verband Beratender Ingenieure e.V. (VBI)

Februar 2024

Gutachterliche Einschätzung

zu Funktionsweise und Rechtskonformität eines alternativen Beschaffungskonzepts (nach Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV):

Gemeinsame Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen, kombiniert mit Fachlosbildung

1. Die Bundesregierung hat im Zuge der Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV ein alternatives Beschaffungskonzept ins Spiel gebracht. Es besteht in einer Kombination aus der sog. gemeinsamen Vergabe (von Aufträgen für Planungs- und Bauausführungsleistungen) mit einer Fachlosbildung, jedenfalls betreffend die Planungsleistungen. Nachprüfungsentscheidungen, die dem Einsatz dieses Beschaffungskonzepts entgegenstehen, sind bislang nicht zu verzeichnen. Öffentlichen Auftraggebern, die im Interesse einer Verwirklichung der in diesen Zeiten so dringend benötigten (insbesondere kommunalen) Investitionsvorhaben für Klimaschutz, soziale Infrastruktur, Sanierung etc. weder die zeitraubende europaweite Ausschreibung jeder einzelnen Planungsleistung noch die Betrauung eines Totalunternehmers (Generalübernehmers) sowohl mit den Planungs- als auch den Bauausführungsleistungen in Kauf nehmen wollen, kann dieses Beschaffungskonzept empfohlen werden. Selbstverständlich sind sie hierzu nicht verpflichtet.

2. Namentlich die Beauftragung eines Totalunternehmers (Generalübernehmers) würde demgegenüber eine Schwächung der Position des öffentlichen Vorhabenträgers gegenüber den mit der eigentlichen Bauausführung betrauten Auftragnehmern bewirken, denn der Vorhabenträger profitiert, wenn er in Gestalt kleiner und mittelständischer Planungsbüros unabhängige und zugleich sachkompetente, damit insbesondere aber auch zu Kontrollen der Bauausführung befähigte Auftragnehmer an seiner Seite hat. Die Alternative des Totalunternehmers (Generalübernehmers) wäre aber auch mit *mehr* Rechtsunsicherheiten behaftet, weil in jedem einzelnen Fall vor ihrem Einsatz nachgewiesen werden müsste, dass Gründe für die Durchbrechung des Grundsatzes der Losvergabe nach § 97 Abs. 4 Sätze 2 u. 3 GWB vorgelegen haben.

3. Das erste Element des alternativen Beschaffungskonzepts (die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung der Bauleistungen) wird ausdrücklich durch die §§ 103 Abs. 3 S. 1 GWB, 3 Abs. 6 S. 2 VgV legitimiert und ist

überdies europarechtlich abgesichert. Die Entscheidung zugunsten einer gemeinsamen Vergabe der Aufträge dieser beider Leistungsarten liegt im freien Ermessen des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers. Die Umgehungsverbote nach §§ 111 Abs. 5 GWB, 3 Abs. 2 VgV sind jeweils tatbestandlich nicht eröffnet.

4.

a) Auch der zweite Teil des alternativen Beschaffungskonzepts (die Teilung in Fachlose, unter ihnen Fachlose für die einzelnen Planungsleistungen) erweist sich als statthaft. Konsequenz der Losbildung ist allerdings die Addition sämtlicher Lose und damit das vergleichsweise häufiger eintretende Erreichen bzw. Überschreiten des Schwellenwerts für Bauaufträge von 5,538 Mio. EUR. Hierin liegt aus der Sicht des europäischen Binnenmarkts übrigens ein Vorzug des alternativen Beschaffungskonzepts. Nach dem sodann maßgeblichen Regime des Oberschwellenvergaberechts ist die Loseilung jedenfalls durch § 97 Abs. 4 Sätze 2 u. 3 GWB legitimiert.

b) Bei Unterschreiten des Bauaufträge-Schwellenwerts gelangen Vorgaben des europäischen Vergaberechts erst gar nicht zur Anwendung.

c) Stellt man sicherheitshalber dennoch eine die einzelnen Vorschriften des europäischen Vergaberechts bzw. die Umgehungsverbote nach §§ 111 Abs. 5 GWB, 3 Abs. 2 VgV übergreifende Gesamtbetrachtung an um zu ermitteln, ob die Fachlosbildung gerade auch bei gemeinsamer Vergabe statthaft ist, gelangt man zu folgenden Ergebnissen:

- Eine schlüssige Begründung dafür, warum der Einsatz des alternativen Beschaffungskonzepts unstatthaft sein sollte, fehlt. Die mit ihm verbundene Zuordnung zur höheren Schwellenwertgrenze ist nicht Konsequenz einer missbräuchlichen Verfahrensgestaltung der öffentlichen Auftraggeber in Deutschland, sondern geht allein auf die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers zurück, den Schwellenwert für die Vergabe von Bauaufträgen deutlich höher anzusetzen als den für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen.
- Die Auslegung anhand der klassischen Methoden, insbesondere in systematischer und teleologischer Hinsicht, erweist, dass der Einsatz des alternativen Beschaffungskonzepts Bestandteil der europarechtlich anerkannten sog. Beschaffungsautonomie des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers ist, deren Ausübung insoweit keine Grenzen gesetzt sind.

5. Das Rechtsregime für die Vergabe der Lose für die Planungsleistungen richtet sich oberhalb des Bau-Schwellenwerts nach der VgV. Im Falle des § 3 Abs. 9 VgV können bei einer Vergabe innerhalb des sog. 20 %-Kontingents (bezogen auf den Gesamtwert aller Lose) die einzelnen Planungslose nach Haushaltsrecht vergeben werden, wenn der geschätzte Nettowert dieser Lose unter 1 Mio. EUR liegt.

Bei Nichterreichen des Schwellenwertes für Bauaufträge i.H.v. 5,538 Mio. EUR richtet sich das anwendbare Regime für die Auftragsvergabe nach den jeweils einschlägigen Vorschriften des Haushaltsrechts. Vorbehaltlich im Einzelfall abweichender Regelungen dürfte hier im Hinblick auf die Lose für die Planungsleistungen nach der UVgO verfahren werden.

Gliederung

A. Ausgangslage	1
I. Die Praxis der Beschaffung von Planungsleistungen bis zur Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV	1
1. Getrennte Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen und ohne Addition der Werte bei den Planungsleistungen.....	1
2. Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur (im Überblick)	3
II. Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV mit Wirkung zum 18.8.2023	5
1. Die Begründung der Bundesregierung	5
2. Konsequenzen für die seitherige Praxis	6
B. Normenbestand.....	9
I. Europarecht.....	9
II. GWB und VgV	10
C. Konzeptionelle Neuansätze	12
I. Bundesebene	12
II. Landesebene.....	16
D. Ausarbeitung und Vorzüge eines alternativen Beschaffungskonzepts	17
I. Bauvorhabenbezogene gemeinsame Vergabe statt getrennte Vergabe von Bau- und Planungsleistungen	17
II. Aufteilung in Fachlose (jedenfalls innerhalb der Planungsleistungen).....	19
III. Vorzüge	20
E. Rechtliche Beurteilung	22
I. Statthaftigkeit der gemeinsamen Vergabe (Beschaffungskonzept Teil 1)	22
1. Ausdrückliche normative Legitimation	22
2. Keine besondere Rechtfertigung erforderlich	22
3. Schwellenwertberechnung	23
4. Verstoß gegen Umgehungsverbot(e)?	24
a) Umgehungsverbot nach § 111 Abs. 5 GWB?	24
b) Umgehungsverbot nach § 3 Abs. 2 VgV?.....	25

5.	Zwischenergebnis	26
II.	Statthaftigkeit der Teilung in Fachlose (Beschaffungskonzept Teil 2)	27
1.	Bei Erreichen/Überschreitung des Schwellenwerts für Baufträge	27
2.	Bei Unterschreitung des Schwellenwerts für Bauaufträge	28
3.	Zwischenergebnis	29
III.	Hilfsweise: Unstatthaftigkeit der Fachlosbildung bei gemeinsamer Vergabe?	29
1.	Stand der Diskussion	29
2.	Beurteilung.....	30
IV.	Zwischenergebnis.....	33
F.	Folgefragen	35
I.	Anwendbares Rechtsregime für die Vergabe der Planungs-Lose	35
1.	Bei Erreichen/Überschreiten des Schwellenwerts für Bauaufträge ..	35
a)	Grundsätze	35
b)	Anwendbarkeit des § 3 Abs. 9 VgV	36
2.	Bei Nichterreichen des Schwellenwerts für Bauaufträge	38
II.	Umgang mit dem etwaigen Wunsch, nach Abschluss der Planungen von der Vergabe der Bauausführungsleistungen Abstand nehmen zu wollen	38
III.	Blick in das Förderrecht.....	39
1.	Vereinbarkeit des alternativen Beschaffungskonzepts mit dem (EU-)Förderrecht?	39
2.	Umgang mit dem Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns.....	40

A. Ausgangslage

Das nachfolgende Gutachten konzentriert sich auf die Rechtslage nach Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV durch die VO v. 17.8.2023 (BGBl. I, Nr. 222). Die Ausführungen können grundsätzlich aber auch Geltung für den Anwendungsbereich der SektVO (nach Streichung des § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO) und die VSVgV (nach Streichung des § 3 Abs. 7 S. 3 VSVgV) beanspruchen. Selbstverständlich kann das Gutachten weder die sorgfältige Prüfung des jeweiligen Einzelfalls ersetzen noch etwaige abweichende Auslegungsergebnisse von Vergabekammern oder Gerichten antizipieren. Sein Anliegen ist es, der Anwendungspraxis ein sachgerechtes und rechtskonformes Beschaffungskonzept auf der Basis der bisher ergangenen Rechtsprechung und unter Auswertung der einschlägigen Fachveröffentlichungen zur Verfügung zu stellen. Wenn nachfolgend von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV die Rede ist, bezieht sich dies auf die gestrichene Regelung.

I. Die Praxis der Beschaffung von Planungsleistungen bis zur Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

1. Getrennte Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen und ohne Addition der Werte bei den Planungsleistungen

Bis zur Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV durch die Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen vom 17.8.2023 war die Vergabepaxis betreffend Planungsleistungen von Ingenieuren und Architekten überwiegend dadurch gekennzeichnet, dass die Aufträge für Bauleistungen getrennt von den Aufträgen für Planungsleistungen vergeben worden sind. Die Planungsleistungen unterfielen dadurch dem Regime für Dienstleistungsaufträge i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB und damit der VgV (dort insbesondere den §§ 73 ff. VgV) aber erst dann, wenn der hierfür maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 215.000 EUR (Stand: 2023) überschritten war (Konsequenz: europaweite Ausschreibung dieser Aufträge). Ausweislich des § 74 VgV werden Architekten- und Ingenieurleistungen „in der Regel

im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 17 oder im wettbewerblichen Dialog nach § 18 vergeben“. In beiden Fällen handelt es sich um anspruchsvolle und aufwendige Vergabeverfahren.¹

Nun sind allerdings pro Bauvorhaben regelmäßig mehrere planerische Teilleistungen zu erbringen, etwa (unter Orientierung an der HOAI) betreffend die Objektplanung, Tragwerksplanung, technische Ausrüstung und Freianlagen. Vielfach blieb jeweils der auf die einzelnen Planungsleistungen bezogene Auftrag unterhalb des europaweiten Schwellenwerts, mit der Konsequenz, dass er nach den Regeln über die sog. Unterschwellenvergabe zu vergeben war, d.h. nach Maßgabe des jeweiligen Haushaltsrechts auf Bundes- bzw. Landesebene, zumeist am Maßstab der UVgO. Diese wiederum enthält in § 50 eine Sonderregelung zur Vergabe „von freiberuflichen Leistungen“. Diesbezüglich sei ohne Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO „so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“ Je nach den im Haushaltsrecht gebildeten sog. Wertgrenzen konnte dies im Wege von Direktverhandlungen mit nur einem Büro bzw. nach Aufforderung von drei Planungs- bzw. Ingenieurbüros, also insgesamt mit einem relativ geringen Aufwand für alle Beteiligten, erfolgen.

Nun sieht zwar § 3 Abs. 7 S. 1 VgV vor, dass dann, wenn das beabsichtigte Bauvorhaben zu einem Auftrag führt, „der in mehreren Losen vergeben wird“, der geschätzte Gesamtwert „aller Lose zugrunde zu legen“ ist. Die nunmehr gestrichene Vorschrift des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV hatte aber im Hinblick auf „Planungsleistungen“ festgestellt, dass dies „nur für Lose über gleichartige Leistungen“ gelten würde. Konnte man also die betreffende Planungsleistung als eine mit den anderen beim jeweiligen Bauvorhaben infrage stehenden Planungsleistungen nicht gleichartige Leistung ansehen, erfolgte keine Addition der verschiedenen Werte, sondern der Wert des Auftrags für die einzelne Planungsleistung wurde isoliert berechnet. Dies hatte wiederum zur Konsequenz, dass diese Aufträge zumeist unterhalb des europaweiten Schwellenwerts von 215.000 EUR geblieben sind.

