

Themenblatt:

Die Auftragswertschätzung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge



Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen



zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Die Höhe des Auftragswertes hat erhebliche praktische Relevanz für jedes Vergabeverfahren. Er ist maßgeblich für die Verfahrenswahl. Die korrekte Berechnung des Auftragswertes kann sich insbesondere bei der Vergabe zuwendungsfinanzierter Leistungen auswirken. Wurde aufgrund eines falsch berechneten Auftragswertes eine falsche Verfahrensart gewählt, kann dieser Fehler zur (teilweisen) Rückforderung der Zuwendung führen. Darüber wie die Auftragswertschätzung durchzuführen ist, informiert dieses Themenblatt.

Zweite Schlachtpforte 3

0 4 2 1 3 6 1 8 9 2 4 0

vergabeservice@wah.bremen.de

www.wirtschaft.bremen.de/info/zsks

2 4 . 0 8 . 2 0 1 8

Inhalt

I.	Einleitung.....	1
II.	Geltende Schwellenwerte der unterschiedlichen Leistungsarten	1
III.	Gegenstand der Auftragswertschätzung.....	2
1.	Grundsätze für alle Leistungsarten	3
a)	Boni, Optionen, Vertragsverlängerungen, Preisgelder	3
b)	Bedarfs- bzw. Eventualpositionen und Wahl- bzw. Alternativpositionen	3
c)	Los oder (Folge-)Auftrag und deren Addition	4
d)	80:20-Regel (EU-Verfahren)	7
2.	Besonderheiten der einzelnen Leistungsarten.....	7
a)	Baufträge	7
b)	Liefer- und Dienstleistungsaufträge	8
c)	Planungsleistungen	10
d)	Rahmenverträge.....	12
IV.	Maßgeblicher Zeitpunkt	12
V.	Dokumentation der Auftragswertschätzung.....	13
VI.	Rechtzeitige Rüge der fehlerhaften Auftragswertschätzung	14
VII.	Aufhebung/Einstellung des Verfahrens wegen Unwirtschaftlichkeit	14

Praktische Relevanz

I. Einleitung

Die Höhe des Auftragswertes hat erhebliche praktische Relevanz für jedes Vergabeverfahren. Soll eine Leistung beauftragt werden, ist zu klären, welche gesetzlichen Regelungen Anwendung finden. Maßgeblich hierfür ist zunächst, ob der Auftragswert den EU-Schwellenwert überschreitet. Dies ist ausschlaggebend dafür, ob ein EU- oder ein nationales Verfahren durchzuführen ist. Kann ein nationales Verfahren durchgeführt werden, ist anhand des Über-, bzw. Unterschreitens von Wertgrenzen zu prüfen, welche Verfahrensart einschlägig ist. Trotz dieser immensen Bedeutung – für jedes Vergabeverfahren – bestehen in der Praxis im Zusammenhang mit der Auftragswertschätzung erhebliche Unsicherheiten. Die Unsicherheiten verstärken sich, wenn ein Auftrag z.B. in Losen oder über HOAI-Leistungen vergeben wird.

Zuwendungen

Die korrekte Berechnung des Auftragswertes kann sich zudem bei der Vergabe zuwendungsfinanzierter Leistungen auswirken. Wurde aufgrund eines falsch berechneten Auftragswertes ein falsches Vergabeverfahren durchgeführt, obwohl der Zuwendungsempfänger zur Beachtung anderer – in der Regel weitergehender – Verfahrensvorschriften verpflichtet war, kann dieser Fehler zur (teilweisen) Rückforderung der Zuwendung führen.

EU-Schwellenwerte

II. Geltende Schwellenwerte der unterschiedlichen Leistungsarten

Für Vergabeverfahren, welche ab dem 1. Januar 2018 begonnen werden, gelten die nachstehenden **EU-Schwellenwerte**. Werden diese Schwellenwerte erreicht oder überschritten, sind verbindlich EU-weite Vergabeverfahren durchzuführen. Die Schwellenwerte liegen für die unterschiedlichen Leistungs-/Vergabearten bei:

Vergabeart	Schwellenwert in EUR
Klassische Auftragsvergaben (2014/24/EU):	
Baufträge	5.548.000
Liefer-/Dienstleistungsaufträge und freiberufliche Leistungen	221.000
Für die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen verbleibt der Schwellenwert unverändert bei:	750.000
Konzessionsvergaben (2014/23/EU):	
	5.548.000
Vergaben im Sektorenbereich //(2014/25/EU) und im Bereich von Verteidigung/Sicherheit:	
Baufträge	5.548.000
Liefer-/Dienstleistungsaufträge	443.000

Die maßgeblichen **nationalen Wertgrenzen** nach dem TtVG entnehmen Sie bitte der „[Übersicht über die Voraussetzungen nationaler Vergabeverfahren im Land Bremen](#)“.¹

Der Beschaffungsbedarf ist Grundlage der Auftragswertschätzung

Anforderungen an die Begründung

Anhaltspunkte für die Schätzung

III. Gegenstand der Auftragswertschätzung²

Ausgangspunkt für die Auftragswertschätzung ist immer der konkrete vom Bedarfsträger definierte Beschaffungsbedarf (Welche Leistung soll eingekauft werden?). Zugrunde zu legen ist der voraussichtliche Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer (netto).³ Unter Berücksichtigung des Zeit- und Materialaufwandes, des Schwierigkeitsgrades und des Haftungsrisikos ist die Schätzung nach rein objektiven Kriterien nachvollziehbar und unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten durchzuführen.⁴ Die Schätzung des Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des EU-Vergaberechts zu umgehen⁵ (z.B. Ausschreibung zunächst für 5 Jahre als zweckmäßig festgestellt, dann Entscheidung für eine Ausschreibung für lediglich 2 Jahre, um unterhalb des EU-Schwellenwertes zu bleiben⁶). Je näher die geschätzte Gesamtvergütung dem maßgeblichen EU-Schwellenwert/der maßgeblichen nationalen Wertgrenze kommt, desto strengere Anforderungen sind an die Nachvollziehbarkeit der Gründe für die Auftragswertschätzung zu stellen.

