

Bundeskammer der
ZiviltechnikerInnen | Arch+Ing
z.H. Mag. Karin Rathkolb
Karlgasse 9
1040 Wien

Dr. Johannes Schramm MBL
Dr. Matthias Öhler
Dr. Georg Zellhofer
Mag. Gregor Stickler
Dr. Dagmar Malin
Dr. Andreas Gföhler
Mag. Christian Unger
Mag. Aglaja Zeileissen*
Mag. Hannes Pesendorfer
Mag. Michael Weiner
Mag. Christian Gruber
Mag. Leo Haslhofer

per E-Mail: karin.rathkolb@arching.at

Freitag, 6. April 2018

27/2018-04-06 Kurzstellungnahme Zusammenrechnungspflicht DL_endg

Regierungsvorlage Bundesvergabegesetz 2018 – Zusammenrechnungspflicht bei Dienstleistungen

Sehr geehrte Frau Mag. Rathkolb,

die vorliegende Regierungsvorlage zum Bundesvergabegesetz 2018 („BVergG 2018“) sieht eine Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber vor, die Auftragswerte aller (Dienst-)Leistungen eines „Vorhabens“ zusammenzurechnen. Wie im Folgenden dargelegt wird, stellt diese Regelung eine **erhebliche Verschärfung der vergaberechtlichen Vorschriften** dar und würde in der Praxis dazu führen, dass Leistungen, für die bisher vereinfachte Vergabeverfahren (z.B. die „Direktvergabe“) zur Verfügung standen, künftig in formellen und aufwändigen Vergabeverfahren vergeben werden müssen. Auch würde durch die neue (von der bisherigen Vergabepaxis abweichende) Rechtslage eine erhebliche Rechtsunsicherheit ausgelöst werden. (Siehe dazu unten Punkt 1.)

In Ihren Auftrag haben wir daher untersucht, ob diese Regelung europarechtlich zwingend geboten ist. **Ergebnis ist, dass die Regierungsvorlage zum BVergG 2018 in diesem Punkt über die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinie 2014 und über die Erfordernisse, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben, hinausgeht (sog. „Gold Plating“).** Vor allem ist weder der Richtlinie noch der einschlägigen Judikatur eine generelle Verpflichtung zu entnehmen, alle Dienstleistungen eines „Vorhabens“ für die Zwecke der Auftragswerberechnung zusammenzuzählen. (Siehe dazu unten Punkt 2.)

Bereits eine geringfügige Anpassung des Gesetzestextes, die aus einer Übernahme der betreffenden Regelung der EU-Vergaberichtlinie 2014 bestehen könnte und damit zweifellos europarechtskonform wäre, würde Abhilfe schaffen. (Siehe dazu unten Punkt 3.)

Inhaltsverzeichnis:

1. Problem und Fragestellung.....	2
1.1 Vergleich der bisherigen und der in der Regierungsvorlage vorgesehenen Regelung	2
1.2 BVergG 2018 sieht die Zusammenrechnung aller Leistungen eines „Vorhabens“ vor	3
1.3 Auswirkungen: „große Vergabeverfahren für kleine Leistungen“, Rechtsunsicherheit.....	4
2. Sind diese Änderungen durch die europäischen Vorgaben bedingt?	6
2.1 Enthält die EU-Vergaberichtlinie eine derartige Regelung?	7
2.2 Verlangt die Rechtsprechung des EuGH eine derartige Regelung?	8
2.3 Ergebnis.....	9
3. Regelungsvorschlag.....	10

1. PROBLEM UND FRAGESTELLUNG

1.1 Vergleich der bisherigen und der in der Regierungsvorlage vorgesehenen Regelung

Der am 21.3.2018 im Ministerrat beschlossene Entwurf zum Bundesvergabegesetz 2018¹ sieht eine weitreichende Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber vor, bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes den Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen zu berücksichtigen (§ 13 Abs 1). Diese Verpflichtung war auch bereits in § 13 Abs 1 BVergG 2006 enthalten.

Festzuhalten ist daher zunächst, dass der in § 13 Abs 1 (BVergG 2006 sowie künftig BVergG 2018) verwendete Begriff des „Vorhabens“ für die Auftragswertberechnung zentral ist: Grundsätzlich ist nach dem Gesetz der geschätzte Gesamtwert aller Leistungen, die zu einem „Vorhaben“ gehören, zusammenzurechnen.

