



# Newsletter Vergaberecht

Ausgabe Oktober

## Bundeswirtschaftsministerium legt Entwurf einer neuen Unterschwellenvergabeordnung für Liefer- und Dienstleistungsaufträge vor

Nach der Reform ist bekanntlich vor der Reform, das gilt auch und besonders im Vergaberecht. Schon in den am 7.1.2015 vom Kabinett beschlossenen Eckpunkten zur Vergaberechtsreform hatte die Bundesregierung angekündigt, den Anpassungsbedarf des Vergaberechts unterhalb der EU-Schwellenwerte an das - am 18.4.2016 in Kraft getretene - neue überschwellige Regelwerk zu prüfen. Nun macht das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) ernst und legt nach ersten Gesprächen mit den Bundesministerien und den Ländern einen **Diskussionsentwurf für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO)** vor: [zum Diskussionsentwurf](#)

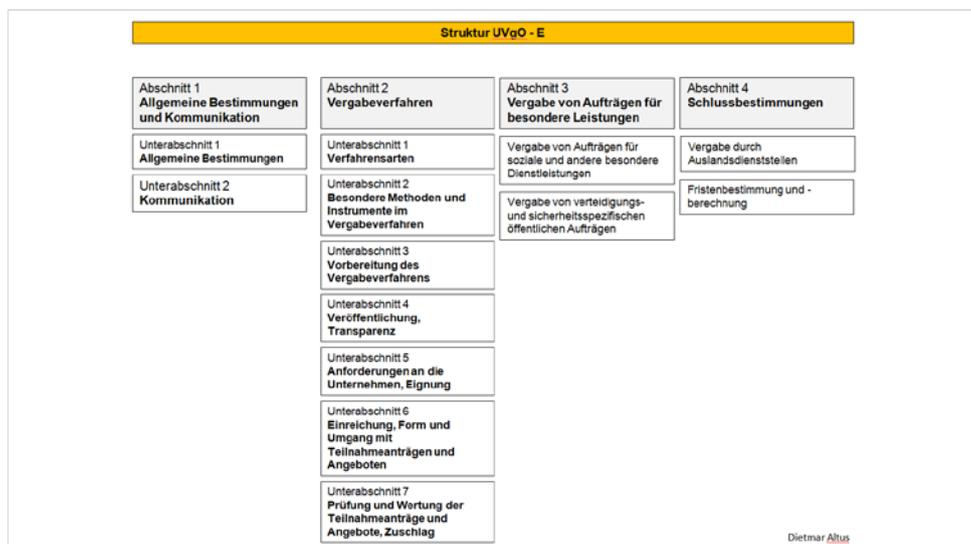
Die UVgO (nachfolgend UVgO-E) soll die bisher geltende Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A 1. Abschnitt) ersetzen.

Nach Angaben des BMWi sollen die flexiblen Regelungsansätze im neuen Oberschwellenvergaberecht auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte zur Anwendung kommen. Gleichzeitig sollen aber die auch bisher schon deutlich einfacheren Regeln für den Unterschwellenbereich erhalten bleiben.

Das BMWi beabsichtigt, die Öffentlichkeit, insbesondere die Verbände, zu dem Entwurf zu konsultieren. Die neuen Regelungen für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte sollen durch Bund und Länder nach Einigung auf einen finalen Text Anfang 2017 in Kraft gesetzt werden.

Der **Aufbau der UVgO-E** ist stark an den der VgV angelehnt:

(Originalgröße auf Seite 7)





## Newsletter Vergaberecht

Inhaltlich weisen die 52 Paragraphen der UVgO-E ebenfalls **enge Bezüge zur VgV und auch zum 4. Teil des GWB** auf.

So sind beispielsweise nach § 1 Abs. 4 UVgO-E die **Begriffsbestimmungen des 4. Teils des GWB und der VgV** auch für die UVgO maßgeblich, soweit die Verfahrensordnung selbst nichts Abweichendes bestimmt. Darüber hinaus wird etwa bei den **Ausschlussgründen** auf die §§ 123 ff. GWB verwiesen. Auch die Regelungen zu den **dynamischen Beschaffungssystemen, elektronischen Auktionen und Katalogen** nehmen weitestgehend Bezug auf die entsprechenden Vorschriften in der VgV. Andere Regelungen der UVgO verweisen zwar nicht explizit auf Vorschriften im GWB oder in der VgV, bilden diese aber inhaltlich ab. Die enge Anlehnung an das überschwellige Vergaberecht ist aus Kohärenzgründen zu begrüßen, auch wenn dies zu dem Preis eines gegenüber dem 1. Abschnitt der VOL/A deutlich gewachsenen Regelungsumfangs geschieht.