¹ Zur Gesamtübersicht über die verschiedenen Vergabeverfahren vgl. *Jasper*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band I, 4. Aufl. 2022, § 119 GWB Rn. 19 ff.

2. Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur (im Überblick)

Mit dem Urteil des EuGH vom 15.3.2012 (Aulhalle Niedernhausen)² ist eine bis zur Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV fortwährende Diskussion (und teilweise darüber hinaus)³ über die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem Europarecht (Richtlinie 2014/24/EU) in Gang gekommen. In diesem Urteil hatte der EuGH festgestellt, dass es sich in Bezug auf die Planungsleistungen betreffend die Sanierung einer kommunalen Mehrzweckhalle um einen einheitlichen Planungsauftrag gehandelt habe, während die zuständige Gemeinde die durchgehend in Planungsleistungen bestehenden Tätigkeiten ein und desselben Architekten entsprechend den einzelnen Abschnitten der Sanierungsbauarbeiten unterteilt hatte. Dabei war ein und dieselbe Architektenleistung (d.h. innerhalb nur eines Leistungsbildes, hier: Objektplanung) lediglich auf einen jeweils unterschiedlichen Gegenstand (nach Bauabschnitt) bezogen worden; dieser Fall liegt daher erkennbar anders als die den Schwerpunkt der gegenwärtigen Diskussion bildenden Fälle, in denen es um die Vergabe unterschiedlicher Planungsleistungen nach Leistungsbildern geht.

Die Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der Freien Berufe sind ausweislich ihrer Stellungnahme (v. 1.3.2023) zum vorausgehenden Referentenentwurf der Auffassung, dass die Bundesregierung das Aulhallen-Urteil des EuGH über- bzw. fehlinterpretiere. Weder nach dem EuGH-Urteil noch nach dem objektiven Gehalt der Richtlinie 2014/24/EU sei die Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV europarechtlich gefordert. Im Rahmen dieses Gutachtens geht es indes nicht darum, die unterschiedlichen Auffassungen zur angeblichen europarechtlichen Gebotenheit einer Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV zu würdigen, weil die erfolgte Streichung als solche jedenfalls weder gegen Europa- noch gegen Verfassungsrecht verstößt.

Den Dreh- und Angelpunkt der Diskussion bildete seither jedenfalls die Frage, welche Bedeutung dem Merkmal „gleichartige Leistungen“ zukommt. Besonders einflussreich wurde hierzu die Einschätzung des OLG München, die dieses in seinem Beschluss

² EuGH, C-574/10, VergabeR 2012, S. 593 m. Anm. *Schabel*. Ein möglicherweise Klarheit versprechendes Vertragsverletzungsverfahren in Sachen „Freibad Stadt Elze“ hat die EU-Kommission eingestellt (Nr. 2015/4228), mittlerweile gibt es aber offenbar ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren (dazu II 1).

³ So *Kaiser*, NZBau 2024, S. 3 ff.

vom 13.3.2017⁴ angedeutet hat. Danach fehle die Gleichartigkeit, wenn verschiedene *spezifisch* qualifizierte Auftragnehmer beauftragt werden sollen und sich die einzelnen Aufträge durch die mit den Leistungen zu verfolgenden Ziele, also die werkvertraglich herbeizuführenden Erfolge, sowie durch die spezifische Weise, wie die Ziele üblicherweise zu erreichen sind, maßgeblich unterscheiden; dabei könne als Indiz auch die Zuordnung zu unterschiedlichen Leistungsbildern der HOAI herangezogen werden (Rn. 26 u. 31). Im konkreten Fall des OLG München musste dieses allerdings von einer Gleichartigkeit (und damit von der Addierung der Werte der Planungsaufträge) ausgehen, weil die dort zu beurteilende Ausschreibung die Formulierung enthalten hatte: „Die verschiedenen Planungsdisziplinen müssen daher lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen.“

Bei der Beurteilung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im konkret zu beurteilenden Einzelfall und unter Zugrundelegung einer die wirtschaftlichen und technischen Funktionen der Leistungen in den Mittelpunkt stellenden Betrachtung überhaupt von nicht gleichartigen Leistungen ausgegangen werden kann, bestand mithin seit mehreren Jahren eine gewisse Rechtsunsicherheit. Zu lesen war u.a., dass Auftraggeber bei Projekten, die durch Fördermittel der EU unterstützt werden, verlangen, dass eine Addition der Werte aller Planungsleistungen zur Minimierung rechtliche Risiken vorzunehmen ist.⁵ In der Kommentar- und Aufsatzliteratur wurde entweder dafür plädiert, dass nur dann auf die separate Berechnung (d.h. auf die Nicht-Addition) verzichtet werden müsse, wenn keine objektiven Gründe für eine solche Unterteilung vorliegen, nicht aber dann, wenn „unterschiedliche Verträge mit unterschiedlichen Auftragnehmern geschlossen werden und keine (hoch)komplexen Verpflichtungen unter den verschiedenen Planungen vorliegen“⁶ Die gegenteilige Auffassung hob v.a. darauf ab, dass § 3 Abs. 7 S. 2 VgV „keine Grundlage in den EU-Vergaberichtlinien“ habe und dass das nationale Regelwerk der HOAI insofern keine Bedeutung entfalten

⁴ NZBau 2017, S. 371; befürwortend u.a. *Kalte/Übelacker/Zimmermann*, ZfBR 2017, S. 647; *Portz*, VergabeR 2018, S. 505.

⁵ Darüber berichtet *Fülling*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3 (VergabeR I), 4. Aufl. 2022, § 3 VgV Rn. 30.

⁶ So u.a. im Anschluss an VK Nordbayern, B.v. 9.5.2018, RMF-SG 21-3194-3-10, *Marx*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VgV, 2. Aufl. 2022, § 3 VgV Rn. 16 (bei dem mittlerweile verstorbenen *Fridhelm Marx* handelt es sich um den langjährigen Leiter der für das Vergaberecht zuständigen Abteilung im Bundeswirtschaftsministerium).

könne; im Interesse der Rechtssicherheit wären Auftraggeber daher gut beraten, den Wert von Losen ohne Planungsleistungen „ohne Rücksicht auf die Gleichartigkeit“ zu addieren.⁷

II. Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV mit Wirkung zum 18.8.2023

1. Die Begründung der Bundesregierung

In der Begründung der Bundesregierung zu ihrer Verordnung v. 17.8.2023 wird die Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV als „europarechtlich erforderliche Anpassung des nationalen Vergaberechts“ verstanden (BT-Drs. 20/6118, S. 21). Dabei verweist die Bundesregierung darauf, dass die in S. 2 bisher getroffene Feststellung, dass nur die Werte gleichartiger Planungsleistungen zusammenzurechnen seien, „deklaratorisch“ erfolgt sei. Da die Europäische Kommission die Vorschrift aber dennoch in einem (weiteren) Vertragsverletzungsverfahren⁸ beanstandet hat, wolle man nun mit der Streichung dieser Vorschrift endgültig „klarstellen“, dass für Planungsleistungen „grundsätzlich dieselben Regeln zur Auftragswertberechnung wie für sonstige Dienstleistungen gelten“ (S. 28). Ausdrücklich erklärt die Bundesregierung, dass sich damit keine „Änderung des Rechtsrahmens“ verbinde.

Bemerkenswerterweise erklärt die Bundesregierung, dass dennoch eine „Orientierung anhand der Leistungsbilder der HOAI“ nicht ausgeschlossen sei und „Planungsleistungen und auch sonstige Bau- und Dienstleistungen (wie bisher) auch weiterhin getrennt betrachtet“ werden dürften, und zwar dann, wenn „innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität nicht zu einem einheitlichen Auftrag führen“ würden. Als Beispiele hierfür werden genannt „den sonstigen Planungen vorgelagerte Gutachten, wie z. B. Boden- und Schallschutzgutachten, Vermessungen oder Untersuchungen im Hinblick auf Umwelt und Naturschutz“ (S. 28). Zusammenfassend stellt die Bundesregierung fest, dass die Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV (und der Parallelregelungen in SektVO und VSVgV) „keine unmittelbare Rechtswirkung“ habe und daher auch „keinen unmittelbaren Erfüllungsaufwand der Verwaltung“ auslöse (S. 26 f.). Im Anschluss daran bringt

⁷ So VK Münster, B.v. 18.12.2019, VK 1-34/19; *Dieckmann*, in: *Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal* (Hrsg.), *VgV/UVgO*, 3. Aufl. 2022, § 3 VgV Rn. 35; *Lausen*, in: *jurisPK-Vergaberecht*, Stand 6. Aufl. 2022, § 3 VgV Rn. 98.

⁸ INFR (2018) 2272; dieses Verfahren ist dem Vernehmen nach bis heute nicht offiziell eingestellt worden.

die Bundesregierung dann erstmals die (nachfolgend unter C I skizzierte und sodann unter D näher ausgearbeitete) Beschaffungskonzeption einer „gemeinsamen Vergabe von Bau- und Planungsleistungen als Bauauftrag“ (S. 28) ins Spiel.

2. Konsequenzen für die seitherige Praxis

Abgesehen von dem vergleichsweise schmalen Bereich der im Entwurf der Bundesregierung genannten Planungsleistungen ohne „innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität“ (wie etwa Boden- und Schallschutzgutachten) hat die Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV – jedenfalls dann, wenn man die m.E. damit zum Ausdruck gelangte Position der Bundesregierung (vorsichtigerweise) respektieren wollte⁹ – zur Folge, dass bei einer weiterhin getrennt von den Bauleistungen erfolgenden Vergabe der Planungsleistungen der „geschätzte Gesamtwert“ durch Addition aller Teilwerte für die einzelnen Planungsleistungen zu ermitteln ist. Erreicht oder überschreitet dieser geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, so gilt nach Streichung des bisherigen Satzes 2 das Oberschwellenvergaberecht für die Vergabe jedes einzelnen Loses. Dies bedeutet angesichts des regelmäßigen Anteils aller Planungskosten an den Gesamtbaukosten von ca. 26 % und bei Zugrundelegung des Schwellenwerts von 215.000 EUR (2023) für die Planungsleistungen, dass bereits bei Bauvorhaben mit Gesamtkosten von ca. 860.000 EUR die Planungsleistungen vollständig und jeweils europaweit auszuschreiben wären. Nach der bereits erwähnten Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe vom 1.3.2023 stünde dies in einem Kontrast zum Anteil der europaweit zu vergebenden reinen Bauleistungen, der bei ca. 3,5 % liegt.¹⁰ Daraus dürften sich im Wesentlichen zwei Konsequenzen ergeben:

⁹ Und nicht mit *Kaiser*, NZBau 2024, S. 5 ff., keine Betrachtung des „Gesamtprojekts“, sondern überwiegend weiterhin eine Orientierung an den HOAI-Leistungsbildern für statthaft halten möchte. Für die *staatlichen* Vergabestellen des Freistaats Bayern hat das Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr mit Schreiben vom 18.3.2023 (StMB-23-4001-4-6-19) versucht darzulegen, unter welchen Voraussetzungen nach seinem Verständnis weiterhin nicht addiert werden müsse. Das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration möchte ausweislich seines Schreibens vom 31.1.2024 (B3-1512-32-12) die Entscheidung, wie sie künftig verfahren wollen, im *kommunalen* Bereich den Auftraggebern überlassen.

¹⁰ Ausweislich der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion (BT-Drs. 19/24849, S. 4).

- Die unmittelbare Konsequenz liegt darin, dass bei einer weiterhin getrennten Vergabe von Bau- und Planungsleistungen bei überwiegend europarechtlicher Ausschreibung der Letzteren für die (vielfach kommunalen) Auftraggeber der Aufwand und die Kosten für die Durchführung der Vergabeverfahren erheblich ansteigt. Ferner ist mit einer erheblichen Verlängerung der Verfahrensdauer zu rechnen und möglicherweise auch damit, dass oftmals gar keine Bieter gefunden werden könnten,¹¹ weil der Anteil von Bietern aus dem europäischen Ausland in den Jahren 2015 – 2019 im Durchschnitt bei nur 0,48 % lag und erhebliche Teile des Leistungsspektrums nicht nur vertiefte Kenntnisse des deutschen Baurechts und der technischen Regelwerke erfordern, sondern auch ortsgebunden sind. In einem aktuellen Fachbeitrag¹² wird nachvollziehbar beschrieben, dass bereits der Ausbau einer kommunalen Kindertagesstätte um zwei Gruppen künftig „bis zu fünf VgV-Verfahren erfordern“ würde. Allein aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Mindestfristen des GWB- und des VgV-Verfahrensrechts wäre dadurch eine Verfahrensdauer von „sechs Monaten plus X realistisch“, während der Zeitaufwand für die Durchführung einer unterschwelligen Verhandlungsvergabe auf 39 Stunden angesetzt werden könne. Setze man die von der EU-Kommission im europaweiten Durchschnitt ermittelten Verfahrenskosten von durchschnittlich 7.000 EUR (auf dem Stand von 2016) an, belaufe sich der Erfüllungsaufwand für 10.000 VgV-Vergabeverfahren auf 70 Mio. EUR; in dieser Fachveröffentlichung wird daher die in der Begründung des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung angegebene Summe von 1,5 Mio. EUR (für den Mehraufwand) mit Entschiedenheit zurückgewiesen. Dass zukünftig „ein erhöhter Erfüllungsaufwand“ bei den betroffenen Auftraggebern entstehen wird, räumt aber auch die Bundesregierung in ihrer Begründung des Verordnungsentwurfs ein.¹³
- Die (namentlich) kommunalen Auftraggeber werden bei Bauvorhaben, bei denen der Anteil der Bauleistungen unterhalb der Bau-Schwellenwerte von (ab 2024) 5,538 Mio. EUR liegt, womöglich versuchen, die Bau- und Planungsleistungen an einen sog. Totalunternehmer (Generalübernehmer) zu vergeben, d.h., im Wege der europaweiten Ausschreibung einen Bieter zu suchen, der im Rahmen

¹¹ Darauf hat *Portz*, NZBau 2017, S. 408 (410), hingewiesen.