Spezifisch zu Dienstleistungen sieht § 16 Abs 4 nunmehr vor: *„Besteht eine Dienstleistung aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.“* Demgegenüber lautete § 16 Abs 4 BVergG 2006: *„Besteht eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen, für die ein jeweils gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Auftragswert aller dieser Lose anzusetzen“.*

Diese spezielle Regelung zu Dienstleistungen in § 16 Abs 4 BVergG 2006 wurde nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bisher so verstanden, dass nur gleichartige Dienstleistungen zusammenzurechnen sind.²

¹ https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/731591/12_21_gesetz.pdf/a5d51970-4724-46f6-8e4d-4bd9b108caf7.

² So schreibt beispielsweise J. Budischowsky, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG², § 13 Rz 3: *„Für Dienstleistungen [...] ist die Gleichartigkeit der Leistung [...] § 16 Abs 4) maßgeblich“.*

Als Ausgangspunkt für die Beurteilung der „Gleichartigkeit“ wurde *„das jeweilige ‚Fachgebiet‘ (im Sinne eines ‚Berufszweiges‘), in dem die Dienstleistung erbracht wird“* angesehen.³ Erhebliche Bedeutung wurde dabei der Einheitlichkeit des Bieterkreises beigemessen: Sprechen Dienstleistungen unterschiedliche Bieterkreise an, war dies ein Argument dafür, dass es sich nicht um gleichartige Dienstleistungen handelt.⁴

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei Dienstleistungsaufträgen für die Abgrenzung eines „Vorhabens“ bisher primär auf die Gleichartigkeit der unterschiedlichen Dienstleistungen abgestellt wurde. Wurden Dienstleistungen von unterschiedlichen Berufsgruppen erbracht oder haben sie unterschiedliche Bieterkreise angesprochen, war dies ein Argument dafür, die jeweiligen Leistungen als getrennte „Vorhaben“ anzusehen und die jeweiligen Auftragswerte nicht zusammenzurechnen.⁵

Durch diese Regelung wurde insbesondere verhindert, dass Aufträge, die auf Grund ihrer Gleichartigkeit objektiv als eine Einheit zu betrachten sind, durch willkürliches „Auftragssplitting“ den Regeln des Vergaberechts entzogen werden. Beispielsweise sollte ein Auftrag zur architektonischen Planung eines Gebäudes über EUR 180.000,- nicht dadurch dem Vergabewettbewerb entzogen werden können, dass zwei Direktvergaben (jeweils unterhalb des Schwellenwerts von EUR 100.000,-) durchgeführt werden. Dieses „Trennungsverbot“ (Verbot des „Auftragssplitting“) stellt ein Kernelement der Regelungen zur Auftragswertberechnung dar.⁶

1.2 BVergG 2018 sieht die Zusammenrechnung aller Leistungen eines „Vorhabens“ vor

Im Gegensatz zur derzeit geltenden Fassung des § 16 Abs 4 BVergG 2006 sieht § 16 Abs 4 der Regierungsvorlage zum BVergG 2018 die „Gleichartigkeit“ nicht mehr als Voraussetzung für die Zusammenrechnung von Dienstleistungsaufträgen vor. Durch die Streichung dieser Sonderregelung für Dienstleistungen ist somit (auf Grund der allgemeinen Regel in § 13 Abs 1 BVergG 2018) der geschätzte Gesamtwert aller Leistungen, die zu einem „Vorhaben“ gehören, unabhängig von ihrer Gleichartigkeit zusammenzurechnen.

³ So *Heid* in: Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 447. Demensprechend VwGH 08.10.2010, 2007/04/0188: *„Für die Frage, welches Vergabevorhaben Grundlage für die Auftragswertberechnung ist, ist bei Dienstleistungen - wie sich aus § 16 Abs. 4 BVergG 2006 ergibt - auf die Gleichartigkeit der Aufträge im jeweiligen „Fachgebiet“ abzustellen. Unstrittig sind Dienstleistungen des gleichen Fachgebietes, die in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen und bilden so ein einheitliches Vergabevorhaben.“*

⁴ Siehe *J. Budischowsky* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG², § 16 Rz 14.

⁵ Ein völlig anderer Ansatz besteht bei Bauaufträgen: Dort wurde geprüft, ob sich die Leistungen auf das selbe Bauvorhaben beziehen. Dabei kam dem Begriff „Bauwerk“, der nach funktionalen Kriterien (wirtschaftliche und technische Funktion) abgegrenzt wird, entscheidende Bedeutung zu. Leistungen, die sich auf das selbe Bauvorhaben beziehen, wurden dem selben „Vorhaben“ zugeordnet.