- ➔ Zur Auftragswertschätzung herangezogen werden können z.B.:
 - Erkenntnisse aus eigenen früheren Ausschreibungen, sonstige vergleichbare aktuelle oder frühere Vergaben unter Berücksichtigung der Preisentwicklung und Besonderheiten des jeweiligen Projektes⁷,
 - Markterkundungen (z.B. Kataloge, Internetrecherche, Abfragen bei anderen Dienststellen, Informationsanfragen bei Firmen,
 - Existiert eine verbindliche Gebührenordnung, ist diese heranzuziehen (z.B. HOAI, RVP, BremPPV).

- ➔ Den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ermittlung des Auftragswertes wird nicht genügt, wenn der Auftraggeber keine eigenverantwortliche Schätzung vornimmt, sondern lediglich einen von einem potentiellen Bieter **telefonisch erfragten Wert** zugrunde legt.⁸

¹https://www.wirtschaft.bremen.de/wirtschaftsordnung/vergaberecht/zsks_hauptseite/zsks_sub1/zsks_sub1c-20288.

² EuGH C-574/10.

³ § 3 Abs. 1 Satz 1 VgV; OLG Düsseldorf Verg 38/01 OLG Düsseldorf Verg 38/01; VK Baden-Württemberg: 1 VK 29/03.

⁴ OLG Koblenz, 1 Verg 1/99.

⁵ § 3 Abs. 2 VgV.

⁶ OLG Düsseldorf, Verg 5/02.

⁷ OLG Karlsruhe, 15 Verg 3/09; OLG München, Verg 12/06.

⁸ OLG Düsseldorf, Verg 5/02, NZBau 2002, 697, 698.

Nicht Ausreichend

- Ebenfalls unzureichend ist eine Schätzung, wenn dabei **wesentliche Kostenelemente nicht berücksichtigt** werden.⁹

1. Grundsätze für alle Leistungsarten

Bei der Auftragswertschätzung sind unabhängig von der Leistungsart zu berücksichtigen:

a) Boni, Optionen, Vertragsverlängerungen, Preisgelder

Allgemeine Grundsätze für die Auftragswertschätzung

Zu berücksichtigen sind etwaige Optionen¹⁰ oder automatische Vertragsverlängerungen¹¹. Optionen sind das Recht, durch einseitige Erklärung einen Vertrag zustande zu bringen oder die Vertragslaufzeit zu verlängern.¹²

Sieht der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an die Bewerber oder Bieter vor, sind auch diese zu berücksichtigen.¹³

- z.B. Boni nach § 7 Abs. 6 HOAI oder Preisgelder an die Teilnehmer von Wettbewerben

b) Bedarfs- bzw. Eventualpositionen und Wahl- bzw. Alternativpositionen

Bei der Auftragswertschätzung sind grundsätzlich alle ermittelten erforderlichen Leistungen und Mengen zugrunde zu legen. Dies gilt auch für Bedarfs- und Wahlpositionen.¹⁴

- Bedarfs-/Eventualpositionen betreffen Leistungen, deren Notwendigkeit sich erst nach Bekanntgabe der Vergabeunterlagen und ggf. auch erst nach Zuschlagserteilung ergibt. Bedarfspositionen sind also Leistungen, von denen bei Ausschreibung noch nicht feststeht, ob sie überhaupt beauftragt werden. Darüber hinaus ist bei ihnen zum Zeitpunkt der Ausschreibung häufig auch der Mengensatz noch unklar.
- Wahl-/ Alternativpositionen betreffen Leistungen, die ggf. alternativ zu einer im Leistungsverzeichnis vorgesehenen anderen Teilleistung zur Ausführung kommen.

⁹ OLG Celle, 13 Verg 4/09.

¹⁰ § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV; OLG Stuttgart, 2 Verg 3/01.

¹¹ § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV; VK Lüneburg VgK-75/2010; VK Bund, 3-200/08.

¹² BayObLG VergabeR 2002, 657, 658; OLG Stuttgart NZBau 2002, 292, 293; OLG Düsseldorf, VII-Verg 63/03.

¹³ § 3 Abs. 1 Satz 3 VgV.

¹⁴ OLG Düsseldorf, VII-Verg 36/09; OLG Saarbrücken, 4 U 478/07; OLG Naumburg, 1 Verg 6/06; OLG Schleswig, 6 Verg 6/04; VG Neustadt, 4 L 544/6; VK Bund, VK 1-33/03, IBR 2003, 438; VK Schleswig-Holstein, VK-SH 14/05; VK Münster, VK 01/03; einschränkend VK Nordbayern, 320.VK-3194-30/5; anderer Ansicht hingegen VK Bund, VK 1-02/05; VK Südbayern, 01-01/99; Vgl. BayObLG Verg 8/02.