¹² *Bulla*, KommunalPraxis spezial, 2023, S. 75 ff.

¹³ BT-Drs. 20/6118, S. 62.

eines Bauvertrages auch die Planungs- und Ingenieursleistungen übernimmt. Es liegt nahe, dass dies erhebliche Konsequenzen für die mittelstandsgeprägte Planungswirtschaft in Deutschland, für die betroffenen Investitionsvorhaben (zu beidem näher D III), aber auch auf das Gesamtangebot von Planungs- und Ingenieurleistungen (auch mit Folgen für den privaten Wohnungsbau) hätte.

B. Normenbestand

I. Europarecht

Für die nachfolgende Untersuchung sind die folgenden Normen der Richtlinie 2014/24/EU besonders relevant:

- Art. 5 Abs. 3 S. 2:
„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.“
- Art. 5 Abs. 7:
„Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts von öffentlichen Bauaufträgen wird außer dem Wert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert der vom öffentlichen Auftraggeber dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Lieferungen und Dienstleistungen berücksichtigt, sofern diese für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind.“
- Art. 5 Abs. 8:
*„Kann ein Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen zu Aufträgen führen, die in mehreren Losen vergeben werden, so ist der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose zu berücksichtigen.
 Erreicht oder übersteigt der kumulierte Gesamtwert der Lose den in Artikel 4 bestimmten Schwellenwert, so gilt die Richtlinie für die Vergabe jedes Loses.“*
- Art. 5 Abs. 10:
*„Ungeachtet der Absätze 8 und 9 können 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 unter 1 Mio. EUR liegt.
 Allerdings darf der kumulierte Wert der in Abweichung von dieser Richtlinie vergebenen Lose 20 % des kumulierten Werts sämtlicher Lose, in die das Bauvorhaben, der vorgesehene Erwerb gleichartiger Lieferungen oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen unterteilt wurde, nicht überschreiten.“*

Sodann sind im Falle der notwendigen richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Umsetzungsrechts in GWB und VgV auch die die Intentionen des Richtliniengebers

erhellenden sog. Erwägungsgründe aufschlussreich. Aus dem Kreis der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/24/EU sind im vorliegenden Zusammenhang die folgenden Erwägungsgründe interessant:

- Erw. 8 S. 4 u. 5:
„Angesichts der für die öffentlichen Bauaufträge kennzeichnenden Vielfalt der Aufgaben sollten die öffentliche Auftraggeber jedoch sowohl die getrennte als auch die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen vorsehen können. Diese Richtlinie bezweckt nicht, eine gemeinsame oder eine getrennte Vergabe vorzuschreiben.“

II. **GWB und VgV**

- § 103 Abs. 3 S. 1 GWB lautet:
*„Baufaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung
 (1) von Bauleistungen ... , oder
 (2) eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.“*
- § 3 Abs. 6 VgV:
„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 Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, bleibt unberührt.“
- § 3 Abs. 7 VgV:
„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 Abs. 9 VgV:
„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 EUR und bei Bauleistungen unter 1 Million EUR liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.“

C. Konzeptionelle Neuansätze

Die Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV hat in der Praxis verschiedene Überlegungen ausgelöst. Genannt werden etwa eine Anhebung der Schwellenwerte¹⁴ (die sowohl europa- als auch völkerrechtlich unrealistisch erscheint),¹⁵ der Einsatz der Verfahrenart des offenen Verfahrens nach der VgV, der Verzicht auf Lose zugunsten der (angesichts des § 97 Abs. 4 S. 2 u. 3 GWB freilich in hohem Maße begründungsbedürftigen) Generalplanervergabe, der Einsatz von Zuwendungs- statt von Vergabelösungen (allerdings mit der Konsequenz, dann keinen bestimmenden Einfluss auf Planung und Ausführung der konkreten Einrichtungen mehr haben zu können) sowie die (wiederum höchst begründungsbedürftige) (teil-)funktionale Ausschreibung von Planen plus Bauen,¹⁶ mit dem erwartbaren Ergebnis der Zuschlagserteilung an einen Totalunternehmer.

Nachfolgend geht es ausschließlich um das durch die Bundesregierung selbst ins Spiel gebrachte Konzept einer auf das Bauvorhaben bezogenen gemeinsamen Vergabe von Bau- und Planungsleistungen unter sodann vorgenommener Aufteilung (jedenfalls) der Planungsleistungen in Fachlose. Dieses Modell wird im nachfolgenden Abschnitt (D) näher entfaltet. In diesem Abschnitt sollen die Grundzüge, die es durch bisherige Verlautbarungen der Bundesregierung und des Bundesrates (I) sowie in einem Rundschreiben der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen der Freien und Hansestadt Hamburg erfahren hat (II), skizziert werden.

I. Bundesebene

In der Begründung des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung vom 22.3.2023¹⁷ heißt es im Anschluss an die Beschreibung der angeblich aus dem Europarecht folgenden Notwendigkeit einer Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV:

¹⁴ Vgl. die auf Initiative des Freistaats Bayern gefasste EntschlieÙung des Bundesrats v. 10.2.2023 (BR-Drs. 602/22-B).

¹⁵ Ebenso die Bundesregierung in ihrer Unterrichtung gegenüber dem Bundesrat vom 21.3.2023 (BR-Drs. 602/22)

¹⁶ Sie alle werden ins Spiel gebracht bei *Bulla*, KommP spezial 2023, S. 75 (77 ff.).

¹⁷ BT-Drs. 20/6118, S. 28 f.

„Auch die übrigen vergaberechtlichen Vorgaben und Möglichkeiten bei der Vergabe von Planungsleistungen bleiben unangetastet. Bei der Vergabe von Planungsleistungen ist in Deutschland insbesondere die durch kleine bis mittelgroße Planungsbüros gekennzeichnete Planungslandschaft zu berücksichtigen. So sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge weiterhin vornehmlich zu berücksichtigen (§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB). Es ist das Losaufteilungsgebot gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zu beachten.“

Sodann wird auf die Vorschrift des § 3 Abs. 9 VgV hingewiesen und dann heißt es:

„Auch ist eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen als Bauauftrag zulässig. Im Einklang mit Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 sowie Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2014/24/EU liegt gemäß § 103 Abs. 3 S. 1 des GWB ein Bauauftrag nicht nur bei der Ausführung von Bauleistungen bzw. Bauvorhaben vor, sondern auch, wenn diese gleichzeitig mit der Planung der Bauleistungen bzw. Bauvorhaben vergeben werden. Bei einem Auftrag mit verschiedenen Leistungen bestimmen sich die anwendbaren Vorschriften nach dem Hauptgegenstand des Auftrags (vgl. § 110 Abs. 1 S. 1 GWB). Für die gemeinsame Vergabe von Ausführung und Planung der Bauleistungen bzw. Bauvorhaben als ein Bauauftrag gilt der jeweils aktuelle EU-Schwellenwert für Bauaufträge. Für die Schätzung, ob der Auftragswert über oder unter dem EU-Schwellenwert liegt, sind alle vorgesehenen Leistungen zu addieren (§ 3 Abs. 1 S. 1 VgV). Neben allen Bauleistungen umfasst dies auch alle Liefer- und Dienstleistungen, bei gemeinsamer Vergabe also auch die Planungsleistungen (§ 3 Abs. 6 VgV), auch wenn sie in verschiedenen Losen vergeben werden (§ 3 Abs. 7 S. 1 VgV).“

Weiter heißt es:

„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 EU-Schwellenwerte anzuwenden. Dies darf nach allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen keine Umgehung des Vergaberechts darstellen. Insbesondere darf die Entscheidung für eine Gesamt- oder Getrenntvergabe nicht mit dem Ziel erfolgen, den Auftrag von den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge auszunehmen (vgl. § 111 Abs. 5 GWB).“

Betreffend die Zuordnung des Beschaffungskonzepts zum Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte heißt es, dass dort „grundsätzlich die Unterschwellenvergabeordnung bzw. der erste Abschnitt der VOB/A“ anzuwenden (sei). Auch seien „mittelständische Interessen zu berücksichtigen und regelmäßig Lose zu bilden (§ 2 Abs. 4 UVgO, § 5 Abs. 2 VOB/A).“

Der Bundesrat hat mit Beschluss vom 16.6.2023¹⁸ hieran angeknüpft und die Bundesregierung aufgefordert „klarstellende Erläuterungen“ zu veröffentlichen. Diese sollten „aufzeigen, wie die Auswirkungen der Aufhebung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV ... auf die Praxis rechtssicher begrenzt werden können.“ Da sich die von der Bundesregierung aufgezeigte Lösungsmöglichkeit „lediglich aus der Begründung der Änderungsverordnung“ ergebe, hingegen nicht aus dem Normtext, bestehe „die Gefahr eines Unterlaufens des Schwellenwerts für Planungsleistungen“. Unklar sei insbesondere, ob § 110 Abs. 1 GWB „auch dann anwendbar ist, wenn die verschiedenen Leistungen in jeweils eigenen Verträgen losweise ausgeschrieben werden. So bestimmt § 111 Abs. 2 GWB, dass bei der Vergabe von getrennten Aufträgen jeder Auftrag nach den Vorschriften vergeben wird, die auf seine Merkmale anzuwenden sind.“

Die Bundesregierung müsse den Ländern und Kommunen rechtzeitig zum Inkrafttreten der Verordnung flankierende Erläuterungen zu der Frage „zur Verfügung“ stellen. Dabei solle insbesondere erläutert werden, „wie die in der Verordnungsbegründung aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten in der Praxis rechtssicher umgesetzt werden können.“

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat mit Schreiben vom 23.8.2023¹⁹ „Klarstellende Erläuterungen zur Auftragswertberechnung vor der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen nach der Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, § 2 Abs. 2 S. 2 SektVO und § 3 Abs. 7 S. 3 VSVgV“ veröffentlicht. Darin wird in Ziffer 4 auf das Umgehungsverbot nach § 3 Abs. 2 VgV und auf § 3 Abs. 9 VgV hingewiesen sowie (in Ziffer 5) auf die Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 4 GWB. Die Ausführungen unter den besonders relevanten Ziffern 2 u. 3 lauten wie folgt:

2. *„Für die Auftragswertberechnung ist – unabhängig von einer etwaigen Losbildung – zunächst zu bestimmen, inwieweit ein einheitlicher Auftrag vorliegt. Hierbei ist*

¹⁸ BR-Drs. 203/23.

¹⁹ IB3 – 20611/002.

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 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 Machbarkeitsstudien 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.“*

II. Landesebene

Die Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen der Freien und Hansestadt Hamburg hat am 24.8.2023 ein „Rundschreiben: Aufhebung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV“ veröffentlicht. Im Anschluss an die Schilderung der hierdurch entstandenen Rechtslage wird „ein pragmatischer Umgang mit den geltenden Regelwerken“ angemahnt, ohne „dass umfangreich auf überschwellige Vergaben ausgewichen werden“ müsse. Unter der Überschrift „II. Gleichzeitigkeit mit Bauleistung“ heißt es dann:

„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. EUR netto bleiben, kann unerschwerlich ausgeschrieben werden. Hierbei kann eine losweise Trennung der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen vorgenommen werden.“

Abschließend wird wiederum auf die 80/20-Regelung des § 3 Abs. 9 VgV hingewiesen.

Das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration sieht dann, wenn sich kommunale Auftraggeber für dieses Konzept entscheiden, jedenfalls keine „rechtsaufsichtliche(n) Maßnahmen veranlasst“ (Schreiben v. 31.01.2024, B3-1512-32-12).

D. Ausarbeitung und Vorzüge eines alternativen Beschaffungskonzepts

Das bislang in Umrissen erkennbare neue Konzept betrifft bereits die der eigentlichen Auftragsvergabe vorgelagerte Ebene der Beschaffung. Denn selbstverständlich macht es einen Unterschied, ob Bauleistungen und Planungsleistungen getrennt oder gemeinsam beschafft werden und ferner, ob dies im Wege einer Gesamtvergabe oder einer losweisen Vergabe geschieht. Für die öffentlichen Auftraggeber, die sich in Zukunft für dieses Konzept entscheiden, verbindet sich mit ihm eine strukturelle Veränderung und die Hoffnung, im Interesse ihrer gemeinwohlwichtigen Investitionsvorhaben verschiedene Vorzüge realisieren zu können (dazu III).