Nachfolgend werden die **wichtigsten Inhalte der UVgO-E**, insbesondere die Änderungen gegenüber der bisherigen VOL/A, dargestellt.

Nach § 1 Abs. 1 UVgO-E gilt die Verfahrensordnung für die Vergabe von **öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und Rahmenvereinbarungen**, die nicht dem 4. Teil des GWB unterliegen, weil ihr geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer die **Schwellenwerte gemäß § 106 GWB unterschreitet**.

Nicht erfasst sind also **Bauleistungen**, die weiterhin nach dem 1. Abschnitt der VOB/A vergeben werden. In Anlehnung an das GWB werden außerdem die dortigen sog. **Bereichsausnahmen** (§§ 107, 108, 109, 116, 117, 145 GWB) übernommen, sodass entsprechende Aufträge nunmehr auch vom unterschwelligen Vergaberecht ausgenommen sind. Ebenfalls nicht betroffen ist die Vergabe von **Dienstleistungskonzessionen**, für die oberhalb der EU-Schwellenwerte die KonzVgV gilt. Nach der Rechtsprechung des EuGH erfordert jedoch das EU-Primärrecht auch bei diesen Verfahren eine angemessene Transparenz und Chancengleichheit für alle in Frage kommenden Bewerber und eine Vergabeentscheidung nach objektiven Kriterien.

Nach § 1 S. 2 VOL/A gilt Abschnitt 1 nicht für **Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten** werden. Diese Ausnahme ist im UVgO-E nicht mehr enthalten, sodass auch freiberufliche Leistungen grundsätzlich der Verfahrensordnung unterfallen. Im Gegenzug erklärt allerdings § 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO-E bei freiberuflichen Leistungen eine Verhandlungsvergabe für zulässig.

Nach § 7 Abs. 1 UVgO-E verwenden Auftraggeber und Unternehmen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich **elektronische Mittel**. Allerdings sieht § 38 UVgO-E für die elektronische Kommunikation, insbesondere für die Form und Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten, eine **zeitliche Staffelung** vor:

- bis zum 31.12.2018 hat der Auftraggeber - wie bisher - die Wahl zwischen der Zulassung elektronischer, postalischer, per Fax oder in kombinierter Form einzureichender Angebote und Teilnahmeanträge.
- vom 01.01.2019 bis 31.12.2020 akzeptiert der Auftraggeber elektronische Angebote und Teilnahmeanträge, auch wenn er beispielsweise die Übermittlung auf dem Postweg vorgegeben hat.



# Newsletter Vergaberecht

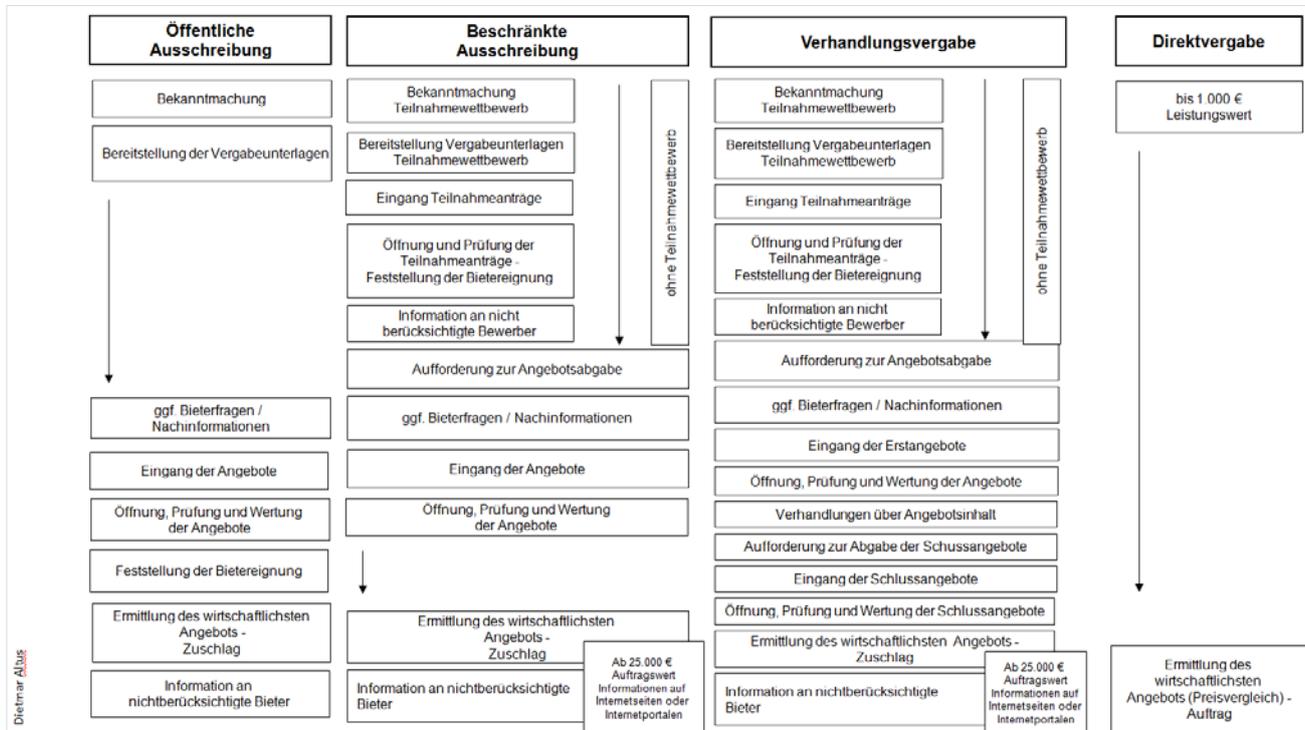
- ab dem 01.01.2021 sind Teilnahmeanträge und Angebote ausschließlich elektronisch zu übermitteln. Ausnahmen von der Pflicht zur Verwendung elektronischer Mittel sind in § 38 Abs. 4 und 5 UVgO-E enthalten.