Sowohl Bedarfs-/Eventualpositionen, als auch Wahl-/Alternativpositionen sind bei der Auftragswertschätzung zu ihrem vollen Preis zu berücksichtigen, da der Bieter auch hinsichtlich dieser Positionen ein bindendes Angebot abgibt.¹⁵

Stundenlohnarbeiten

Auch **mengenoffene Bedarfspositionen**, insbesondere **angehängte Stundenlohnarbeiten** sind zum einen bei der Auftragswertschätzung und zum anderen bei der Angebotswertung zu berücksichtigen. Die hierfür erforderliche Auswertungsmenge hat der öffentliche Auftraggeber auf Grundlage einer realistische Mengenschätzung (z.B. allgemeine Erfahrungswerte) zu ermitteln.¹⁶

Bedarfspositionen sind nicht in jedem Umfang zulässig. Die Rechtsprechung variiert je nach Fallgestaltung zwischen 5-15 % des Gesamtauftragswertes.

Unbedingt erforderlicher Umfang

Angehängte Stundenlohnarbeiten dürfen **nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang** (Stundenanzahl und Lohngruppen, ggf. Geräte) aufgenommen werden.¹⁷ Erforderlich sind Stundenlohnarbeiten nur hinsichtlich solcher Leistungen, die sich in keiner Weise einer anderen im LV angelegten Leistungsposition zuordnen lassen. Insbesondere dürfen Stundenlohnarbeiten nicht als Auffangposition für auf unzureichende Planung zurückgehende unvollständige Leistungsverzeichnisse herangezogen werden.

Für Wahl-, bzw. Alternativpositionen bestehen keine festen prozentuale Grenzen. Allerdings sind bei besonders häufigem Auftreten die Anforderungen für die Zulässigkeit von Wahl-, bzw. Alternativpositionen genauer zu überprüfen.¹⁸

Differenzierung Los- oder (Folge)Auftrag

c) Los oder (Folge-)Auftrag und deren Addition

Bei der Auftragswertschätzung ist zu differenzieren, ob mehrere ‚Lose‘ oder mehrere ‚Aufträge‘ vorliegen: Bauleistungen und Dienstleistungen¹⁹ sowie gleichartige Lieferleistungen, die in einem funktionalen, räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, bilden Lose eines einheitlichen Auftrags und sind zu addieren.²⁰ Die Addition von Lieferleistungen setzt deren Gleichartigkeit voraus, da Lieferleistungen anders als Bau- und

¹⁵ BayObLG Urt. v. 18.6.2002 – Verg 8/02.

¹⁶ OLG Naumburg 1 Verg 6/06; VK Nordbayern, IBR 2005, 623.

¹⁷ Formular 100 VHB Ziff. 4.7.

¹⁸ OLG Düsseldorf, VII-Verg 87/11.

¹⁹ Mit der Regelung, dass nur „gleichartige“ Dienstleistungen zusammen zu rechnen sind, geht das GWB über die europäische Vorgabe in Art. 5 Abs. 8 RL 2014/24/EU hinaus, insoweit ist fraglich, ob diese Regelung einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würde. Daher wird in diesem Themenblatt die rechtssichere Auffassung vertreten, dass eine Gleichartigkeit der Dienstleistungen nicht Voraussetzung für deren Addition bei der Auftragswertschätzung ist.

²⁰ § 3 Abs. 6, 7 Satz 2, 8 VgV; OLG Köln, 11 W 54/16.

Dienstleistungen auch unabhängig von anderen Lieferleistungen mit denen sie im Zusammenhang stehen einen eigenständigen materiellen Wert haben. Eine so enge Verbindung der unterschiedlichen Lieferleistungen, dass diese zur Auftragswertberechnung zu addieren sind, ergibt sich daher nur, wenn diese zugleich „gleichartig“ sind.

- Hiernach liegen zu addierende Lose eines Auftrags vor, wenn
 - die Leistungen unvollständige Abschnitte einer einzigen baulichen Anlage sind (die Leistungen also erst in ihrer Summe die gewünschte Funktion erfüllen):²¹ z.B. die einzelnen Bauschritte, welche zur Errichtung eines Gebäudes notwendig sind oder das Ausbaggern, der Transport und Entsorgung des Baggerguts.
 - im Hinblick auf eine Veranstaltung unterschiedliche Dienstleistungen (z.B. Catering, Photograph, Marketing, Security) eingekauft werden, welche jedoch nur in Ihrem funktionalen, räumlichen und zeitlichen Zusammenhang betrachtet ein sinnvolles Ganzes ergeben.

→ Die Gleichartigkeit der Leistungen ist nicht erforderlich

Vergibt der Auftraggeber hingegen zwei oder mehrere funktional, räumlich oder zeitlich unabhängige (Bau-)Leistungen, liegen mehrere selbstständige Bauaufträge und nicht etwa Lose eines Gesamtauftrags vor. Ein eigenständiger (Bau-)Auftrag liegt mithin vor, wenn

- das Projekt eine eigene, selbständige Funktion erfüllt,²² **beispielsweise** die Errichtung mehrerer Gebäude, welche jedes für sich unabhängig voneinander genutzt werden können oder wenn alle Bauabschnitte als eigenständig nutzbar anzusehen sind.²³ Ob die einzelnen Baumaßnahmen eigene wirtschaftliche und/oder technische Funktionen erfüllen, beurteilt sich nach objektiven Kriterien.
- ein Gesamtprojekt vom Auftraggeber nicht als – ein einheitliches Bauvorhaben – geplant wird. Für diese Beurteilung kommt es nicht – allein – darauf an, welchen Endausbau (Gesamtprojekt) der Bauherr in der Zukunft einmal erreichen will. Vielmehr sind Vorhaben, die über eine lange Zeit hinweg in Teilabschnitten bedarfs- und/oder finanzabhängig verwirklicht werden, zumeist nicht als einheitliche Baumaßnahme anzusehen.²⁴
- Einerseits die Erweiterung eines Gebäudes und die Modernisierung

²¹ OLG Hamburg NJOZ 2003, 2683.