I. Bauvorhabenbezogene gemeinsame Vergabe statt getrennte Vergabe von Bau- und Planungsleistungen

Das erste Element des neuen Beschaffungskonzeptes besteht darin, die Planung und Ausführung von Bauleistungen i.S.d. § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bzw. von Bauwerken i.S.d. § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB zu einem „Bauftrag“ zusammen zu führen. Dass dies rechtlich möglich ist, steht außer Frage, wie die Lektüre des Eingangssatzes in § 103 Abs. 3 S. 1 GWB und (noch deutlicher, wengleich etwas missverständlich im anderen normativen Kontext der Schwellenwertberechnung verankert)²⁰ des § 3 Abs. 6 S. 2 VgV zeigt: „Die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, bleibt unberührt.“ Europarechtlich sind beide Vorschriften ebenso zweifelsfrei abgedeckt von Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 der RL 2014/24/EU, der überdies im zweiten Absatz des Erwägungsgrundes 8 nochmals erläutert wird: „Diese Richtlinie bezweckt nicht, eine gemeinsame oder eine getrennte Vergabe vorzuschreiben.“

Der Terminus „Gemeinsame Vergabe“ wird im Europarecht und im nationalen Umsetzungsrecht einheitlich für die hier beschriebene Situation verwendet. Er darf nicht verwechselt werden mit dem Begriff der „Gesamtvergabe“, der das Gegenstück zu einer losweisen Vergabe bezeichnet, und daher erst dann Relevanz erlangt, wenn (innerhalb einer gemeinsamen oder innerhalb einer getrennten Vergabe von Bau- und Planungsleistungen) nach Losen unterteilt wird (dazu II).

²⁰ Darauf weist zutreffend *Marx*, in: Röwekamp u.a., VgV, § 3 VgV Rn. 29, hin.

Die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers für eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen hat unmittelbar zwei Konsequenzen:

- Die erste Konsequenz betrifft das daraufhin eingreifende Vergaberegime. Wie bereits aus § 103 Abs. 3 S. 1 GWB folgt, handelt es sich ungeachtet der mit-vergebenen Planungsleistungen um „Baufträge“, weswegen bei Erreichen/Überschreiten des Bau-Schwellenwerts in Höhe von 5,538 Mio. EUR (ab 2024) grundsätzlich das Regime des GWB-Vergaberechts für Bauaufträge anwendbar ist. § 110 Abs. 1 GWB bestätigt dies, indem er feststellt, dass öffentliche Aufträge, „die verschiedene Leistungen ... zum Gegenstand haben, ... nach den Vorschriften vergeben (werden), denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist“ (S. 1); dies wird regelmäßig das Regime der Bauvergabe sein.²¹
- Die zweite Konsequenz betrifft die Berechnung des Schwellenwertes. Insoweit ergibt sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 3 Abs. 6 S. 1 VgV, dass der „geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen“ ist, um den „Auftragswert“ der hier ja nach dem zuvor Gesagten infrage stehenden „Bauleistungen“ berechnen zu können.²² Sollte es nachfolgend (dazu II) zu einer Aufteilung in Lose kommen, bleibt es bei dieser Schwellenwertberechnung, d.h., es ist weiterhin der „geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen“. Dies regelt ausdrücklich § 3 Abs. 7 S. 1 VgV.

Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass bei Realisierung des hier beschriebenen neuen Beschaffungskonzepts all diejenigen Planungsleistungen gemeinsam mit den Bauleistungen vergeben werden, die in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität aufweisen. Planungsleistungen, die planerische Fragen im Vorfeld bzw. im Nachgang bzw. jenseits des eigentlichen Bauvorhabens betreffen, wie etwa Boden- und Schallschutzgutachten, Vermessungen oder Untersuchungen im Hinblick auf Umwelt und Naturschutz dienen anderen Zwecken

²¹ Heuvels, in: Heuvels/Höb/Kuß/Wagner (Hrsg.), Vergaberecht, Gesamtkommentar zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Aufl. 2021, § 103 GWB Rn. 53 sieht in Fällen der gemeinsamen Vergabe in § 103 Abs. 3 S. 1 GWB eine die allgemeinere Vorschrift des § 110 Abs. 1 GWB verdrängende Sonderregelung; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs (Hrsg.), Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB Rn. 79 beschreibt Konstellationen in denen dennoch der gesamte Auftrag als Dienstleistungsauftrag i.S.d. § 103 Abs. 4 GWB einzustufen wäre.

²² Die Maßgeblichkeit des § 3 VgV für Bauaufträge ergibt sich aus § 2 VgV

bzw. erfolgen zur Erfüllung andernorts begründeter Rechtspflichten (wie etwa im Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung) und bleiben außen vor.²³

II. Aufteilung in Fachlose (jedenfalls innerhalb der Planungsleistungen)

Das zweite Element des hier auszuarbeitenden alternativen Beschaffungskonzepts besteht darin, dass innerhalb der gemeinsamen Vergabe die Bau- und die Planungsleistungen in Fachlosen vergeben werden und innerhalb der einzelnen Planungsleistungen weitere Fachlosen gebildet werden. Ob und in welchem Umfang bzw. Zuschnitt auch innerhalb der einzelnen Bauleistungen eine Fachlosvergabe erfolgt, ist für die nachfolgende Betrachtung irrelevant und wird daher nicht weiter vertieft.

Dass Bau- und Planungsleistungen in Losen „getrennt nach Art oder Fachgebiet“ (so die Formulierung in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB) vergeben werden können, ist schon aufgrund der regelmäßig unterschiedlich charakterisierten Fachkunde und Leistungsfähigkeit der in Betracht kommenden Bieter anzunehmen. Ob ausnahmsweise, d.h. unter Durchbrechung des Gebots der mittelstandsfreundlichen Vergabe nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB dennoch eine Gesamtvergabe von Planungs- und Bauleistungen an einen sog. Totalunternehmer bzw. Generalübernehmer (vgl. § 7c VOB/A-EU) in Betracht kommt, und zwar in Gestalt einer entweder voll funktionalen Ausschreibung (Erbringung der vollständigen Planungsleistungen durch das ausführende Bauunternehmen) oder einer teil-funktionalen Ausschreibung, bei der ein Auftraggeber noch Teile der Vor- bzw. Entwurfs- und Genehmigungsplanung selbst bzw. durch dritte Anbieter erbringen lässt,²⁴ braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden, da jedenfalls die hier zu prüfende Entscheidung für eine losweise Vergabe im Ausgangspunkt von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB – und eher als die soeben skizzierte Variante – gedeckt ist.

Dass schließlich innerhalb der Planungsleistungen eine weitere Unterteilung nach Fachlosen erfolgen kann, ist ebenfalls Teil des Konzepts, weil nur so die intendierte Einbeziehung auch kleinerer und mittelständischer Planungsbüros und weitere Vorzüge trotz Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV realisiert werden können. Ob der um-

²³ Von der Nichteinbeziehung dieser Planungsleistungen geht auch die Begründung im VO-Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/6118, S. 28, aus.

²⁴ Zu all diesen Varianten vgl. hier nur *Bulla*, KommP spezial 2023, S. 75 (80).

gekehrte Fall einer Vergabe sämtlicher Planungsleistungen an einen sog. Generalplaner überhaupt mit § 97 Abs. 4 S. 2 GWB vereinbar wäre,²⁵ braucht daher in der hier vorgelegten Untersuchung nicht erörtert zu werden.

In Anknüpfung an die Formulierung im Verordnungsentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 20/6118, S. 28) ist für die im Abschnitt E erfolgende rechtliche Prüfung davon auszugehen, dass sich der jeweilige öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Unterteilung der Fachlose für die Planungsleistungen an den Leistungsbildern der HOAI orientieren wird (z.B.: Objektplanung, Tragwerksplanung, Technische Gebäudeausrüstung, Außenanlagen). Nachfolgend (E II) wird dann zu prüfen sein, ob dies statthaft ist.

III. Vorzüge

1. Die Verwirklichung des soeben beschriebenen Beschaffungskonzepts hätte für die öffentlichen Auftraggeber (und damit für die diesen jeweils anvertrauten öffentlichen Aufgaben) die folgenden Vorzüge:

- Geringerer zeitlicher, personeller und finanzieller Aufwand;
- Dies bedeutet in Anbetracht der gegenwärtigen Krisenlagen eine beschleunigte Realisierung wichtiger Investitionsvorhaben, v.a. in den Bereichen Klimaschutz, soziale Infrastruktur und Sanierung;
- Größere Chancen auf die Gewinnung von Auftragnehmern, die sich in den komplizierten Regelwerken des Bauwesens auskennen.

Diese Vorzüge bestünden im Vergleich mit dem Konzept der getrennten Vergabe von Ausführung und Planung bei gleichzeitiger Addition der einzelnen Planungsleistungen (wie unter A II 2 dargestellt), und zwar infolge der Vermeidung einer europarechtlichen Ausschreibung jeder einzelnen der Planungsleistungen.

Gegenüber der etwaigen Beschaffung eines Generalübernehmers gewinnen die öffentlichen Auftraggeber bei Zugrundelegung des hier vorgeschlagenen Konzepts tendenziell mehr Innovation infolge der Einbeziehung spezialisierterer, aufgrund ihrer Agilität und Flexibilität vielfach auch innovativerer Auftragnehmer. Vor allem aber stärken sie ihre Position gegenüber den mit der Bauausführung betrauten Auftragnehmern,

²⁵ Auch zu diesem Modell vgl. hier nur *Bulla*, a.a.O., S. 79.

wenn sie in Gestalt der KMU-Planer von diesen unabhängige und zugleich sachkompetente, damit insbesondere auch in stärkerem Maße zu Kontrollen der Bauausführung befähigte Auftragnehmer an ihrer Seite haben. Im Falle der Beauftragung eines Generalübernehmers säße demgegenüber der gesamte Planungs-Sachverstand auf der anderen Seite des Tisches – und nicht (mehr) neben dem Sachwalter des Gemeinwohls.

2. Im Hinblick auf die von der Bundesregierung im Rahmen ihrer groß angelegten Konsultation für die Entwicklung eines „Vergabetransformationspakets“²⁶ proklamierten Ziele der Förderung von KMU und von Start-ups (Aktionsfeld 5) sowie der Beschleunigung der Vergabeverfahren (Aktionsfeld 4) stünde mit dem hier beschriebenen Beschaffungskonzept (unterstellt, es entspricht den Anforderungen des höherrangigen Rechts; dazu E) eine sofort einsetzbare Handlungsalternative zur Verfügung.

3. Aus der Perspektive des europäischen Binnenmarktes, dem namentlich die Europäische Kommission aufgrund der Europäischen Verträge verpflichtet ist und verpflichtet sein muss (begleitet und kontrolliert durch die europäischen Gerichte), erhöht sich die Zahl der europaweit durchzuführenden Vergabeverfahren betreffend die eigentliche Bauausführung. Denn dadurch, dass die Bau- und die Planungsleistungen gemeinsam vergeben werden, wird in mehr Fällen als bei einer getrennten Vergabe der Schwellenwert für die Vergabe der Bauaufträge erreicht bzw. überschritten (E I 3). Dies bedeutet gegenüber der früheren Praxis und auch gegenüber dem Modell einer getrennten Vergabe von Bau- und Planungsleistungen (bei gleichzeitiger Addierung der letzten) im Hinblick auf die eigentlichen Bauleistungen einen Mehrwert.

²⁶ Vgl. <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/oeffentliche-konsultation-zur-transformation-des-vergaberechts.html>

E. Rechtliche Beurteilung

Die rechtliche Beurteilung des soeben näher ausgearbeiteten alternativen Beschaffungskonzepts erfolgt anhand der Maßstäbe des EU-Rechts sowie des GWB/VgV-Umsetzungsrechts. Dieses wäre im Ausgangspunkt anwendbar, wenn (nach erfolgter Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV) die Planungsleistungen getrennt von den Bauausführungsleistungen vergeben, dabei aber infolge der Addition der Schwellenwert für die Planungsleistungen in Höhe von 221.000 Euro erreicht bzw. überschritten würde. Erlaubt das GWB-Vergaberecht in Situationen dieser Art eine gemeinsame Vergabe (I) und sodann die Teilung in Fachlose (II)?

I. Statthaftigkeit der gemeinsamen Vergabe (Beschaffungskonzept Teil 1)

1. Ausdrückliche normative Legitimation

Wie bereits festgestellt (D I), erlauben die §§ 103 Abs. 3 S. 1 GWB, 3 Abs. 6 S. 2 VgV explizit jedem Auftraggeber, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt *oder* gemeinsam zu vergeben. Europarechtlich ist dies ebenso explizit von Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 der RL 2014/24/EU abgedeckt und wird in Erw. 8 S. 5 zusätzlich betont.