Wie im überschwelligen Bereich wird für die elektronische Übermittlung von Angeboten und Teilnahmeanträgen grundsätzlich die **Textform gem. § 126b BGB** vorgegeben.

Bei den **Verfahrensarten** wird als neue Bezeichnung in § 8 Abs. 1 UVgO-E die „Verhandlungsvergabe mit und ohne Teilnahmewettbewerb“ eingeführt, die den bisher verwendeten Begriff der „Freihändigen Vergabe“ ersetzt. Nach § 8 Abs. 2 UVgO-E haben die Auftraggeber die freie Wahl zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, womit die Regelungen in § 119 Abs. 2 S. 1 GWB bzw. § 14 Abs. 2 S. 1 VgV zur Gleichstellung vom offenen und nicht offenen Verfahren nachgezeichnet werden. Eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ist nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 UVgO-E zulässig, eine Verhandlungsvergabe sowohl mit als auch ohne Teilnahmewettbewerb nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UVgO-E.

Der **Ablauf der einzelnen Verfahrensarten** ist in nachfolgender Grafik dargestellt:

(in Originalgröße auf Seite 8)





## Newsletter Vergaberecht

§ 13 UVgO-E lehnt sich an die Grundsätze der **Fristbemessung** nach § 20 VgV an, macht allerdings keine Vorgaben für Mindestfristen.

§ 15 Abs. 4 UVgO-E sieht in Abweichung von § 21 Abs. 6 VgV als Höchstdauer einer **Rahmenvereinbarung eine Laufzeit von sechs statt vier Jahren** vor.

Nach § 16 UVgO-E finden für die **gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe und die Nutzung zentraler Beschaffungsstellen** § 120 Abs. 4 GWB und § 4 VgV entsprechende Anwendung.

Die Regelungen zu den **dynamischen Beschaffungssystemen, elektronischen Auktionen und elektronischen Katalogen** (§§ 17 bis 19 UVgO-E) verweisen teilweise explizit auf die entsprechenden Vorschriften in der VgV.

Bezüglich der **Losvergabe** übernimmt § 22 UVgO-E insbesondere die Regelungen zur sog. Loslimitierung in § 30 VgV.

Anders als noch der 1. Abschnitt der VOL/A sieht § 24 UVgO-E nunmehr explizit vor, dass der Auftraggeber als Beleg dafür, dass eine Leistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, die Vorlage von **Gütezeichen** (Label) verlangen kann.

§ 26 UVgO-E bildet weitgehend die Regelung in § 36 VgV zu **Unteraufträgen** ab.

Sollen **Nebenangebote** zugelassen werden, hat der Auftraggeber nach § 25 Abs. 2 UVgO-E nunmehr auch unterhalb der EU-Schwellenwerte Mindestanforderungen aufzustellen, denen die Nebenangebote genügen müssen. Wie im Oberschwellenbereich wird zudem die Wertung von Nebenangeboten auch dann für zulässig erklärt, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind.