²² OLG Hamburg NJOZ 2003, 2683.

²³ OLG Brandenburg OLG vom 20.08.2002, Verg W 4/02.

²⁴ VK Düsseldorf VK – 32/2006 – B.

der Brandschutztechnik und andererseits später die Sanierung der Mess-, Steuer- und Regeltechnik ausgeschrieben wird. Ein zwingender technischer und praktischer Zusammenhang besteht nicht.²⁵

- Gleiches gilt für einzelne Bauabschnitte einer Entlastungsstraße, wenn jeder Bauabschnitt für sich in verkehrstechnischer Hinsicht eine sachgerechte Nutzung durch die Verkehrsteilnehmer ermöglicht, so dass bei der Ermittlung der Schwellenwerte auf den Wert des jeweiligen Bauabschnitts abzustellen und eine Addition der Werte nicht vorzunehmen ist.²⁶
- Auch wenn einzelne Maßnahmen über eine längere Bauzeit ausgeführt werden sollen und **abschnittsweise finanziert** werden, kann es sich um selbständige Bauwerke handeln.²⁷
- Entsprechendes gilt auch für andere Leistungen. Zu differenzieren ist dann z.B. ob es sich um
 - eine Veranstaltung handelt, welche für sich genommen steht oder um eine einer zusammenhängenden Veranstaltungsreihe, welche nur im Zusammenhang ein ‚Ganzes‘ bildet.
 - – ungleichartige – Lieferleistungen handelt, welche jeweils für sich betrachtet einen eigenen abgrenzbaren Wert darstellen.

Für die Frage, wie der Auftragswert zu berechnen ist, ist allein die – vergaberechtliche – Einordnung der unterschiedlichen Leistungen maßgeblich. Unerheblich ist hingegen, ob Leistungen – zuwendungsrechtlich – z.B. in einem Antrag/Förderbescheid miteinander verknüpft sind.

- ➔ Der Auftragswert für **EU-Verfahren** errechnet sich grundsätzlich aus der Summe der Einzelbeträge der beabsichtigten Lose, mithin dem gesamten Auftragswert (bei einem Auftrag „der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen“ (Additionsmethode)²⁸). Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen (s. hierzu unter **III.2.c**).²⁹
- ➔ Die Additionsmethode gilt verbindlich nur für EU-Verfahren.
- ➔ Für mehrere selbständige Aufträge ist jeweils ein eigener Auftragswert zu bilden.

²⁵ OLG Celle IBR 2000, 430.

²⁶ Brandenburgisches OLG IBR 2002, 677.

²⁷ VK Arnsberg VK 1–05/2002; VK Düsseldorf VK – 32/2006 – B.

²⁸ § 3 Abs. 7 Satz 1, Absatz 8 VgV.

²⁹ § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV.

80/20-Regel

d) 80/20-Regel (EU-Verfahren)

Überschreitet der Auftragswert eines Auftrages die maßgeblichen EU-Schwellenwerte, gilt für die Vergabe jedes einzelnen Loses grundsätzlich das EU-Vergaberecht. Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe einzelner Lose, welche hiernach eigentlich dem EU-Recht unterfallen jedoch ausnahmsweise von diesem Grundsatz abweichen. Voraussetzung für diese Abweichung ist:

- der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses überschreitet bei
 - Liefer- und Dienstleistungen nicht EUR 80.000,-
 - bei Bauleistungen nicht EUR 1.000.000,- **und**
 - die Summe der Nettowerte dieser Lose übersteigt nicht 20 Prozent des gesamten Auftragswertes.³⁰
- ➔ Die Zuordnung der Lose zu dem 80%- beziehungsweise 20%-Kontingent ist von dem Auftraggeber **vor Bekanntmachung** des Loses zu treffen und **im Vergabevermerk zu dokumentieren!**
- ➔ Hinsichtlich der wertgrenzenabhängigen Verfahrenswahl des 20%-Kontingents ist auf den **Auftragswert des jeweiligen Loses** abzustellen.

Besonderheiten einzelner Leistungsarten

2. Besonderheiten der einzelnen Leistungsarten

Neben den übergreifend für alle Leistungsarten geltenden Regelungen sind bei der Auftragswertschätzung für die einzelnen Leistungsarten jeweils spezifisch geltende Vorgaben zu beachten.

a) Bauaufträge

Im Vorfeld zum Vergabeverfahren muss der künftige Auftraggeber prüfen, welche die wirtschaftlichste Art der Umsetzung ist (Variantenuntersuchung) und eine Kostenobergrenze festsetzen, welche in den Haushaltsplan einzustellen ist (ES-Bau). Nachdem die ES-Bau baufachlich genehmigt und haushaltsmäßig anerkannt ist, ist die EW-Bau mit erneuter Kostenschätzung aufzustellen. Die baufachlich genehmigte und haushaltsmäßig anerkannte ES-Bau sowie die EW-Bau sind für die Ausführungsplanung und die Bauausführung grundsätzlich bindend. Unter Ihrer Beachtung sind die Ausführungsplanung und Leistungsverzeichnisse aufstellen. Hierbei sind die Kostengruppen der DIN 276,

- 100 Grundstück
- 200 Herrichten und Erschließen
- 300 Bauwerk - Baukonstruktionen

³⁰ § 3 Absatz 9 VgV.