2. Keine besondere Rechtfertigung erforderlich

Wie sich aus den genannten normativen Grundlagen ergibt, wird keine Pflicht zur gemeinsamen Vergabe begründet, sondern den öffentlichen Auftraggebern ein dahingehendes Ermessen eingeräumt. Die Entscheidung für oder gegen eine gemeinsame Vergabe ist daher keine Entscheidung, die anhand rechtlicher Maßstäbe zu beurteilen wäre, sondern eine reine Frage der Zweckmäßigkeit.²⁷ In Rechtsprechung und Schrifttum finden sich keine Hinweise dahingehend, dass den Auftraggebern bei der Ausübung dieses Ermessens irgendwelche rechtlichen Grenzen gezogen wären, jedenfalls werden nirgendwo solche rechtlichen Grenzen beschrieben.²⁸

²⁷ So ausdrücklich *Ganske*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, § 103 GWB Rn. 76.

²⁸ Vgl. stellv. die Bundesregierung in ihrer Entwurfsbegründung zum Umsetzungspaket 2016 (BT-Drs. 18/7318, S. 141); aus dem Schrifttum *Heuvels*, in: *Heuvels/Höß/Kuß/Wagner*, Vergaberecht, § 103 GWB Rn. 53; *Mädler*, in: *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, § 103 GWB Rn. 119; *Kaiser*, NZBau 2024, S. 3 (7).

Wenn (soweit ersichtlich, lediglich von einem Autor)²⁹ behauptet wird, dass sich die Entscheidung über eine gemeinsame oder getrennte Vergabe „an qualitativen und wirtschaftlichen Kriterien“ orientieren müssten, so konnte sich dies weder durchsetzen noch unternimmt es dieser Autor selbst, Kriterien dieser Art zu benennen. Sein Hinweis auf die Losvergabevorschrift des § 97 Abs. 4 GWB, dem er offenbar ein Kriterium entnehmen will, geht fehl, weil diese Vorschrift nicht die Entscheidung für eine gemeinsame Vergabe oder eine getrennte Vergabe, sondern die in beiden Fällen erst im Anschluss daran eingreifende etwaige Pflicht zur Aufteilung der Bau- oder Planungsleistungen (bzw. der gemeinsam miteinander vergebenen Bau- und Planungsleistungen) in Lose betrifft.

Überdies beruht die Entscheidung für eine gemeinsame Vergabe ja gerade auf der funktionalen und technischen Kohärenz in Bezug auf das Bauvorhaben, die der EuGH im Aulhallen-Urteil betont hat.³⁰ Mit der Entscheidung zugunsten einer gemeinsamen Vergabe wird dem durch die Wahl des Beschaffungskonzepts Rechnung getragen.³¹

3. Schwellenwertberechnung

Gemäß § 3 Abs. 6 S. 1 VgV ist bei der Schätzung des „Auftragswerts von Bauleistungen“ der Gesamtwert aller „Liefer- und Dienstleistungen“ einzubeziehen, die mit der Ausführung der Bauleistungen verbunden werden. Im hier zu beurteilenden Falle einer gemeinsamen Vergabe von Bauausführungs- und Dienstleistungen bedeutet dies, dass die Werte für sämtliche Leistungen zusammenzurechnen sind. Werden (sowohl innerhalb der Ausführungs- als auch innerhalb der Planungsleistungen) Teillose gebildet, ist gemäß § 3 Abs. 7 S. 1 VgV „der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen“.

Fragt man nun, ob sich der daraus ergebende Schwellenwert nach dem Schwellenwert für Bauaufträge (5,538 Mio. EUR) oder nach dem Schwellenwert für Dienstleistungen (221.000 EUR) bemisst, so ist § 112 Abs. 3 S. 1 GWB maßgeblich, der im Falle einer „gemeinsamen Vergabe“ explizit einen „Bauftrag“ erblickt, womit der Bau-Schwellenwert von 5,538 Mio. EUR gilt.³² Dies ist eine unweigerliche, durch die europäischen

²⁹ *Röwekamp*, in: ders./Kus/Portz/Prieß, § 103 GWB Rn. 223.

³⁰ EuGH, C-574/10, Rn. 38 ff.

³¹ *So v. Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB, 2. Aufl. 2023, § 103 GWB Rn. 101.

³² Ebenso *Kaiser*, NZBau 2024, S. 3 (7).

Richtlinien selbst begründete Konsequenz der unterschiedlich festgelegten Höhen für die Vergabe von Aufträgen über Bauleistungen einerseits, Liefer- und Dienstleistungen andererseits.

4. Verstoß gegen Umgehungsverbot(e)?

Im vorliegenden Zusammenhang könnten zwei explizit umschriebene Umgehungsverbote des GWB bzw. der VgV, die jeweils auf europarechtlichen Vorgaben beruhen, einschlägig sein: Das Umgehungsverbot nach § 111 Abs. 5 GWB (a) bzw. das Umgehungsverbot nach § 3 Abs. 2 VgV (b).

a) *Umgehungsverbot nach § 111 Abs. 5 GWB?*

Das in § 111 Abs. 5 GWB statuierte Umgehungsverbot betrifft die „Entscheidung, einen Gesamtauftrag oder getrennte Aufträge zu vergeben“. Die Vorschrift besagt, dass diese Entscheidung „nicht zu dem Zweck getroffen werden (darf), die Auftragsvergabe von den Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge ... auszunehmen.“ § 111 Abs. 5 GWB ist Teil der Vorschrift des § 111, die die „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen“ zum Inhalt hat. § 111 Abs. 1 GWB erlaubt, dass im Falle einer objektiven Trennbarkeit entweder getrennte Aufträge für jeden Teil oder ein „Gesamtauftrag“ vergeben werden dürfen. Ein Anwendungsbeispiel bildet die Vergabe von Aufträgen für ein Projekt, das sowohl zivile Bauleistungen als auch Bauleistungen mit verteidigungs- oder sicherheitsspezifischem Gepräge betrifft. Sowohl nach dem Wortlaut als auch nach der Systematik ist nach allgemeiner Auffassung davon auszugehen, dass § 111 GWB insgesamt (und damit auch das Umgehungsverbot des Abs. 5) „nur“ in den Fällen eingreift, in denen also die einzelnen Teile eines öffentlichen Auftrags unterschiedlichen rechtlichen Regimes, konkret unterschiedlichen Richtlinien des europäischen Vergaberechts zugeordnet sind (etwa der Sektoren-Richtlinie oder der Konzessions- bzw. der Verteidigungs-Richtlinie; entsprechendes gilt selbstverständlich dann auch für die jeweiligen nationalen Umsetzungsverordnungen VgV bzw. SektVO, KonzVgV bzw. VSVgV).³³

³³ Vgl. *Jahn*, in: *JurisPK-Vergaberecht*, Stand 6. Aufl. 2022, § 111 GWB Rn. 2; *Mohr*, in: *Münchener Kommentar*, § 103 GWB Rn. 1; *Willenbruch*, in: *ders./Wiedekind/Hübner* (Hrsg.), *Kompaktcommentar Vergaberecht*, 5. Aufl. 2022, § 111 GWB Rn. 2; *Röwekamp*, in: *Röwekamp u.a.*,

Das Umgehungsverbot nach § 111 Abs. 5 GWB ist mithin auf die hier infrage stehende „Entscheidung“, eine gemeinsame Vergabe (von Bau- und Planungsleistungen) oder eine getrennte Vergabe vorzunehmen, tatbestandlich nicht anwendbar. Nüchtern betrachtet, ist § 103 Abs. 1 S. 1 GWB, der explizit die Entscheidung zwischen einer gemeinsamen Vergabe oder einer getrennten Vergabe von Bau- und Planungsleistungen legitimiert, bereits *lex specialis* zu den nachfolgenden Vorschriften und damit auch *lex specialis* gegenüber § 111 GWB.

b) Umgehungsverbot nach § 3 Abs. 2 VgV?

Diese Vorschrift enthält ebenfalls ein Umgehungsverbot, und zwar betreffend „die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts“ (S. 1). Auch diese Vorschrift ist bei nüchterner Betrachtung bereits von vornherein deswegen nicht anwendbar, weil innerhalb des § 3 VgV durch Abs. 6 S. 2 ein explizites Wahlrecht zwischen der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen oder der getrennten Vergabe dieser Leistungen statuiert wird.³⁴

Wollte man darüber hinwegsehen, wäre das Umgehungsverbot des § 3 Abs. 2 VgV aber auch tatbestandlich nicht eröffnet, weil es bei der Entscheidung für oder gegen eine gemeinsame Vergabe oder eine getrennte Vergabe von Bau- und Planungsleistungen nicht um „die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts“ geht. Hierunter werden alle Aspekte betreffend die Wertermittlung subsumiert.³⁵ Der wichtigste Beispielfall betrifft die Aufteilung eines größeren Bauvorhabens in verschiedene Gebäudeteile mit angeblich unterschiedlichen Funktionen. Insoweit sichert das Umgehungsverbot des § 3 Abs. 2 S. 1 VgV, dass die Aufteilung nach Gebäudeteilen nicht mit dem Zweck erfolgen darf, jeweils unterhalb des Bau-Schwellenwerts zu liegen; dies hat zur Konsequenz, dass bei Vorliegen einer einheitlichen Funktion sämtlicher Gebäudeteile deren Teilwerte zusammenzurechnen sind, so dass der Schwellenwert eher erreicht bzw. überschritten wird. Damit hatten sich in neuerer Zeit u.a.

§ 111 GWB Rn. 1; *Pünder/Buchholtz*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, 3. Aufl. 2019, § 111 Rn. 1.

³⁴ Ebenso *Kau*, in: *Burgi/Dreher/Opitz*, § 3 VgV Rn. 53.

³⁵ Vgl. *Lausen*, in: *JurisPK-Vergaberecht*, § 3 VgV Rn. 39.

das OLG Schleswig³⁶ und die VK Bund³⁷ zu befassen.³⁸ Soweit ersichtlich, wird in keiner Kommentierung das Umgehungsverbot nach § 3 Abs. 2 VgV daher auf den hier gegebenen Fall der Entscheidung zwischen einer gemeinsamen Vergabe oder einer getrennten Vergabe von Bau- und Planungsleistungen bezogen.

Lässt man den Blick zu § 3 Abs. 2 S. 2 VgV schweifen, so betont dieser zusätzlich, dass eine Auftragsvergabe „nicht so unterteilt werden (darf), dass sie nicht in den Anwendungsbereich“ der Vorschriften des GWB falle, es sei denn, hierfür liegen ausnahmsweise sachliche Gründe vor. Im hier zu beurteilenden Zusammenhang geht es gerade nicht um eine (wie in der Vergangenheit praktizierte) Unterteilung, sondern um eine gemeinsame Vergabe, die ja typischerweise zu einem rascheren Erreichen des Schwellenwerts führt. Dass dies hier nicht der Fall ist, liegt ausschließlich daran, dass die europäischen Richtlinien selbst den Bau-Schwellenwert deutlich höher angesetzt haben als den Schwellenwert für Dienstleistungen. Dies vermag nun aber nicht den Tatbestand eines Umgehungsverbots zu begründen, nachdem die Richtlinien selbst (und ebenso das deutsche Umsetzungsrecht) gerade diese Entscheidung zwischen zwei verschiedenen Beschaffungskonzeptionen wiederholt explizit für statthaft erklärt haben.

5. Zwischenergebnis

Eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen, und damit Teil 1 des hier zu untersuchenden alternativen Beschaffungskonzepts, ist mithin statthaft. Den Planungsbüros (gleich welcher Größe) würde dies aber keinen Zugang zu den damit verbundenen Planungstätigkeiten eröffnen, weil ihnen ja gerade die Eignung (und das Interesse) zur Übernahme auch der Bauausführungsleistungen fehlen würde. Aus diesem Grund sieht Teil 2 des zu prüfenden Beschaffungskonzepts die Aufteilung in Fachlose vor.

³⁶ B. v. 28.1.2021, 54 Verg 6/20, Rn. 45 ff.

³⁷ B. v. 6.7.2023, VK 2-46/23.

³⁸ Erläuternd *Klein*, VergabeR 2022, S. 327.

II. Statthaftigkeit der Teilung in Fachlose (Beschaffungskonzept Teil 2)

1. Bei Erreichen/Überschreitung des Schwellenwerts für Bauaufträge

Ist der Schwellenwert für Bauaufträge (5,538 Mio. EUR) überschritten, beurteilt sich die Statthaftigkeit einer Fachlosbildung nach § 97 Abs. 4 GWB. Nach dieser Vorschrift besteht sogar grundsätzlich die Pflicht, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Leistungen (entweder) in der Menge aufgeteilt (Teillose) bzw. getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Nur ausnahmsweise darf von einer Losbildung abgesehen werden; dann müssen „wirtschaftliche oder technische Gründe“ dargelegt, nachgewiesen und dokumentiert werden (vgl. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB).