⁶ Vgl. dazu den 20. Erwägungsgrund zur aktuellen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU: *„Für die Zwecke der Schätzung des Werts eines bestimmten Auftrags sollte klargestellt werden, dass die Schätzung des Werts auf der Grundlage einer Unterteilung des Auftrags nur dann zulässig sein sollte, wenn dies durch objektive Gründe gerechtfertigt ist.“*

Zentral für die Auswirkungen dieser neuen Rechtslage ist der Begriff des „Vorhabens“. Dieser wird durch die österreichische Rechtsprechung unter Heranziehung des Vorhabensbegriffs des Bundeshaushaltsgesetzes⁷ sehr weitläufig im Sinne eines „Investitionsvorhabens“ interpretiert.⁸

So hat der VwGH beispielsweise ausgesprochen, dass

- Planungsleistungen einerseits und Bauleistungen andererseits für dasselbe Bauprojekt (Errichtung einer Neuen Mittelschule)⁹ oder
- Glaserarbeiten für unterschiedliche Gebäude desselben Auftraggebers¹⁰ oder
- Druckereidienstleistungen für Abendprogramme der Salzburger Festspiele einerseits und für die Herstellung der Abendprogramme erforderliche andere Leistungen (wie redaktionelle Dienstleistungen, graphische Dienstleistungen, Layout-Dienstleistungen oder der Erwerb von Nutzungsrechten an urheberrechtlich geschützten Werken) andererseits¹¹

ein einheitliches Vorhaben darstellen können.

1.3 Auswirkungen: „große Vergabeverfahren für kleine Leistungen“, Rechtsunsicherheit

Die neue Rechtslage hätte, wie im Folgenden näher erläutert wird, weitgehende Folgen für öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen:

- Zum einen werden zahlreiche Leistungen, für die bisher vereinfachte Vergabeverfahren (insbes. die formfreie „Direktvergabe“) zur Verfügung standen, nunmehr in formellen und aufwändigen Vergabeverfahren vergeben werden müssen;
- zum anderen wird durch die neue (von der bisherigen Vergabepaxis abweichende) Rechtslage eine erhebliche Rechtsunsicherheit ausgelöst werden:

⁷ So beispielsweise VwGH 27.10.2014, Ra 2014/04/0022; der VwGH zitiert § 57 Bundeshaushaltsgesetz:

„(1) Ein Vorhaben hat einen in wirtschaftlicher, rechtlicher oder finanzieller Sicht einheitlichen Vorgang zum Gegenstand.

(2) Soweit ein Vorhaben die Investition in immaterielle Vermögensgegenstände, Sachanlagenvermögen oder die Erbringung sonstiger Dienstleistungen zum Gegenstand hat, umfasst das Vorhaben alle sich hierauf beziehenden sachlich abgrenzbaren und wirtschaftlich zusammengehörigen Leistungen, die in der Regel auf Grund einer einheitlichen Planung erbracht werden.“

⁸ Die gebotene funktionelle Betrachtung erfordert nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs die Einbeziehung unterschiedlicher Gesichtspunkte wie den örtlichen Zusammenhang, den gemeinsamen Zweck, die gemeinsame Planung oder das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten; weiters ist zu berücksichtigen, ob die in Frage stehenden Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. (S. zuletzt VwGH 20.04.2016, 2014/04/0071)

⁹ VwGH 23.05.2014, 2013/04/0025.

¹⁰ VwGH 20.04.2016, 2014/04/0071.

¹¹ VwGH 27.10.2014, Ra 2014/04/0022.

Nach in Expertenkreisen dzt. weit verbreiteter Meinung wird man die neue Rechtslage so zu interpretieren haben, dass die Auftragswerte sämtlicher Dienstleistungen für ein Vorhaben (z.B. sämtlicher Dienstleistungen, die einem Bauprojekt dienen) zusammenzurechnen sind. Dies wird dazu führen, dass faktisch in vielen Fällen

- die Direktvergabeschwelle von EUR 100.000,- auf EUR 80.000 (bei Vorhaben im Oberschwellenbereich) bzw. auf EUR 50.000 (bei Vorhaben im Unterschwellenbereich) gesenkt würde;¹²
- dem Unterschwellenbereich vorbehaltene Vergabeverfahren wie die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung oder der geladene Wettbewerb kaum noch zur Anwendung kommen können.¹³

Im Ergebnis wären teure und aufwändige Vergabeverfahren für Kleinaufträge durchzuführen, wie z.B. ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung für eine wirtschaftliche Beratungsleistung im Wert von EUR 82.000,-, die im Zuge eines größeren Bauprojekts benötigt wird.