- 400 Bauwerk - Technische Anlagen
- 500 Außenanlagen
- 600 Ausstattung und Kunstwerke
- 700 Baunebenkosten (z.B. Kosten für Architekten- und Ingenieurleistungen³¹ - dies gilt nicht für den Fall, dass der Auftraggeber sowohl die Leistung als auch die Planung ausschreibt, weil sich der Auftrag dann auf beide Leistungsteile bezieht.³² Ausschlaggebend ist insoweit das auftragsgegenständliche Leistungsverzeichnis.)

einzu beziehen. Sofern die haushaltsmäßig anerkannte Kostenobergrenze eingehalten wird und die Finanzierung der Baumaßnahme sichergestellt ist, kann mit der Ausführung der Baumaßnahme begonnen werden. Die DIN 276 gilt unmittelbar nur für den Hochbau, ist auf den Tiefbau- und Ingenieurbauwerke jedoch analog anzuwenden.

- ➔ 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.³³ Maßgeblich hierfür ist ein funktionaler Zusammenhang zwischen den einzelnen Leistungen.
- ➔ Bei der Auftragswertschätzung nicht zu berücksichtigen sind
 - die Kosten des Baugrundstücks (100),
 - Kosten der Erschließung des Grundstücks (220, 230; "anteilige Kosten aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen" und "anteilige Kosten für Verkehrsflächen und technische Anlagen, die ohne öffentlich-rechtliche Verpflichtung mit dem Ziel der späteren Übertragung in den Gebrauch der Allgemeinheit aufgewendet werden"),
 - einmalige Abgaben (240),
 - Einbauten in Außenanlagen (550),
 - Kosten beweglicher Ausstattungs- und Einrichtungsgegenstände (610, 621) und
 - Baunebenkosten (700).³⁴

b) Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Der Auftragswert für Liefer- und Dienstleistungen wird, abhängig von der Art des Vertrags auf unterschiedliche Weise berechnet.

³¹ VK Sachsen 1 SVK/049-07; VK Rheinland-Pfalz VK 32/07.

³² VK Saarland 1 VK 08/2010; OLG München Verg 19/12.

³³ § 3 Abs. 6 VgV.

³⁴ OLG Stuttgart, 2 Verg 9/02; OLG Celle, 13 Verg 8/02; OLG Brandenburg, Verg W 4/02; VK Baden-Württemberg, VK 35/02.

(b.a.) Wiederholte Vergabe

Bei der Schätzung eines Auftragswertes für einen öffentlichen Auftrag, der im geplanten Maße oder so ähnlich bereits in der Vergangenheit vergeben wurde, zieht der öffentliche Auftraggeber seine bisherigen Erfahrungen und Daten zur Auftragswertschätzung heran. Dies gilt für regelmäßig wiederkehrende Aufträge (1) über Liefer- und Dienstleistungen, Daueraufträge (2) und Aufträge die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes verlängert werden sollen (3) und für die ein Gesamtpreis angegeben wird.

(1) Regelmäßig wiederkehrend sind sich wiederholende Aufträge d.h. Aufträge die jeweils getrennt vergeben werden, die aber in absehbareren Abständen regelmäßig wiederkehrend geschlossen werden. Dass sich die Einzelaufträge jeweils etwa der Menge nach unterscheiden, steht dem wiederkehrenden Charakter nicht entgegen, ist aber bei der Schätzung des Auftragswertes zu berücksichtigen.

- **Regelmäßig wiederkehrend** ist beispielsweise eine Leistung, die von dem Auftraggeber im selben Bereich jedes Jahr neu ausgeschrieben und vergeben wird und angesichts der wirtschaftlichen Betätigung des Auftraggebers ein auch in der Zukunft regelmäßig wiederkehrender Beschaffungsbedarf vermutet werden kann,³⁵
- wenn sich der Auftraggeber nicht vertraglich an einen Dienstleister gebunden hat, der für ihn Postdienstleistungen durchführen soll, sondern er sich vielmehr werktäglich neu über deren Vergabe entscheidet,³⁶ oder
- die regelmäßig wiederkehrende Bestellung von Kontrastmitteln im medizinischen Bereich.³⁷

(2) Daueraufträge sind Verträge, bei denen es nicht einer wiederholten Auftragsvergabe bedarf, sondern bei denen aufgrund des erteilten Dauerauftrages in regelmäßigen Abständen Liefer- oder Dienstleistungen wiederholt zu erbringen sind.³⁸

- z.B. Stromlieferungen oder Abfallentsorgung³⁹

(3) Aufträge, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes verlängert werden sollen, können jede Art eines Dauerschuldverhältnisses

³⁵ OLG Brandenburg, Verg W 8/12.

³⁶ OLG Brandenburg W 15/11.

³⁷ VK Bund VK 1-91/12

³⁸ Beck'scher Vergaberechtskommentar, Dreher/Motzke, VgV § 3 Rn. 30.

³⁹ Ziekow/Völlink/Greb VgV § 3 Rn. 30-32.

umfassen.

Für alle diese Auftragsarten bestehen **zwei Möglichkeiten den Auftragswert zu schätzen**⁴⁰:

- Auf der Grundlage des tatsächlichen Gesamtwertes entsprechender aufeinander folgender Aufträge aus dem vorangegangenen Haushaltsjahr oder Geschäftsjahr; dabei sind voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kosten möglichst zu berücksichtigen, die während der zwölf Monate zu erwarten sind, die auf den ursprünglichen Auftrag folgen (z.B. wenn es sich um einen Folgeauftrag handelt).
- Auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwertes aller aufeinander folgender Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate oder während des auf die erste Lieferung folgenden Haushaltsjahres oder Geschäftsjahres, wenn dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden.