Der Grundsatz der Mittelstandsvergabe ist ein seit Jahrzehnten anerkannter Bestandteil des Vergaberechts und hat durch die europäischen Vergaberichtlinien im Jahr 2014 auch europaweit Anerkennung gefunden.³⁹ Die europarechtliche Legitimationsgrundlage befindet sich in Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU. Zwar verlangt diese Vorschrift von den Mitgliedstaaten lediglich eine Erklärung, wenn sie von einer Losaufteilung absehen wollen; weitergehende Anforderungen der Mitgliedstaaten (wie sie durch § 97 Abs. 4 GWB in Gestalt eines materiell-rechtlichen Grundsatzes statuiert werden) sind aber erlaubt, wie sich auch aus den Erw. 78 ff. der Richtlinie 2014/24 ergibt.

Der EuGH hat bereits vor Inkrafttreten der Richtlinie, und zwar in dem oben (A I 2) ausführlich vorgestellten Autalhallen-Urteil festgestellt, dass die Ermöglichung der Teilnahme von Mittelstandsunternehmen an öffentlichen Aufträgen „legitimes Ziel“ der Mitgliedstaaten sei, und dass bereits Art. 9 Abs. 1 der Vorgängerrichtlinie (RL 2004/18) eine Regelung für die Schwellenwertberechnung im Falle der Aufteilung in Lose enthalte (EuGH, a.a.O., Rn. 47 u. 48). Diese Regelung entspricht der des Art. 5 Abs. 7 – 10 der heute maßgeblichen Richtlinie 2014/24/EU. Sie liegt wiederum der im vorigen Abschnitt erörterten Vorschrift des § 3 Abs. 7 S. 1 VgV zugrunde, wonach bei einer Aufteilung in Lose für die Berechnung des Schwellenwerts der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen ist.

Anders als die Teilung in Fachlose ist die teilweise als Alternativlösung propagierte Vergabe an Totalunternehmer (Generalübernehmer) bzw. an einen Generalplaner

³⁹ Zu sämtlichen Hintergründen und Entwicklungsstufen vgl. nur *Burgi*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 14.

(vgl. C vor I) jedenfalls weder europarechtlich noch im GWB ausdrücklich legitimiert oder gar privilegiert.

Die Konsequenz der Addierung der Fachlose ist jedenfalls gemäß § 3 Abs. 7 S. 2 VgV n.F. die Anwendbarkeit des europäischen Vergaberechts (synonym: Oberschwellenvergaberechts) auf jedes einzelne Los. Ob die einzelnen Lose dann jeweils innerhalb des Regimes der VgV oder des Regimes der VOB/A-EU zu vergeben sind, ist unten (F I 1) ebenso kurz zu beleuchten wie die Bedeutung der Vorschrift des § 3 Abs. 9 VgV, wonach hiervon ausnahmsweise, im Hinblick auf einzelne Lose mit einem bestimmten, niedrigeren Nettowert abgewichen werden kann.

Dass bei der Fachlosbildung die Orientierung an den Leistungsbildern der HOAI eine „fachlich“ gerechtfertigte, da an den bestehenden Strukturen auf den Anbietermärkten der Planer und Architekten ausgerichtete Fachlosbildung ermöglicht, steht außer Frage.⁴⁰ Irgendeine Art von Umgehungsgefahr wird hierdurch jedenfalls nicht ausgelöst, da ja gerade jedes einzelne Los europaweit auszuschreiben ist. Wie bereits oben festgestellt (D III), realisiert sich im Falle des Erreichens bzw. Überschreitens des Bauaufträge-Schwellenwerts gerade auch der im Einsatz des hier untersuchten Beschaffungskonzepts liegende Vorzug für den europäischen Binnenmarkt.

2. Bei Unterschreitung des Schwellenwerts für Bauaufträge

Wird der Schwellenwert für Bauaufträge i.H.v. 5,538 Mio. EUR, auf den es aufgrund der Entscheidung für die gemeinsame Vergabe nach § 103 Abs. 1 S. 1 GWB ankommt, unterschritten, dann ist das europäische Vergaberecht (d.h. das Oberschwellen-Vergaberecht des GWB mit VgV und VOB/A-EU) nicht anwendbar. Dies bedeutet, dass aus all diesen Normen keine Maßstäbe zur Beurteilung der Statthaftigkeit der Teilung in Fachlose entnommen werden können und dass insbesondere auch die dort normierten Umgehungsverbote der §§ 111 Abs. 5 GWB und 3 Abs. 2 VgV nicht herangezogen werden können (abgesehen davon, dass sie beide auch die Entscheidung für oder gegen eine Fachlosvergabe gar nicht betreffen, da diese ja ausdrücklich durch § 97 Abs. 4 GWB legitimiert, ja privilegiert wird).

⁴⁰ Zu den für die Fachlosbildung maßgeblichen Kriterien vgl. nur *Kau*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 97 GWB Rn. 167.

Das Nichteingreifen des Oberschwellenvergaberechts ist wiederum Konsequenz des durch den europäischen Normgeber zu verantwortenden deutlich höheren Schwellenwerts für Bauaufträge.

3. Zwischenergebnis

Auch der zweite Teil des hier zu prüfenden alternativen Beschaffungskonzepts, die Teilung in Fachlose (unter ihnen Fachlose für die einzelnen Planungsleistungen) ist statthaft. Dies gilt sowohl dann, wenn der Schwellenwert für Bauaufträge erreicht bzw. überschritten wird (vgl. § 97 Abs. 4 GWB) als auch dann, wenn er unterschritten wird, weil dann etwaigenfalls entgegenstehende Vorgaben des europäischen Vergaberechts erst gar nicht zur Anwendung gelangen.

III. Hilfsweise: Unstatthaftigkeit der Fachlosbildung bei gemeinsamer Vergabe?

Unterstellt man, dass das hier zu prüfende neue Beschaffungskonzept nicht nur im Hinblick auf seine beiden Bestandteile, sondern auch im Hinblick auf die dadurch bewirkte Kombination von gemeinsamer Vergabe einerseits, Fachlosbildung andererseits am Maßstab des GWB zu prüfen wäre, stieße man zunächst wieder auf die bereits erörterten beiden konkreten Umgehungsverbote (nach § 111 Abs. 5 GWB und nach § 3 Abs. 2 VgV). Insoweit wäre wieder festzustellen, dass sie beide tatbestandlich nicht einschlägig sind.

Ein Umgehungsverwurf könnte also allenfalls als Ergebnis einer die einzelnen Vorschriften des europäischen Vergaberechts übergreifenden Gesamtbetrachtung begründet werden.

1. Stand der Diskussion

Zunächst ist festzustellen, dass es (soweit ersichtlich) keine Rechtsprechung zu der Frage gibt, ob die Aufteilung in Lose im Falle der Entscheidung zugunsten einer gemeinsamen Vergabe i.S.d. § 103 Abs. 1 S. 1 GWB, § 6 Abs. 2 S. 2 VgV ausgeschlossen wäre. Erst recht gibt es keine Rechtsprechung zu der hier aufgeworfenen Frage, ob der Kombination von gemeinsamer Vergabe und Fachlosbildung ein irgendwie gearteter Umgehungsgedanke entgegenstünde.

In der Kommentarliteratur lassen sich (noch auf dem Stand vor der Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV a.F.) auch keine belastbaren, argumentativ näher entfalteten Überlegungen nachweisen. Ganz überwiegend wird diese Frage überhaupt nicht thematisiert (woraus man durchaus ableiten könnte, dass es sich hierbei eben gar nicht um ein Problem handelt, sondern die Kombination ohne weiteres möglich ist). An einer Kommentarstelle heißt es, dass im Falle des § 103 Abs. 3 S. 1 GWB (gemeinsame Vergabe) „im Vertrag neben der Planung immer auch die Ausführung eines Bauvorhabens oder Bauwerkes bestimmt sein“ müsse; dies könnte so gedeutet werden, dass der betreffende Autor den Abschluss eines einzigen Vertrages mit ein und demselben Auftragnehmer für geboten (und mithin die Losvergabe für ausgeschlossen) hält.⁴¹ Vor kurzem hat sich ein anderer Autor (soweit ersichtlich als Erster) konkret im Hinblick auf das hier zu beurteilende Beschaffungskonzept geäußert. Er behauptet, dass § 103 Abs. 3 GWB eine gemeinsame Vergabe von Planungs- und Bauleistungen „nur dann als einheitlichen Bauauftrag (privilegiere), wenn diese auch wirklich zusammengefasst erfolgt, d.h. der Auftrag für die Planungs- und Bauleistungen an denselben Auftragnehmer erteilt“ werde.⁴² Einen Beleg für diese angeblich „herrschende Auffassung“ liefert dieser Autor allerdings nicht, auch begründet er nicht, wie er hierzu gelangt ist und wie sich dies zu § 97 Abs. 4 GWB verhalten würde.

Hält man demgegenüber die Kombination von gemeinsamer Vergabe und Fachlosbildung für statthaft, dann würde sie jedenfalls nicht daran scheitern, dass die einzelnen Teilleistungen in zeitlich gestaffelter Reihenfolge (zuerst die Planungs-, dann erste Bauausführungs- dann weitere Bauausführungsleistungen etc.) abzarbeiten wären; dass das Merkmal „Gleichzeitigkeit“ in § 103 Abs. 3 S. 1 GWB jedenfalls keine temporäre Dimension hat, steht fest.⁴³

2. Beurteilung

Gibt es mithin bislang keine Rechtsprechung, die zur Unstatthaftigkeit des neuen Beschaffungskonzepts führen würde und sind zur Begründung eines dahingehenden Ergebnisses bislang auch keine schlüssigen Überlegungen vorgetragen worden, ist es

⁴¹ Das Zitat stammt von *Czaki*, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 103 GWB Rn. 43.

⁴² *Bulla*, KommP spezial 2023, S. 78.

⁴³ So zutreffend BT-Drs. 20/6118, S. 29; aus dem Schrifttum *Czaki*, a.a.O., Rn. 43.

vertretbar, nach diesem Konzept zu verfahren. Jedenfalls bis zu einer etwaigenfalls entgegenstehenden Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz hätte eine solche Vorgehensweise den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte hinter sich, vor allem aber könnte sie sich auf systematische und teleologische Überlegungen stützen. Diese sehen wie folgt aus:

a) Der *Wortlaut* des § 103 Abs. 3 S. 1 GWB („gleichzeitig“) ist ebenso wie der des § 3 Abs. 6 S. 2 VgV („gemeinsam“) und der des Art. 2 Abs. 6 lit. a) der Richtlinie 2014/24 („sowohl ... als auch“) unergiebig, d.h., aus ihm lässt sich kein Verbot der Kombination von gemeinsamer Vergabe und Fachlosbildung entnehmen. Da die Vorschrift über die Fachlosbildung nach § 97 Abs. 4 GWB aber dem Wortlaut nach keine irgendwie geartete Einschränkung enthält, spricht umgekehrt die Wortlautinterpretation der einschlägigen GWB-Vorschriften zugunsten der Kombination.

b) Die *Entstehungsgeschichte* erweist im Hinblick auf die Materialien zur Vergaberechtsreform des Jahres 2016 keine Erkenntnisse. Im Zuge der Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV a.F. durch die Verordnung der Bundesregierung aus dem Jahr 2023 hat sich die hierfür verantwortliche Bundesregierung aber ausdrücklich nicht nur zu diesem neuen Beschaffungskonzept bekannt, sondern es gleichsam zutage gefördert, ihm also in seltener Eindeutigkeit einen entstehungsgeschichtlichen Rückenwind verschafft.⁴⁴

c) Zu Beginn der *systematischen* Auslegung ist zunächst noch einmal daran zu erinnern, dass die Begriffe und Kategorien der hier infrage stehenden „gemeinsamen Vergabe“ und der der „Gesamtvergabe“ (eine Vergabe ohne Losteilung) nicht durcheinandergebracht werden dürfen. Aus dem Umstand, dass eine gemeinsame Vergabe praktiziert werden soll, folgt also für die Frage der Statthaftigkeit einer Aufteilung in Lose zunächst nichts. Die „gemeinsame Vergabe“ bedeutet, dass die sonst getrennten Leistungsarten der Bauausführung und der bauvorhabenbezogenen Planung zusammengefasst werden, nicht mehr und nicht weniger. § 103 Abs. 3 S. 1 GWB legitimiert (ebenso wie § 3 Abs. 6 S. 2 VgV) diese Kombination. Wie mit den einzelnen, innerhalb der Leistungsarten zu erbringenden Teilleistungen zu verfahren ist, ergibt sich aus diesen Vorschriften nicht. Diejenige Vorschrift des Vergaberechts, die sich mit den einzelnen Teilleistungen, die erforderlich sind, um einen Auftrag insgesamt bewältigen zu können, beschäftigt, ist § 97 Abs. 4 GWB. Er wiederum legitimiert ausdrücklich (und

⁴⁴ BT-Drs. 20/6118, S. 28 u. 29.