Nur am Rande sei bemerkt, dass der Wortlaut der Regierungsvorlage zum BVergG 2018 weiters nahelegt, dass künftig auch „auftragsartenübergreifend“ die Auftragswerte sämtlicher Leistungen für ein Vorhaben (z.B. für ein Bauprojekt) zusammenzurechnen sind.¹⁴

¹² Müssen alle Dienstleistungen für ein Vorhaben zusammengerechnet werden, so wird die Summe der Dienstleistungen in vielen Fällen die Direktvergabegrenze von EUR 100.000 übersteigen. Die sogenannten „Kleinlosregelungen“ für Dienstleistungen in § 16 Abs 5 und 6 BVergG 2018 eröffnen die Möglichkeit, „Kleinlose“ nach den Bestimmungen, die für den Auftragswert des einzelnen Loses gelten, zu vergeben, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind:

- der Wert des einzelnen Loses muss unter EUR 50.000 (in Fällen, in denen der Gesamtwert des Dienstleistungsvorhabens im Unterschwellenbereich, also unter EUR 221.000 liegt) bzw. unter EUR 80.000 (wenn der Gesamtwert des Dienstleistungsvorhabens im Oberschwellenbereich liegt) liegen und
- der Wert der Lose, für die diese Kleinlosregelung in Anspruch genommen wird, darf insgesamt 50 % (im Unterschwellenbereich) bzw. 20 % (im Oberschwellenbereich) des Dienstleistungsvorhabens nicht übersteigen.

Dazu ein Beispiel:

- Für die Umsetzung eines Energieeffizienzprogrammes sind folgende Leistungen erforderlich: ein wissenschaftliches Gutachten (Wert: EUR 70.000), die Leistung der Programmierung einer Software (Wert: EUR 45.000) sowie der Druck einer Broschüre (Wert EUR 30.000). Insgesamt liegt das Vorhaben mit EUR 145.000 im Unterschwellenbereich.
- Nach der bisherigen Rechtslage und Vergabepaxis konnten sämtliche Leistungen im Wege einer Direktvergabe vergeben werden (da eine Zusammenrechnung auf Grund fehlender Gleichartigkeit nicht vorgesehen war).
- Nach der neuen Rechtslage findet zunächst eine Zusammenrechnung statt (§ 13 Abs 1 BVergG 2018). Für die Anwendbarkeit der „Kleinlosregelungen“ sind die beiden oben angeführten Kriterien zu prüfen. Ergebnis ist, dass nach dem BVergG 2018 eine Direktvergabe nur noch hinsichtlich der Druckleistungen oder der Programmierungsleistungen, also nur noch für eine von drei Vergaben, zulässig sein wird.

¹³ Grund dafür ist, dass das Gesamtvorhaben in vielen Fällen insgesamt im Oberschwellenbereich für Dienstleistungen läge (ab EUR 221.000). (In einem Bauprojekt bestünde das Gesamt-Dienstleistungsvorhaben beispielsweise aus folgenden Leistungen: alle Planungsleistungen, Vermessung, Bodengutachten, Bauversicherungen, Machbarkeitsstudie, Förderberatung, Rechtsberatung, Leistungen für den Gebäudebetrieb, Ausrichtung der Gleichfeier etc.) Damit wären nach § 16 Abs 5 BVergG 2018 dem Unterschwellenbereich vorbehaltene Verfahren nur für Lose bis EUR 80.000 zugelassen. Für die „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ (ansich bis EUR 130.000 vorgesehen) und den „geladenen Wettbewerb“ (ansich bis EUR 221.000 vorgesehen) bliebe damit kaum Anwendungsbereich. Eine Planungsleistung für einen Kindergarten im Wert von beispielsweise EUR 200.000,- wird daher im Regelfall künftig europaweit ausgeschrieben werden müssen (dzt. wird im Regelfall ein geladener Wettbewerb durchgeführt).

¹⁴ Grund dafür ist, dass sich die Bestimmung zur Zusammenrechnung der Auftragswerte eines „Vorhabens“ zentral in § 13 Abs 1 BVergG 2018 befindet und somit uneingeschränkt für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen gilt (siehe in diesem Sinne auch die Erläuterungen zu § 14 BVergG 2018, vorletzter Absatz, sowie VwGH 23.05.2014, 2013/04/0025 und VwGH 27.10.2014, Ra 2014/04/0022).

Wird dies von der Rechtsprechung so aufgenommen, wäre die Vergabepaxis vor zusätzliche erhebliche Probleme gestellt. Die Situation wäre vor allem für Dienstleistungen unhaltbar, die in einem Zusammenhang mit einem größeren Vorhaben (z.B. Bauprojekt) erbracht werden.