(b.b.) Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit zeitlich begrenzter oder unbestimmter Laufzeit für die kein Gesamtpreis angegeben wird

Wird für einen Vertrag über Liefer- und Dienstleistungen kein Gesamtpreis angegeben (sondern z.B. Monatspreise, Tagespauschalen),⁴¹ ist Berechnungsgrundlage für den geschätzten Auftragswert

- bei **zeitlich begrenzten Aufträgen** mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten der sich aus der monatlichen Vergütung ergebende Gesamtwert für die Laufzeit dieser Aufträge, und
- bei **Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit** oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten gleichwohl nur der 48-fache Monatswert. Unbestimmte Laufzeiten haben Verträge, die keinen Endzeitpunkt, sondern nur eine Kündigungsmöglichkeit haben (z. B. ein Vertrag mit dreijähriger Vertragsdauer und nachfolgender automatischer Fortsetzung unter monatlicher Kündigungsmöglichkeit (Prolongationsklausel)).⁴²

c) Planungsleistungen

Bei Planungsleistungen erfolgt eine Addition gemäß der VgV nur für Lose über gleichartige Leistungen.⁴³ Wann „Gleichartigkeit“ zu bejahen ist, ist jedoch nicht abschließend geklärt. Zum Teil wird zur Beurteilung der

⁴⁰ § 3 Abs. 10 VgV.

⁴¹ § 3 Absatz 11 VgV.

⁴² VK Nordbayern, 320.VK-3194-47/02.

⁴³ § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV.

Gleichartigkeit auf die Leistungsbilder der HOAI abgestellt. Der EuGH geht hingegen von einer funktionellen Betrachtungsweise aus (Liegt ein einheitlicher Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion vor?).⁴⁴ Hierfür spricht insbesondere, dass der Begriff der Gleichartigkeit in der der VgV zugrunde liegenden EU Richtlinie sich ausschließlich auf die Addition von Losen bei Lieferleistungen bezieht.⁴⁵ Die VgV geht in diesem Punkt mithin über den Regelungsgehalt der höherrangigen EU-Richtlinie hinaus.

- Das OLG München hat in einem aktuellen Urteil entschieden, dass jedenfalls dann, wenn der öffentliche Auftraggeber durch seine Formulierung in der Leistungsbeschreibung erkennbar „von einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit dieser Planungsleistungen ausgeht“, die Lose zu addieren sind.⁴⁶ Dies wurde angenommen bei der Formulierung: "Die Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung müssen daher lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen."

Bei der Schätzung für die Kosten der Planungsleistungen sind auch Nebenkosten (z.B. § 14 HOAI) zu berücksichtigen.

Empfehlung:

- ➔ Aufgrund der unklaren Rechtslage sollte „der sicherste Weg“ gewählt werden. Jedenfalls bei zuwendungsfinanzierten Projekten, sollten Planungsleistungen der **unterschiedlichen Leistungsbilder** der HOAI, auch wenn diese in unterschiedlichen Losen vergeben werden, addiert werden.
- ➔ Jedenfalls sind alle Leistungen eines Leistungsbildes (Fach- oder Objektplanung) auch in den unterschiedlichen Leistungsphasen zu addieren. Dies gilt auch, wenn z.B. Lph 1-5 und Lph. 6-9 als Lose an verschiedene Auftragnehmer vergeben werden.
- ➔ Die Auftragswerte von Planungsleistungen in Bauabschnitten, die funktionell voneinander abhängig sind (eine Einheit bilden), sind zu addieren (vgl. auch oben unter Ziff. III. 1. c)).
- ➔ Die Auftragswerte von Planungs- und Bauausführung sind nur zu addieren, wenn diese zusammen vergeben werden.⁴⁷

⁴⁴ EuGH C-574/10; vgl. BT-Drs. 18/7318, S. 210.

⁴⁵ Art. 5 Abs. 9 Richtlinie 2014/24/EU.

⁴⁶ OLG München Verg 15/16.

⁴⁷ § 3 Abs. 6 Satz 2 VgV.

d) Rahmenverträge

Der Auftragswert eines Rahmenvertrages wird anhand des Gesamtwertes aller voraussichtlichen Einzelaufträge während der Laufzeit geschätzt.⁴⁸

Dieser Gesamtwert, kann, lediglich als Prognose ermittelt werden. Soweit vorhanden, kann die Prognose, unter ggf. erforderlichen Aktualisierungen, auf Erfahrungen aus der Vergangenheit gestützt werden.⁴⁹

- Wurde bereits in der Vergangenheit ein Rahmenvertrag mit entsprechenden Leistungen ausgeschrieben, dient dieser als Grundlage für die neue Schätzung. Hierbei sind jedoch auch die tatsächlich abgerufenen Leistungen und die so ermittelte Abweichung bei der Auftragswertschätzung zu berücksichtigen.
- Auch die ohne Vorliegen eines Rahmenvertrags beauftragten Leistungen in der Vergangenheit können für eine Auftragswertschätzung herangezogen werden.

Weicht der tatsächliche quantitative Bedarf während der Laufzeit des Rahmenvertrages von der Schätzung ab, ist dies unproblematisch, sofern die Schätzung ordnungsgemäß, das heißt anhand nachvollziehbarer Kriterien vollzogen wurde.

Wird durch einen Rahmenvertrag der Bedarf mehrerer Vergabestellen gebündelt, sind die Auftragswerte der gebündelten Bedarfe bei der Berechnung des Auftragswertes zu berücksichtigen. Überschreitet der Auftragswert der gesammelten Bedarfe den EU-Schwellenwert, handelt es sich um ein EU-Verfahren, auch wenn die Teil-Auftragswerte der beteiligten Bedarfsträger jeweils unter dem EU-Schwellenwert liegen.