ohne, dass dies auf irgendeine Konstellation bezogen oder beschränkt wäre, d.h. auch im Fall der gemeinsamen Vergabe) die Aufteilung in Lose.

d) Fragt man schließlich nach dem *telos* hinter der Einräumung einer Befugnis für die mitgliedstaatlichen Auftraggeber, die ansonsten getrennten Leistungsarten der Bauausführung und der baubezogenen Planung zu einer gemeinsamen Vergabe zu verbinden und damit einen ganzheitlicheren Blick auf das eigentliche Investitionsvorhaben zu ermöglichen, liegt er darin, der sog. Beschaffungsautonomie der mitgliedstaatlichen Auftraggeber auch an dieser Stelle ausdrücklich Rechnung tragen zu wollen. Bekanntlich liegt dem Vergaberecht (verstanden als Regime für die Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge) die Bestimmung des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers über Ob und Was „seines“ Beschaffungsgegenstandes sachlich voraus. Dies wird mit dem Begriff der „Beschaffungsautonomie“ umschrieben.⁴⁵

Unstreitig wirkt sich der Grundsatz der Beschaffungsautonomie auch beim Umgang mit den Regelungen über die Losvergabe aus. So ist allgemein anerkannt, dass es zunächst von dem jeweiligen autonom konzipierten Beschaffungsgegenstand abhängt, ob eine Aufspaltung in Teilleistungen überhaupt möglich ist.⁴⁶ Dies zeigt, dass sich der Grundsatz der Beschaffungsautonomie nicht nur auf das Ob und das Was einer Beschaffung, sondern auch auf die vom Auftraggeber für sinnvolle erachtete Beschaffungsstruktur erstreckt. Möchte ein Auftraggeber einerseits eine einheitliche, auf das Investitionsvorhaben bezogene Gesamtbetrachtung anstellen (und sich daher für eine gemeinsame Vergabe von Ausführungs- und Planungsleistungen entscheiden), gleichzeitig aber bei den Planungsleistungen von einem höheren Maße an Unabhängigkeit, Kontroll- und Innovationskompetenz profitieren (dazu D III), dann darf er dies von einer Kombination von gemeinsamer Vergabe und Fachlosvergabe in der hier beschriebenen Weise erwarten.

Wie in allen Fällen, in denen die sog. Beschaffungsautonomie des Auftraggebers infrage steht, muss er hierbei selbstverständlich etwaige rechtliche Grenzen beachten; so bildet beispielsweise das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung nach § 31 Abs. 6 VgV bzw. § 7 Abs. 2 VOB/A-EU eine Grenze der Beschaffungsautonomie. Im vorliegenden Zusammenhang ist eine solche Grenze aber nicht erkennbar – im Gegenteil statuiert ja § 97 Abs. 4 GWB gerade den Grundsatz der Losvergabe.

⁴⁵ Vgl. einführend *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 6, § 6 Rn. 7 f.

⁴⁶ Näher auch *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, 4. Aufl. 2020, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 82.

Derjenige, der propagiert, dass eine gemeinsame Vergabe zwingend impliziere, dass die Ausführungs- und die Planungsleistungen von einem einzelnen Auftragnehmer innerhalb eines einzelnen Vertrages zu erbringen wären, müsste umgekehrt erklären (und kann dies m.E. nicht), wie sich diese Auffassung eigentlich zu § 97 Abs. 4 GWB verhält.⁴⁷ Er müsste überdies anerkennen, dass die Totalunternehmervariante bis zur Erreichung des Bau-Schwellenwerts in Höhe von 5,538 Mio. Euro ja ebenso wie das hier untersuchte Beschaffungskonzept einen europaweiten Wettbewerb verhindern würde.

IV. Zwischenergebnis

Das Beschaffungskonzept einer gemeinsamen Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen kombiniert mit einer Fachlosbildung ist bislang soweit ersichtlich nicht Gegenstand einer Beanstandung durch Vergabekammern oder Gerichte gewesen. Schlüssige Begründungen dafür, warum sein Einsatz unstatthaft sein sollte, fehlen bislang. Setzt man sich mit den beiden Teilen dieses Konzepts auseinander, so zeigt sich, dass die Entscheidung für die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen statthaft ist, und dass sich allein daraus die durch den europäischen Gesetzgeber selbst herbeigeführte deutliche Erhöhung der Schwellenwertgrenze ergibt. Die Bildung von Fachlosen wiederum ist dann, wenn insgesamt der sodann maßgebliche Schwellenwert für Bauaufträge erreicht oder überschritten wird, durch § 97 Abs. 4 S. 1 GWB (und auch innerhalb der europarechtlichen Vorgaben) legitimiert und sie kann nicht aus dem GWB-Vergaberecht herausführen, außer im Falle der – wiederum europarechtlich legitimierten – 80/20-Regel des § 3 Abs. 9 VgV. Wird der Schwellenwert für Bauaufträge unterschritten, können dem GWB gar keine Vorgaben und auch keine Grenzen für diesen zweiten Teil des Beschaffungskonzepts entnommen werden.

Nimmt man (vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung: hilfsweise) eine übergreifende Betrachtung gerade der Kombination der beiden Teilelemente am Maßstab

⁴⁷ Dazu, dass § 97 Abs. 4 GWB auch im Falle einer beabsichtigten Vergabe an einen Totalunternehmer (Generalübernehmer) gilt, diese also als Durchbrechung des Losgrundsatzes hohen Begründungsanforderungen unterworfen ist, vgl. *Finke*, in: Beck'sches Formularbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2014, S. 28.

des europäischen Vergaberechts (GWB und VgV in jeweils richtlinienkonformer Auslegung) vor, dann erweist die Auslegung anhand der klassischen Methoden, insbesondere in systematischer und teleologischer Hinsicht, dass der Einsatz des alternativen Beschaffungskonzepts Teil der europarechtlich anerkannten sog. Beschaffungsautonomie des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers ist, deren Ausübung insoweit keine Grenzen gesetzt sind.

In beiden Situationen ist von vornherein zu dokumentieren (vgl. § 8 VgV), dass eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen erfolgen soll und die einzelnen Fachlose sich allesamt innerhalb eines gemeinsamen Rahmens bewegen. Dabei sollte das betroffene Bauvorhaben näher beschrieben und explizit auf die §§ 103 Abs. 3 S. 1 GWB, 3 Abs. 6 S. 2 VgV und auf Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU hingewiesen werden.

F. Folgefragen

I. Anwendbares Rechtsregime für die Vergabe der Planungs-Lose

1. Bei Erreichen/Überschreiten des Schwellenwerts für Bauaufträge

a) Grundsätze

Wie bereits festgestellt (E I 3), ist bei Erreichen bzw. bei Überschreitung des Schwellenwerts für Bauaufträge i.H.v. 5,538 Mio. EUR jedenfalls das europäische Vergaberecht und damit das Umsetzungsregime aus dem GWB, der VgV und der VOB/A-EU anwendbar. Dies gilt für die Vergabe jedes einzelnen Loses, egal ob dieses Leistungen der Bauausführung oder Planungsleistungen zum Inhalt hat; eine „Rosinenpickerei“ ist damit von vornherein ausgeschlossen.⁴⁸

Während für die auf die Bauausführung bezogenen Leistungen damit selbstverständlich das Rechtsregime für die Vergabe von Bauaufträgen gilt (in Deutschland: VgV und VOB/A-EU), ist nicht klar, nach welchem (wohlgemerkt: europarechtlich vorgezeichnetem) Regime die Planungsleistungen zu vergeben sind. Die Richtlinie 2014/24/EU spricht (pauschalierend) davon, dass bei Erreichen oder Übersteigen des kumulierten Werts der Lose „die Richtlinie“ für die Vergabe jedes Loses eingreifen würde (Art. 5 Abs. 8 UAbs. 2). In § 3 Abs. 7 S. 2 VgV (n.F.) heißt es, dass „diese Verordnung“ für die Vergabe jedes Loses einschlägig sei und im Schrifttum ist bei mehreren Autoren (ebenfalls pauschalisierend) vom Eingreifen „des Kartellvergaberechts“⁴⁹ die Rede. Die Frage nach dem innerhalb des „Kartellvergaberechts“ maßgeblichen Regime (VgV oder VOB/A-EU) bleibt bei all dem unbeantwortet. Klarheit besteht also lediglich darin, dass das europäische Vergaberecht eingreift und sich mithin der im einleitenden Teil (D III) beschriebene Vorzug des alternativen Beschaffungskonzepts aus der Sicht des europäischen Binnenmarkts realisiert.

In Ermangelung näherer europarechtlicher Vorgaben und aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, ist die Antwort m.E. in den §§ 1 u. 2 VgV zu suchen. Danach ist zunächst (wie in allen Fragen betreffend die Schwellenwerte und die anwendbaren Rechtsregimes) die VgV maßgeblich (das entspricht auch ihrem Charakter als unmittelbar staatlich gesetztem Recht), während die VOB/A-EU gemäß § 2

⁴⁸ Dies übersieht *Bulla*, KommP spezial 2023, S. 78.

⁴⁹ So *Kau*, in: Burgi/Dreher/Opitz, § 3 VgV Rn. 58; *Ziekow*, in: ders./Völlink, § 3 VgV Rn. 27; *Fandrey*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 28.

VgV lediglich „für die Vergabe von Bauaufträgen“ anwendbar ist. Die VgV enthält bekanntlich in den §§ 73 ff. spezifische Regelungen „für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen“, was belegt, dass der Verordnungsgeber diese sachgegenständlich von den in § 2 erwähnten „Baufträgen“ unterscheidet. Folglich ist es naheliegend, diese Vergaberegeln (die vollständig im Einklang mit den europäischen Vorgaben stehen und selbstverständlich Teil des europäischen Vergaberecht sind) auf die Vergabe der die Planungsleistungen betreffenden Lose anzuwenden. Dass für sämtliche Lose das gleiche Rechtsregime gelten müsse⁵⁰ ist weder der VgV noch der VOB/A-EU noch dem GWB bzw. den europäischen Vergaberichtlinien zu entnehmen.

b) Anwendbarkeit des § 3 Abs. 9 VgV

§ 3 Abs. 9 VgV sieht vor (ebenfalls vollständig europarechtlich legitimiert, und zwar durch Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie 2014/24/ EU), dass der öffentliche Auftraggeber „bei der Vergabe einzelner Lose von Abs. 7 S. 2 sowie Abs. 8 abweichen (darf), wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80.000 EUR und bei Bauleistungen unter 1 Mio. EUR liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.“ Die Konsequenz dieser sog. 80/20-Regel⁵¹ ist im vorliegenden Zusammenhang eine Verschiebung des Schwellenwerts nach oben bis zu max. 20 % des Gesamtwertes aller Lose. Dies wiederum bedeutet, dass bis zu dieser nach oben verschobenen Schwelle nicht die Regeln des Oberschwellen-, sondern die des Unterschwellenvergaberechts gelten. Ausgeschlossen ist insoweit auch der Rechtsschutz über das Vergabeverfahren nach § 155 ff. GWB.⁵²

Im vorliegenden Zusammenhang würde sich anbieten, die auf die planungsbezogenen Leistungen bezogenen Lose in das 20 %-Kontingent zu ziehen. Soll dies geschehen, muss der öffentliche Auftraggeber schon zu Beginn des Vergabeverfahrens verbindlich bekannt geben, dass er so verfahren möchte und welche Lose dem 20 %-Teil des

⁵⁰ So offenbar (ohne Begründung) *Bulla*, KommP spezial 2023, S. 78.

⁵¹ BT-Drs. 18/7317, S. 148.

⁵² So ausdrücklich *Dieckmann*, in: *Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal*, VgV/UVgO, § 3 VgV Rn. 38.

Auftrags unterfallen sollen.⁵³ Zudem muss diese ursprüngliche Festlegung durch den Auftraggeber nach § 8 Abs. 1 VgV dokumentiert werden.⁵⁴

Unklar ist, ob bei der Vergabe von Losen, die jeweils unterschiedlichen Regimes folgen (die Planungsleistungen dem der VgV, die Bauausführungsleistungen zusätzlich dem der VOB/A-EU), nun im Sinne von § 3 Abs. 9 VgV der Nettowert des betreffenden Loses von 80.000 EUR („bei Liefer- und Dienstleistungen“) bzw. von ein 1 Mio. EUR (bei „Bauleistungen“) maßgeblich ist. Auf den ersten Blick liegt es insoweit nahe, nur Lose mit einem Nettowert von bis zu 80.000 EUR in das Kontingent zu ziehen, weil im vorherigen Abschnitt ja für die Planungsleistungen das Regime der VgV (und damit das für Liefer- und Dienstleistungen) für maßgeblich erachtet worden ist. Bis zur Klärung dieser Frage durch Vergabekammern bzw. Gerichte erscheint es aber durchaus vertretbar, die Formulierung „bei“ (Liefer- und Dienstleistungen bzw. Bauleistungen) nicht auf das Regime des einzelnen Loses, sondern auf das Regime des Auftrags insgesamt (hier: einem Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 GWB) zu beziehen. Dies hätte zur Konsequenz, dass die einzelnen Lose für die Planungsleistungen (ggf. überdies noch einzelner, kleinerer Bauausführungsleistungen) in einem Umfang von bis zu 1 Mio. EUR in das Kontingent fielen. Für diese Einschätzung spricht, dass andernfalls die Kontingentierung auf „20 % des Gesamtwerts aller Lose“ keinen Sinn machen würde; dürfte man bei einem Bauauftrag von beispielsweise 10 Mio. EUR Gesamtwert lediglich Aufträge im Umfang von 80.000 EUR in das Kontingent ziehen, käme man ja nicht im Entferntesten in die Nähe des 20 %-Kontingents (im Beispiel: 2 Mio. EUR). Die Regelung des § 3 Abs. 9 VgV ergibt daher deutlich mehr Sinn, wenn man die Formulierungen „bei Liefer- und Dienstleistungen“ bzw. „bei Bauleistungen“ auf den Auftrag insgesamt und nicht auf das Regime für das einzelne Los bezieht.