**Auftragsbekanntmachungen** sind nach § 28 Abs. 1 S. 1 UVgO-E auf Internetportalen oder (neu gegenüber § 12 Abs. 1 S. 1 VOL/A) auch auf Internetseiten des Auftraggebers zu veröffentlichen. Lediglich zusätzlich wird die Veröffentlichung in anderen Medien vorgesehen. Auftragsbekanntmachungen auf Internetportalen oder Internetseiten des Auftraggebers „sollen“ (nach § 12 Abs. 1 S. 2 VOL/A noch „müssen“) allerdings zentral über die Suchfunktion des Portals [www.bund.de](http://www.bund.de) ermittelt werden können, um die Transparenz und Reichweite der Veröffentlichungen zu erhöhen.

In der Auftragsbekanntmachung gibt der Auftraggeber nach § 29 Abs. 1 UVgO-E die elektronische Adresse an, unter der die **Vergabeunterlagen** unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Ausnahmen von dieser Form der Bereitstellung sind in den Fällen des § 29 Abs. 2 UVgO-E zulässig; diese Regelung entspricht § 41 Abs. 2 S. 1 VgV.

Bei der **Eignung** übernimmt § 31 UVgO-E die Systematik des GWB, wonach bestimmte Sachverhalte als (zwingende oder fakultative) Ausschlussgründe zu berücksichtigen sind (§§ 123 ff. GWB). Auch die Regelung zu den Eignungskriterien in § 33 UVgO-E ist an das oberschwellige Recht angelehnt. § 34 UVgO-E mit Regelungen zur Eignungsleihe entspricht inhaltlich weitgehend § 47 VgV, einschließlich der Möglichkeit der gesamtschuldnerischen Haftung der beteiligten Unternehmen (§ 34 Abs. 3 UVgO-E).



## Newsletter Vergaberecht

Als **Eignungsnachweis** sieht der Entwurf in § 35 Abs. 2 UVgO-E grundsätzlich die Vorlage von Eigenerklärungen vor. Nach § 35 Abs. 3 UVgO-E kann der Auftraggeber als vorläufigen Beleg für die Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) verlangen. Nicht ausdrücklich geregelt scheint damit die Frage, ob der Auftraggeber eine EEE auch dann „akzeptieren“ muss, wenn er deren Vorlage nicht „verlangt“ hat. Dies wird man aber bejahen müssen, da die EEE letztlich eine spezielle Form einer Eigenerklärung darstellt, die nach § 35 Abs. 2 UVgO-E grundsätzlich zulässig ist.

Die Regelung zur **Nachforderung von Unterlagen** mit der Differenzierung zwischen unternehmens- und leistungsbezogenen Unterlagen in § 41 Abs. 2 UVgO-E entspricht weitestgehend § 56 VgV. Ebenso wie oberhalb der Schwellenwerte ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird.

Auch die Regelung zum **Ausschluss von Teilnahmeanträgen und Angeboten** in § 42 UVgO-E ist § 57 VgV nachgebildet. Von der Wertung ausgeschlossen werden danach Angebote von Unternehmen, die die Eignungskriterien nicht erfüllen oder die nach den §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen wurden, sowie Angebote, die mangelbehaftet sind.

Nach § 43 Abs. 1 UVgO-E wird der **Zuschlag** nach wie vor auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Auch bei den **Zuschlagskriterien** übernimmt § 43 UVgO-E die Regelungen des Oberschwellenbereiches. Ausdrücklich erwähnt wird nunmehr, dass neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können. Eine explizite Regelung hierzu fehlte bisher im 1. Abschnitt der VOL/A. § 34 UVgO-E eröffnet zudem die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals zu werten. § 43 Abs. 3 stellt klar, dass alle Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Nach § 43 Abs. 4 kann der Auftraggeber vorgeben, dass das Zuschlagskriterium "Kosten" auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung in entsprechender Anwendung des § 59 VgV berechnet wird; eine weitere Parallele zum Oberschwellenrecht.

Gleiches gilt auch für die Regelung zu **ungewöhnlich niedrigen Angeboten** in § 44 UVgO-E, der weitestgehend § 60 VgV entspricht.

Für die **Ausführung von öffentlichen Aufträgen** erklärt § 45 UVgO-E § 128 Abs. 1 GWB für entsprechend anwendbar.

§ 46 Abs. 1 UVgO-E regelt die **Unterrichtung der Bewerber und Bieter** analog zu § 63 Abs. 1 und 2 VgV. § 46 Abs. 2 UVgO-E schreibt die bewährte Regelung (§ 19 Abs. 2 VOL/A) zur **Information nach Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb** über jeden vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25 000 Euro ohne Umsatzsteuer auf Internetportalen oder Internetseiten des Auftraggebers fort. § 46 Abs. 2 UVgO-E scheint allerdings redundant mit § 30 Abs. 1 UVgO-E (Vergabebekanntmachung) zu sein.