IV. Maßgeblicher Zeitpunkt

Die Auftragswertschätzung ist Grundlage für die Verfahrenswahl. Daher ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise (z.B. durch direkte Aufforderung bei freihändiger Vergabe/Verhandlungsvergabe oder beschränkter Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb) eingeleitet wird.⁵⁰

- Die vorangegangenen Kostenschätzungen, z.B. aus ES- oder EW-Bau oder der Ausführungsplanung sind daher nicht ungeprüft zu übernehmen, sondern ggf. zu aktualisieren und der aktualisierte Auftragswert der Verfahrenswahl zugrunde zu legen. Die

Zeitpunkt der Auftragswertschätzung

Ggf. Aktualisierung der Auftragswertschätzung

⁴⁸ § 3 Absatz 4 VgV; OLG Brandenburg VK 8/09.

⁴⁹ VK Arnsberg, VK 2-01/2002.

⁵⁰ § 3 Abs. 3 VgV.

Aktualisierung wird erforderlich, da zwischen Beginn der Aufstellung des Leistungsverzeichnisses und den einzelnen Verfahrensschritten teils sehr lange Zeiträume liegen und die Preise in manchen Branchen sogar innerhalb eines Jahres saisonal stark schwanken können.

- An einer zeitnahen Schätzung fehlt es, wenn zwischen der Schätzung und der Bekanntmachung oder sonstigen Verfahrenseinleitung **sechs Monate** (oder mehr) vergehen.⁵¹

relevanz nachträglicher Erhöhung des Auftragswertes

Für die Verfahrenswahl ist ohne Relevanz, wenn sich der Auftragswert **nachträglich**, während der Leistungsausführung erhöht.⁵² Ein einmal auf Grundlage einer ordnungsgemäßen Auftragswertschätzung begonnenes Verfahren wird nicht nachträglich falsch, wenn durch den geänderten Auftragswert etwa eine nationale Wertgrenze oder der EU-Schwellenwert überschritten wird.

Daher ist, sofern ein **Gesamtauftrag in mehreren Losen** getrennt voneinander ausgeschrieben wird, für die Schätzung des Auftragswertes sowie des Wertes der einzelnen Lose gleichwohl auf den Zeitpunkt der Einleitung des ersten Vergabeverfahrens abzustellen. Sofern jedoch zwischen der Vergabe der einzelnen Lose im Einzelfall erhebliche Zeiträume, von z.B. mehreren Jahren liegen, ist die zu erwartende Kostensteigerung während dieses Zeitraumes in die Kostenschätzung mit einzubeziehen.

Bedeutung der Dokumentation

V. Dokumentation der Auftragswertschätzung⁵³

Aufgrund der großen Bedeutung des Auftragswertes für die Eröffnung des Rechtsschutzes, ist die Auftragswertschätzung im Vergabevermerk zu dokumentieren.⁵⁴ Um z.B. den Vorwurf einer missbräuchlichen Schätzung entkräften zu können, ist dem Auftraggeber zu raten, die **rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen der Schätzung** nachvollziehbar zu dokumentieren. Die Anforderungen an die Genauigkeit der Wertermittlung und der Dokumentation steigen, je mehr sich der Auftragswert dem Schwellenwert/ der maßgeblichen Wertgrenze annähert.⁵⁵

Bevor eine seriöse Auftragswertschätzung erfolgen kann, muss der Auftraggeber insbesondere die vorgesehene Leistung zumindest in den wesentlichen Punkten definieren.⁵⁶ Der Leistungsumfang, ebenso wie die sonstigen Grundlagen der Schätzung, muss sich aus der Dokumentation

⁵¹ OLG Brandenburg, Verg W 16/10.

⁵² OLG Düsseldorf, Verg 34/20.

⁵³ OLG Celle, 13 Verg 6/07.

⁵⁴ OLG Bremen, Verg 3/2005; OLG Rostock 17 Verg 8/06; OLG Schleswig 6 Verg 1/03.

⁵⁵ OLG Celle, Verg 6/07; OLG Karlsruhe VergabeR 2010, 685.

⁵⁶ OLG Celle, 13 Verg 6/07, ZfBR 2007, 704, 705.

ergeben.

- Jedenfalls **Unzureichend** ist ein Vergabevermerk, aus dem sich lediglich der geschätzte Auftragswert, nicht jedoch die Grundlagen der Schätzung ergeben.⁵⁷

Zeitpunkt der Dokumentation

Die Auftragswertschätzung im schriftlichen Vergabevermerk ist zeitnah vorzunehmen.⁵⁸ **Spätester Zeitpunkt für die Erstellung des Vermerks** ist insoweit die Bekanntgabe oder sonstige Verfahrenseinleitung.⁵⁹

Anforderungen und Umfang des Vermerks

Im Vermerk sind alle für die Auftragswertschätzung relevanten Aspekte zu benennen. Insbesondere sind Planungsunterlagen heranzuziehen und ggf. auf diese und andere Dokumente zu verweisen, bzw. diese anzufügen. Der Umfang des Vermerks kann, abhängig von z.B. der Größe des Auftrages und der Nähe zum EU-Schwellenwert, stark variieren.

VI. Rechtzeitige Rüge der fehlerhaften Auftragswertschätzung

Wird der Auftragswert zu niedrig geschätzt und deswegen ein nationales statt eines EU-Verfahrens durchgeführt kann dies zur Unwirksamkeit des Vertrages mit dem bezuschlagten Bieter führen, wenn dieser Verstoß in einem **Nachprüfungsverfahren** festgestellt wird.⁶⁰ Dies ist insbesondere der Fall, wenn wegen der zu niedrigen Schätzung

Mögliche Gründe für eine Unwirksamkeit des Vertrages

1. die Information eines **Bewerbers oder Bieters** (vor der Zuschlagserteilung⁶¹) unterbleibt oder
2. ein Auftrag deswegen ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben wird, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist.