Dies sei anhand des folgenden Beispiels erläutert: Für ein Bauvorhaben machen die Bauleistungen EUR 2 Mio und die Planungsleistungen EUR 190.000 aus. Nach der bisherigen Rechtslage steht für die Vergabe der Planungsleistungen u.a.

Neben dieser Verschärfung und diesen Unklarheiten bleibt das Problem der Unschärfe und Beliebigkeit des Vorhabensbegriffs im Dienstleistungsbereich: Wie kann – um zwei beliebige fiktive Beispiele zu nennen – objektiv festgestellt werden, ob das relevante „Vorhaben“

- in der bloßen Planung des Umbaus einer Kälteanlage; in der Planung, dem Umbau und dem späteren Betrieb (Inspektion, Wartung etc.) der Kälteanlage; in der schrittweisen Renovierung des betreffenden Amtsgebäudes (samt deren Planung und dem späterem Gebäudebetrieb); oder in der Umsetzung eines übergeordneten Energieeffizienzprogrammes bzw.
- im Druck des Programmhefts für die Aufführung von „Tosca“; in der Herstellung des Programmhefts samt allen Nebenleistungen; in der Produktion und Aufführung von „Tosca“; oder gar in der Abhaltung der Salzburger Festspiele im Sommer 2018

besteht?¹⁵

Die korrekte Auftragswertberechnung stellt eine zentrale Anforderung an die Vergabepraxis dar; von ihrem Ergebnis hängen zahlreiche Rechtsfolgen ab, insbesondere die richtige Wahl des Verfahrens. Gerade in diesem Punkt sollte durch das künftige BVergG 2018 daher keine derartige Rechtsunsicherheit geschaffen werden.

2. SIND DIESE ÄNDERUNGEN DURCH DIE EUROPÄISCHEN VORGABEN BEDINGT?

Wie oben in den Punkten 1.1 und 1.2 näher beschrieben, würden öffentliche Auftraggeber durch den vorliegenden Entwurf des BVergG 2018 in Hinkunft verpflichtet, auch bei Dienstleistungen alle Leistungen, die unter den sehr weitläufigen Begriff des „Vorhabens“ fallen, für die Auftragswertberechnung zusammenzuzählen. Dies wird der Vergabepraxis, wie oben in Punkt 1.3 dargestellt, erhebliche zusätzliche Probleme bereiten, insbesondere durch weniger Möglichkeiten für formfreie Vergaben und damit durch kostspieligere,

ein „geladener Wettbewerb“ zur Verfügung. Geht man nach dem Wortlaut der Regierungsvorlage zum BVergG 2018 (und den Erläuterungen zu § 14) davon aus, dass die gesonderte Vergabe der Planungsleistungen als „Kleinlos“ eines Bauauftrags zu beurteilen ist, ist ein geladener Wettbewerb nicht mehr zulässig: § 14 Abs 4 sieht explizit vor, dass die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich anzuwenden sind; der geladene Wettbewerb steht für Bauleistungen aber nicht zur Verfügung. Was bleibt also? Ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung? Oder die (in diesem Auftragswertbereich nur für Bauleistungen vorgesehene) Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung nach § 47 Abs 2 Z 2 BVergG 2018? Oder das (für geistige Dienstleistungen eigentlich gar nicht und in diesem Auftragswertbereich nur für Bauleistungen vorgesehene) nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung nach § 43 Z 1 BVergG 2018?

Variante: Die Bauleistungen machen EUR 2 Mio. und die Planungsleistungen EUR 300.000 aus. Nach der bisherigen Rechtsansicht muss für die Vergabe der Planungsleistungen an einen Generalplaner ein Verfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich (insbes. ein Wettbewerb) durchgeführt werden.

Mit dem neuen Gesetz lässt sich zwanglos anderes argumentieren: Die Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung für Bauaufträge (§ 47 Abs 2 Z 2 BVergG 2018) oder auch eine Vergabe der Planungsleistungen in mehreren „Kleinlosen“ nach den Kleinlos-Regelungen für Bauleistungen (!). Die Aufteilung in Kleinlose ist ja gerade auch bei Zusammenrechnungspflicht möglich (diese Perspektive war bisher bei Dienstleistungen angesichts der restriktiven Kleinlosregelungen bloß kein großes Thema). Beides ist durch den Wortlaut des BVergG 2018 (und die Erläuterungen zu § 14, vorletzter Absatz) gedeckt, erscheint im Ergebnis aber natürlich europarechtlich unzulässig.