⁵³ So OLG Rostock, B. v. 16.9.2021, 17 Verg 7/21; OLG Düsseldorf, B. v. 11.12.2019, VII-Verg 53/18.

⁵⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 11.12.2019, VII-Verg 53/18; vertiefend *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, § 3 VgV Rn. 25 ff.; *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Aufl. 2018, § 3 VgV Rn. 51.

2. Bei Nichterreichen des Schwellenwerts für Bauaufträge

Wird im Fall einer gemeinsamen Vergabe der Schwellenwert für Bauaufträge i.H.v. 5,538 Mio. EUR nicht erreicht, dann ist das europäische Vergaberecht (in Deutschland: GWB, VgV und VOB/A-EU) nicht anwendbar. Der öffentliche Auftraggeber befindet sich dann im sog. Unterschwellenvergaberecht (Haushaltsvergaberecht). Welches Regime dann für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen anwendbar ist, ergibt sich im Regelfall aus Verwaltungsvorschriften des jeweiligen Landes (teilweise differenziert nach Vergaben durch Landesbehörden bzw. durch Kommunen). In diesen Verwaltungsvorschriften, die im Einzelnen hier nicht dokumentiert bzw. nachvollzogen werden können, erfolgt eine Differenzierung anhand verschiedener Wertgrenzen, an die jeweils bestimmte Verfahrensanforderungen geknüpft sind. Ganz oder teilweise wird dabei oftmals auf die Vorschriften der VOB/A (Erster Abschnitt; sog. Basisparagrafen) bzw. auf die UVgO verwiesen. Dies hängt letzten Endes wiederum davon ab, ob es um die Vergabe von Bauleistungen oder um die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen geht. Vorbehaltlich der hier nicht zu leistenden Prüfung der Rechtslage in jedem einzelnen Bundesland und je einzelner dort eingreifender Verwaltungsvorschriften ist m.E. hier auf den Gegenstand des jeweiligen Fachlosses abzustellen. Im Hinblick auf die Fachlose betreffend Planungsleistungen geht es mithin um „Dienstleistungen“, weswegen regelmäßig die UVgO anwendbar sein dürfte. Diese enthält wiederum in § 50 UVgO eine Sonderregelung zur „Vergabe von freiberuflichen Leistungen“.

II. Umgang mit dem etwaigen Wunsch, nach Abschluss der Planungen von der Vergabe der Bauausführungsleistungen Abstand nehmen zu wollen

Werden Bau- und Planungsleistungen nicht gemeinsam, sondern getrennt vergeben, kann der öffentliche Auftraggeber ohne hierbei Vorgaben des Vergaberechts beachten zu müssen, von der Vergabe auch der Bauleistungen Abstand nehmen, wenn er beispielsweise aufgrund der ihm vorliegenden Planungen zu einer negativen Einschätzung bezüglich des Vorhabens gelangt. Im Falle einer gemeinsamen Vergabe ist dies nicht ohne weiteres möglich, aber auch nicht ausgeschlossen. Denn dann würde oberhalb der Schwellenwerte für Bauaufträge die Vorschrift des § 63 VgV und bei einer Vergabe unterhalb der Schwellenwerte die Vorschrift des § 48 UVgO eingreifen. Beide Vorschriften knüpfen zur Vermeidung etwaiger Schadensersatzpflichten die Aufhebung des Vergabeverfahrens an das Vorliegen von Aufhebungsgründen. So sieht § 63

Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VgV vor, dass eine Aufhebung möglich ist, wenn „sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat“ bzw. regelt Nr. 3 dieser Vorschrift, dass die Aufhebung dann möglich ist, wenn „kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde“ und Nr. 4, dass sie möglich ist, wenn „andere schwerwiegende Gründe bestehen.“ Wichtig ist nun, dass § 63 VgV ebenso wie § 48 UVgO auch die „teilweise“ Aufhebung eines Vergabeverfahrens vorsieht. Dies betrifft den im vorliegenden Zusammenhang relevanten Fall der Vergabe nach Losen, mit der Konsequenz, dass (bei Eingreifen eines Aufhebungsgrundes) das Vergabeverfahren nach bereits erfolgter Vergabe der Aufträge für die Planungsleistungen im Hinblick auf die noch ausstehende Vergabe der Bauausführungsleistungen aufgehoben werden kann.⁵⁵

III. Blick in das Förderrecht

1. Vereinbarkeit des alternativen Beschaffungskonzepts mit dem (EU-)Förderrecht?

Als Reaktion auf die entstandene Rechtsunsicherheit nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Autalhalle“ (A I 2) ist teilweise in behördlichen Rundschreiben die Empfehlung gegeben worden, jedenfalls bei EU-geförderten Projekte nicht auf die Addition der Planungsleistungen zu verzichten.⁵⁶ Gelangt man mit der hier vorgelegten Untersuchung zum Ergebnis, dass das alternative Beschaffungskonzept mit den Vorgaben des europäischen Vergaberechts vereinbar ist, macht eine dahingehende Empfehlung keinen Sinn, d.h. bei geförderten Projekten, bei deren Umsetzung der Zuwendungsgeber die Zuwendungsempfänger (unter ihnen vielfach Kommunen) zur Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften des Ober- bzw. auch des Unterschwellenvergaberechts verpflichtet, kann ebenso wie bei nicht geförderten Projekten von der Statthaftigkeit des Beschaffungskonzepts ausgegangen werden.

⁵⁵ So *Mehlitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, § 63 VgV Rn. 56; *Lischka*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, 2017, § 48 UVgO Rn. 4.

⁵⁶ Darüber berichtet *Greb*, in: Ziekow/Völlink, § 3 VgV Rn. 27 m. Rn. 60. Der Autor (und einige weitere Autoren) hält die hierbei anklingende Differenzierung zwischen EU-geförderten und allen anderen dem GWB-Vergaberecht unterfallenden Projekten (zu Recht) für nicht nachvollziehbar.

2. Umgang mit dem Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns

Das Förder- bzw. Zuwendungsrecht ist in Deutschland sehr zersplittert geregelt. Regelmäßig ergibt es sich aus einem Zusammenspiel des jeweils geltenden Haushaltsrechts (im vorliegenden Zusammenhang: auf Länderebene), kommunalhaushaltsrechtlichen Vorschriften und sodann aus zahlreichen Verwaltungsvorschriften, weswegen hier nur ein erster Überblick gegeben werden kann. Vor dem Einsatz des hier untersuchten alternativen Beschaffungskonzepts in Förderkonstellationen müsste über dessen Auswirkungen Klarheit hergestellt werden. Allerdings ließen sich (bei Vorhandensein des politischen Willens) etwaige diesbezügliche Änderungen/Klarstellungen vergleichsweise rasch bewerkstelligen, da die einschlägigen Vorgaben weder dem Europarecht entstammen noch (zum größten Teil) gesetzlich fixiert sind, sondern sich „lediglich“ aus Verwaltungsvorschriften ergeben. Dies gilt namentlich für das sogleich zu erörternde „Verbot vorzeitigen Maßnahmebeginns“. Insoweit hat das OVG Münster in einer aktuellen Grundsatzentscheidung festgestellt, dass es *nicht* Gegenstand der Bestimmungen der §§ 23, 44 LHO (NRW) sei, sondern „lediglich eine in der Verwaltungspraxis sinnvolle und im Haushaltsrecht übliche Richtlinienbestimmung auf der Ebene unterhalb des Gesetzesrechts, mit der die allgemeineren Vorgaben der §§ 23, 44 LHO (NRW) für die Ermessenspraxis konkretisiert und handhabbar gemacht werden sollen.“⁵⁷

a) Soweit das jeweils einschlägige Förderrecht eine Entwurfsplanung mit Kostenberechnung nach DIN 276 als Voraussetzung für die Statthaftigkeit eines Förderantrags normiert, stünde die Dienstleistung zur Erstellung dieser Entwurfsplanung nicht in einer funktionalen-technischen Kohärenz zu den Leistungen betreffend die Verwirklichung des Bauvorhabens, sondern erscheint von diesem gegenständlich getrennt und zeitlich vorausgelagert. Sie könnte daher im Einklang mit den bereits oben (D I) beschriebenen Grundsätzen isoliert (als einzelne Planungsleistung) ausgeschrieben werden, ohne dass es zu einer Addition mit den erst danach, nach grundsätzlicher Beschlussfassung, das Vorhaben überhaupt in Angriff zu nehmen, ausgeschrieben Planungsleistungen zu kommen hätte.

⁵⁷ U.v. 8.9.2023, 4 A 2549/20, NZBau 2024, S. 57, Leitsatz 6.

b) Steht das bereits erwähnte „Verbot des vorzeitigen Maßnahmenbeginns“ einem sinnvollen Einsatz des hier untersuchten alternativen Beschaffungskonzepts entgegen?⁵⁸ Dieses sich aus den Verwaltungsvorschriften des Zuwendungsrechts ergebende Verbot (vgl. z.B. VV Nr. 1.3.1 zu Art. 44 BayHO bzw. VV Nr. 1.3.3 zu § 44 LHO NRW) soll den Projektträger daran hindern, mit seinem Vorhaben vor Bekanntgabe des Zuwendungsbescheids zu beginnen (vorbehaltlich der hier nicht zu vertiefenden Möglichkeit der Genehmigung des vorzeitigen Baubeginns). Dieses Verbot dient sowohl dem Schutz des Zuwendungsgebers als auch dem des Zuwendungsempfängers. Der Zuwendungsgeber soll bei seiner Entscheidung über die Bewilligung nicht durch vollendete Tatsachen in seiner Entscheidungsfreiheit beeinflusst werden, der Zuwendungsempfänger soll vor finanziellen Nachteilen geschützt werden, wenn er ein finanziell nicht gesichertes Vorhaben beginnt. Vor allem aber soll verhindert werden, dass die Mittel nicht Antragstellern gewährt werden, die sie (ausweislich ihres mutigen Vorranschreitens) offenbar gar nicht benötigen.⁵⁹

Bei der bislang ganz vorherrschenden getrennten Vergabe der Planungs- und den Bauausführungsleistungen war der Vorhabenbeginn im Hinblick auf die (regelmäßig in viel größerem Umfang geförderten) Baumaßnahmen nicht bereits mit der Planung erfolgt. Auch war anerkannt, dass vergaberechtliche Ausschreibungsverfahren lediglich der Vorbereitung von Vertragsabschlüssen dienen und noch nicht als Vorhabenbeginn zu werten seien.⁶⁰ Als förderschädlich wurde jeweils erst der Abschluss eines der Bauausführung dienenden Vertrages (für den ersten Bauabschnitt) erachtet.

Mit dem Übergang auf eine gemeinsame Vergabe verlieren die einzelnen Teilabschnitte ihre Selbstständigkeit, was grundsätzlich die Konsequenz hätte, dass mit dem Abschluss eines der Verträge über die ersten Teilabschnitte mit Planungsleistungen (nicht lediglich der Beginn der Ausschreibungsverfahren) als förderschädlich zu werten wären. Für das alternative Beschaffungskonzept hätte dies zur Konsequenz, dass vorab, in einem gesonderten Vergabeverfahren die Entwurfsplanung mit Kostenberechnung nach DIN 276 ausgeschrieben werden muss (siehe a) und erst nach deren

⁵⁸ Dies behauptet (in einem Satz und ohne nähere Begründung) *Bulla*, KommP spezial 2023, S. 78.

⁵⁹ Bündig OVG Münster, a.a.O., Rn. 51.

⁶⁰ Zu den Einzelheiten *Müller/Richter/Ziekow*, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, S. 155 f.

Vorliegen – und erfolgter Festsetzung der Förderung – die gemeinsame Vergabe der weiteren Planungs- und der Bauausführungsleistungen in Angriff genommen würde. Ein unüberwindbares Hindernis für den Einsatz des alternativen Beschaffungskonzepts ergibt sich aus dem förderrechtlichen Verbot des vorzeitigen Maßnahmenbeginns mithin nicht.



Professor Dr. iur. Martin Burgi