VII. Aufhebung/Einstellung des Verfahrens wegen Unwirtschaftlichkeit⁶²

Der Auftraggeber ist im Vergabeverfahren zu keinem Zeitpunkt verpflichtet, einen Zuschlag zu erteilen. Er kann das Vergabeverfahren jederzeit aufheben.

Keine Pflicht zum Zuschlag

Schwerwiegender Grund →

1. Die Aufhebung ist **rechtmäßig**, wenn ein **schwerwiegender** Grund

⁵⁷ OLG Bremen, Verg 3/2005, ZfBR 2009, 696, 698.

⁵⁸ § 20 Abs. 1 Satz 1 VOB/A.

⁵⁹ Schleswig-Holsteinisches OLG OLGR 2004, 381 f.

⁶⁰ § 135 Abs. 1 GWB.; VK Bund, VK 2-31/14.

⁶¹ § 134 GWB.

⁶² VK Rheinland-Pfalz Vk 1-39/09); OLG Düsseldorf, VII Verg 28/16, VII- Verg 55/10, VII-Verg 59/03; BGH X ZB 18/03.

rechtmäßige Aufhebung

vorliegt.⁶³ Ein schwerwiegender Grund liegt beispielsweise vor, wenn **kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde**⁶⁴. An einem wirtschaftlichen Ergebnis fehlt es insbesondere, wenn alle abgegebenen Angebote die methodisch sowie auch sonst **fehlerfrei erstellte Kostenermittlung** ganz beträchtlich überschreiten.⁶⁵ Es ist jedoch unzulässig einen festen Prozentsatz zu bestimmen, ab welchem eine Aufhebung wegen Unwirtschaftlichkeit möglich ist. Jede Aufhebung erfordert vielmehr eine Einzelfallabwägung.⁶⁶ Werden hingegen zwar marktgerechte Preise angeboten, übersteigt aber auch das günstigste Angebot die veranschlagten Mittel, liegt in der Regel⁶⁷ keine Unwirtschaftlichkeit vor. Denn dann war bereits die Kostenermittlung augenscheinlich fehlerhaft.

Kein Schadenersatzanspruch

→ Ist eine Aufhebung **wirksam und rechtmäßig**, haben die Bieter keinen Anspruch auf Schadenersatz.

Kein schwerwiegender Grund → rechtswidrige aber wirksame Aufhebung

2. **Fehlt es an dem Aufhebungsgrund** der unwirtschaftlichen Angebote, ist die **Aufhebung** zwar rechtswidrig, kann aber **trotzdem wirksam sein**. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn ein fehlerhaft zu niedrig angesetztes Budget überschritten wird.

→ Ist eine Ausschreibung **zwar wirksam, aber rechtswidrig** oder hat der öffentliche Auftraggeber einen vorliegenden schwerwiegenden Grund schuldhaft zu vertreten,

- **haben die Bieter** Anspruch auf Ersatz ihrer durch das Angebot verursachten Kosten. Sie sind finanziell so zu stellen, wie sie stünden, wenn sie nichts von der Ausschreibung erfahren hätten (**negatives Interesse**).
- **hat der aussichtsreichste Bieter** einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe seines Gewinns, wenn der öffentliche Auftraggeber die Vergabeabsicht doch noch realisiert⁶⁸ und der Bieter den Zuschlag hätte erhalten müssen (**positives Interesse**).⁶⁹

Schadenersatzanspruch

⁶³ § 63 VgV, § 17 VOB/A-EU; OLG Naumburg VergabeR 2003, 588, 592; OLG Celle VergabeR 2010, 1022, 1024; vgl. EuGH, C-440/13 – Rn. 31.

⁶⁴ § 17 VOB/A enthält diesen Grund nicht ausdrücklich, hier sind entsprechende Sachverhalte jedoch als „Andere schwerwiegende Gründe“ einzuordnen. Darüber hinaus ergibt sich aus § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, dass auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden darf. Auch die VgV kennt diesen Aufhebungsgrund nicht ausdrücklich, auch hier wird dieser Aufhebungsgrund jedoch durch die Generalklausel oder dadurch, dass sich durch ein unangemessen hohes Angebot die „Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich“ ändert, erfasst.

⁶⁵ BGH X ZR 108/10; OLG München 1 U 489/13.

⁶⁶ BGH, X ZR 108/10 –; OLG Karlsruhe, 15 Verg 3/09 –; VK Südbayern, Z3-3-3194-1-22-03/15.

⁶⁷ Ausnahme bei grundlegender Änderung der Verhältnisse oder unvorhersehbarer Finanzierungslücke: OLG Celle, 13 Verg 15/10; BGH NJW 1998, 3640.

⁶⁸ BGH, X ZR 108/10; BGH VergabeR 2004, 480; BGH NJW 1998, 3636.

⁶⁹ BGH NZBau 2013, 180; BGH NZBau 2006, 797; BGH NZBau 2003, 168; BGH NJW 1998, 3636; OLG Köln IBR 2011, 322; OLG Schleswig IBR 2010, 607; OLG Schleswig VergabeR 2006, 568; OLG Celle BauR 2003, 709; OLG Düsseldorf IBR 2003, 566; a. A. OLG Düsseldorf VergabeR 2002, 326.