¹⁵ Zum einen werden hier für den Auftraggeber große Spielräume bei großer Rechtsunsicherheit eröffnet, während aus Sicht des Bieters die richtige Wahl des Verfahrens durch den Auftraggeber damit völlig im Dunkeln bleiben muss; zum anderen entfernt sich dieses nationale Verständnis (§ 57 BHG) – wie in Punkt 2. gezeigt wird – von den Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien.

komplexere und langwierigere Beschaffungsprozesse (auch für verhältnismäßig kleine Aufträge) sowie durch eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Es ist daher zu fragen, ob die geplanten Änderungen durch europarechtliche Vorgaben zwingend vorgegeben sind:

2.1 Enthält die EU-Vergaberichtlinie eine derartige Regelung?

Die aktuelle EU-Vergaberichtlinie enthält zu den hier relevanten Fragen keine Änderung gegenüber ihrer Vorfassung aus 2004. Die europäische Rechtslage ist zur Frage der Auftragswertberechnung daher seit dem Jahr 2004 im Wesentlichen unverändert.¹⁶

Vor allem ist festzuhalten, dass die EU-Vergaberichtlinie keine Verpflichtung vorsieht, alle Dienstleistungen eines Beschaffungsvorhabens zusammenzurechnen. Im Gegenteil: die Vergaberichtlinie spricht eine derartige Verpflichtung nur für den Baubereich aus; der Begriff des „Vorhabens“ wird in den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie für Dienstleistungen nicht verwendet („*Kann ein Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen [...]*“).¹⁷

Art 5 Abs 3 der Richtlinie betont das Verbot des Splittings von Aufträgen: „[...] *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.*“ In diesem Sinne hält auch der 20. Erwägungsgrund zur Richtlinie fest: „*Für die Zwecke der Schätzung des Werts eines bestimmten Auftrags sollte klargestellt werden, dass die Schätzung des Werts auf der Grundlage einer Unterteilung des Auftrags nur dann zulässig sein sollte, wenn dies durch objektive Gründe gerechtfertigt ist.*“

Im Ergebnis kann aus dem Wortlaut und dem aus den Erwägungsgründen ablesbaren Zweck der Richtlinie somit keine generelle Zusammenrechnungspflicht bei Dienstleistungen eines (Beschaffungs- bzw. Investitions-)Vorhabens abgelesen werden. Enthalten ist lediglich ein „Trennungsverbot“, also das Verbot, Aufträge,

¹⁶ Siehe dazu folgende Textgegenüberstellung:

Bestimmungen zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts	RL alt (2004/18/EG)	RL neu (2014/24/EU)
Allgemeine Bestimmungen	Grundlage für die Berechnung ... ist der ... Gesamtwert ohne MwSt, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. (Art 9/1)	Grundlage für die Berechnung ... ist der ... vom öffentlichen Auftraggeber geschätzte zahlbare Gesamtbetrag... (Art 5/1)
Bau- und Dienstleistungen	Kann ein Bauvorhaben oder die beabsichtigte Beschaffung von Dienstleistungen zu Aufträgen führen, die gleichzeitig in Losen vergeben werden, so ist der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose zugrunde zu legen. ... (Art 9/5a)	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. ... (Art 5/8)
Lieferleistungen	Kann ein Vorhaben zum Zweck des Erwerbs gleichartiger Waren zu Aufträgen führen, die gleichzeitig in Losen vergeben werden, so wird ... (Art 9/5b)	Kann ein Vorhaben zum Zweck des Erwerbs gleichartiger Lieferungen zu Aufträgen führen, die in mehreren Losen vergeben werden, so wird ... (Art 5/9)

¹⁷ Art 5 Abs 8 der RL 2014/24/EU.

die objektiv als eine Einheit zu betrachten sind, durch willkürliches „Auftragssplitting“ den Regeln des Vergaberechts zu entziehen.

2.2 Verlangt die Rechtsprechung des EuGH eine derartige Regelung?

Soweit ersichtlich, liegt zur hier relevanten Frage der Zusammenrechnung von Dienstleistungsaufträgen eine einzige Entscheidung des EuGH vor, nämlich die Entscheidung „Autalhalle“ aus dem Jahr 2012.¹⁸

Zusammengefasst betraf diese Entscheidung die Beauftragung eines Architekturbüros mit der Planung der Sanierung einer Mehrzweckhalle. Die Sanierungsarbeiten wurden gestaffelt über drei Jahre vorgenommen, wobei für die Architektenleistungen mehrere getrennte Aufträge im Gesamtwert von rund EUR 300.000 (und somit insgesamt im EU-Oberschwellenbereich) an das selbe Planungsbüro vergeben wurden. Die europäische Kommission rügte diese Vorgangsweise, da sie der Meinung war, dass die betreffenden Dienstleistungen als Einheit aufzufassen sind, und leitete ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein.

In seiner Entscheidung erinnerte der EuGH zunächst daran, dass ein Beschaffungsvorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden darf, dieses der Anwendung der Richtlinie zu entziehen (RdN 36).

Zum konkreten Fall sprach der EuGH sodann aus, dass auch bei der Beurteilung, ob Dienstleistungen, deren Erbringung in verschiedenen getrennten Abschnitten erfolgt ist, als einheitlicher Auftrag anzusehen sind, *„der einheitliche Charakter in Bezug auf ihre wirtschaftliche und technische Funktion“* zu prüfen ist (RdN 41). Sodann hielt der EuGH fest, dass gegenständlich zwar getrennte Verträge vergeben wurden, es sich jedoch stets um dieselben Leistungen (*„typische Architektenleistungen, die denselben Inhalt hatten, nämlich im Wesentlichen die Konzeption und die Planung der vorzunehmenden Arbeiten [...]“*) für die Durchführung eines einheitlichen Bauvorhabens handelte und auch die Modalitäten der Vergütung dieser Leistungen gleich blieben (RdN 44). Der EuGH: *„Folglich wiesen diese Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität auf, die durch die Aufteilung dieser Leistungen in verschiedene Abschnitte [...] nicht als durchbrochen angesehen werden können“* (RdN 44).

Im Ergebnis war sohin eine Zusammenrechnung der Auftragswerte der Architektenleistungen geboten, weil mehrere Aufträge über (funktional) dieselben Leistungen an dasselbe Planungsbüro zum selben Bauvorhaben vergeben wurden.

Der EuGH hat in dieser Entscheidung somit klargestellt, dass es der öffentliche Auftraggeber auch bei Dienstleistungen nicht in der Hand hat, zusammengehörige Leistungen dadurch dem Vergaberecht zu entziehen, dass diese in einzelne Aufträge getrennt werden. Der EuGH stützte sich dabei in seiner Begründung maßgeblich auf die Natur der beauftragten Dienstleistungen: Im vorliegenden Fall wurden Einzelaufträge für

¹⁸ EuGH C-574/10, 15.03.2012.

Architekturplanungsleistungen an dasselbe Büro vergeben; da diese Einzelaufträge zusätzlich auch dasselbe Bauvorhaben zum Gegenstand hatten, war eine Zusammenrechnung zum Zwecke der Auftragswertberechnung zwingend geboten. Jede andere Entscheidung hätte einer Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften Tür und Tor geöffnet.

Der EuGH betont und schärft in dieser Entscheidung sohin das „Trennungsverbot“, also das Verbot, Aufträge, die (auf Grund ihres einheitlichen Charakters) objektiv als eine Einheit zu betrachten sind, durch willkürliches „Auftragssplitting“ den Regeln des Vergaberechts zu entziehen. Eine generelle Pflicht, unterschiedliche Dienstleistungen zusammenzurechnen, nur weil sie demselben (Beschaffungs- bzw. Investitions-)Vorhaben dienen, kann dieser Entscheidung nicht entnommen werden.¹⁹

Explizit abgelehnt hat der EuGH in dieser Entscheidung die Überlegung, den Auftragswert der Dienstleistungen mit jenem der Bauleistungen zusammenzurechnen. Dies mit der Begründung, dass Architekten- und Bauleistungen voneinander „trennbar“ sind.²⁰

2.3 Ergebnis

Im Ergebnis kann aus den europarechtlichen Vorgaben keine Verpflichtung abgeleitet werden, sämtliche Dienstleistungen, unabhängig von ihrem Charakter, für die Auftragswertberechnung zusammenzuzählen, nur weil sie demselben (Beschaffungs- bzw. Investitions-)Vorhaben dienen.

Eine Zusammenrechnung bei Dienstleistungen ist nach den europarechtlichen Vorgaben lediglich dann geboten, wenn zusammengehörige Leistungen (mit den Worten des EuGH: *Leistungen, die einen einheitlichen Charakter in Bezug auf ihre wirtschaftliche und technische Funktion aufweisen*) getrennt vergeben werden, sohin insbesondere alle Dienstleistungen des gleichen Fachgebietes, die in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.²¹

Die nach dem Wortlaut der Regierungsvorlage vorgesehene Verpflichtung, Dienstleistungen und Bauleistungen für das selbe Vorhaben „auftragsartenübergreifend“ zusammenzurechnen, ist den europarechtlichen Vorgaben fremd.

¹⁹ Dies kann auch daraus geschlossen werden, dass diese Entscheidung in der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU nicht aufgegriffen wurde. Wäre aus dieser Entscheidung tatsächlich zu schließen, dass uneingeschränkt alle Dienstleistungen, die demselben Beschaffungs- bzw. Investitionsvorhaben dienen, zusammenzurechnen sind, dann wäre eine entsprechende Anpassung der Richtlinie zu erwarten gewesen. Eine solche ist, wie oben in Punkt 2.1 gezeigt wurde, jedoch nicht erfolgt. Die EU-Vergaberichtlinie sieht eine uneingeschränkte Zusammenrechnungspflicht weiterhin nur für „Bauvorhaben“ vor.

²⁰ So aber, wie oben in Pkt. 1.3 und insbes. Fußnote 14 dargestellt, der Wortlaut des Entwurfs zum BVergG 2018; demgegenüber der EuGH in RdN 50 der Entscheidung: „Schließlich ist [...] die Frage aufgeworfen worden, ob die in Rede stehenden Architektenleistungen als Teil des Bauauftrags und nicht als eigenständiger Dienstleistungsauftrag hätten angesehen werden müssen, weil sie so sehr mit der Durchführung des Sanierungsvorhabens verknüpft seien, dass sie davon nicht getrennt werden könnten. Die Beklagte hat aber weder im Vorverfahren noch während des schriftlichen Verfahrens vor dem Gerichtshof Argumente vorgetragen, die eine solche Einstufung stützen würden. Zudem hat der konkrete Sachverhalt im vorliegenden Fall gezeigt, dass die in der vorliegenden Klage in Rede stehenden Architektendienstleistungen trennbar sind.“

²¹ In diesem Sinne auch die „traditionelle“ Literatur und Rechtsprechung in Österreich zur Zusammenrechnungspflicht bei „Gleichartigkeit“ von Dienstleistungen, wie oben in Punkt 1.1 dargelegt.

3. REGELUNGSVORSCHLAG

Die aktuelle Regierungsvorlage für das Bundesvergabegesetz 2018 geht über die europarechtlichen Vorgaben zur Auftragswert-Zusammenrechnung sohin weit hinaus. Bei einer Umsetzung sind erhebliche zusätzliche Aufwände für die öffentliche Verwaltung und eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu erwarten.

Eine Lösung der aufgezeigten Probleme wäre durch verhältnismäßig geringfügige Eingriffe in den vorliegenden Entwurf möglich. Konkret wird vorgeschlagen:

- die „auftragsartenübergreifende Vorhabensregelung“ in § 13 Abs. 1 BVergG 2018, die den europarechtlichen Vorgaben wie gezeigt fremd ist, zu streichen oder klarzustellen und damit auch die Zusammenrechnungspflicht bei Dienstleistungen nicht an den Begriff des „Vorhabens“ zu binden;
- die Regelungen für die Zusammenrechnung bei Dienstleistungen zur zusätzlichen Klarstellung wie bisher auf Situationen zu beschränken, in denen „gleichartige“ Dienstleistungen für das selbe Vorhaben erbracht werden. Sollte die Sorge bestehen, dass diese Beschränkung der Zusammenrechnungspflicht von der Europäischen Kommission als rechtswidrig angesehen würde, wäre ebenso möglich, den Wortlaut des Europäischen Gerichtshofs aus der (oben in Punkt 2.2 behandelten) Rechtssache *Autalhalle* („Dienstleistungen einheitlichen Charakters“) in das Gesetz aufzunehmen (Variante 2 zu § 16 Abs. 4):

Bestimmung Regierungsvorlage	Regelungsvorschlag
§ 13. (1)	Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen, zu berücksichtigen. ²²
§ 16. (4)	Variante 1: Besteht eine Dienstleistung aus <u>der Erbringung gleichartiger Leistungen in</u> mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.
	Variante 2: Besteht eine Dienstleistung aus <u>der Erbringung von Leistungen in</u> mehreren Losen, <u>die einen einheitlichen Charakter aufweisen und</u> für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.

²² Der Gesetzestext würde damit inhaltlich den Wortlaut der betreffenden Bestimmung der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU übernehmen; diese lautet in Art 5 Abs 1, 1. Unterabsatz: „Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts ist der vom öffentlichen Auftraggeber geschätzte zahlbare Gesamtbetrag ohne MwSt., einschließlich aller Optionen und etwaigen Verlängerungen der Aufträge, die in den Auftragsunterlagen ausdrücklich geregelt sind.“

Wir hoffen, Ihnen mit dieser Stellungnahme gedient zu haben, und stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Gregor Stickler)