§ 47 Abs. 1 S. 2 UVgO-E stellt wie § 63 Abs. 1 S. 2 VgV klar, dass der Auftraggeber auch außerhalb der aufgeführten **Aufhebungsgründe** ein Vergabeverfahren beenden darf (Ausfluss seiner Privatautonomie). Allerdings kann er sich in einem solchen Fall ggf. schadensersatzpflichtig machen.

Für die Zulässigkeit von **Auftragsänderungen** ohne neues Vergabeverfahren verweist § 47 Abs. 1 UVgO-E auf § 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB. Abweichend von § 132 Abs. 3 GWB wird in § 47 Abs. 2 UVgO-E eine Ände-



## Newsletter Vergaberecht

zung ohne ein neues Vergabeverfahren auch dann zugelassen, wenn der Wert der Änderung nicht mehr als 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt und sich dadurch der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert. Oberhalb der Schwellenwerte liegt die Wertgrenze bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen demgegenüber bei nur 10 Prozent.

§ 49 UVgO-E übernimmt die aus dem europäischen Recht stammende und in § 130 GWB und den §§ 64 bis 66 VgV umgesetzte Kategorie von **Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen** auch in das Unterschwellenrecht. Bei der Vergabe entsprechender Leistungen steht den Auftraggebern neben der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb stets auch die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung. Außerdem können als Zuschlagskriterien insbesondere der Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals berücksichtigt werden.

§ 50 UVgO-E trifft eine Sonderregelung zu **verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen** im Sinne von § 104 GWB. Den Auftraggebern steht bei diesen Aufträgen die Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder die Verhandlungsvergabe nach seiner Wahl zur Verfügung. Bei einer Verhandlungsvergabe kann auf einen Teilnahmewettbewerb allerdings nur verzichtet werden, wenn ein in § 8 Abs. 4 UVgO-E beschriebener Sachverhalt vorliegt.

§ 51 UVgO-E enthält erstmals eine Regelung zu **Vergaben durch Auslandsdienststellen**. Diesen stehen nach § 51 Abs. 2 UVgO-E abweichend von § 8 Abs. 2 UVgO-E bei der Vergabe eines Liefer- oder Dienstleistungsauftrags im Ausland neben der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb stets auch die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb nach ihrer Wahl zur Verfügung. Außerdem sind Auslandsdienststellen von weiteren Vorschriften der UVgO-E freigestellt (§ 51 Abs. 1 UVgO-E).

§ 52 UVgO-E enthält erstmals eine Regelung zur **Fristenbestimmung und –berechnung**. Nach Abs. 1 soll der Auftraggeber Fristen festlegen, die nach dem Kalendertag bestimmt sind. Für die Berechnung der im Rahmen der UVgO-E festgelegten Fristen gelten nach § 52 Abs. 2 UVgO-E die §§ 186 bis 193 des BGB.

In der Tradition des 1. Abschnitts der VOL/A wird die UVgO – trotz ihrer engen Bezüge zum GWB und zur VgV – den **Rechtscharakter einer Verwaltungsvorschrift** tragen, die für ihre Geltung von Bund und Ländern eingeführt werden muss. Auf diese Notwendigkeit weist auch das BMWi selbst hin. Für die Ausgestaltung als Rechtsverordnung nach dem Vorbild der VgV fehlt der Bundesregierung die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Als Verwaltungsvorschrift wird die UVgO – anders als die Rechtsnormen GWB und VgV – nur interne Wirkung und keine unmittelbare Außenwirkung entfalten. Problematisch erscheinen vor diesem Hintergrund Regelungen im UVgO-E, die direkt auch die Unternehmen adressieren (wie z.B. § 7 Abs. 1 UVgO-E, wonach in einem Vergabeverfahren auch die Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel für die Datenübermittlung verwenden müssen). Aus der fehlenden Außenwirkung der Regelungen folgt außerdem, dass bezüglich der Frage des Rechtsschutzes in Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte die bisherige Rechtslage fortbesteht, wonach Primärrechtsschutz (Unterlassung der Zuschlagserteilung) wegen drohender Vergabeverstöße nur im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO vor den Zivilgerichten erlangt werden kann.

*Rudolf Ley*

<p>Abschnitt 1 <b>Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation</b></p>	<p>Abschnitt 2 <b>Vergabeverfahren</b></p>	<p>Abschnitt 3 <b>Vergabe von Aufträgen für besondere Leistungen</b></p>	<p>Abschnitt 4 <b>Schlussbestimmungen</b></p>
<p>Unterabschnitt 1 <b>Allgemeine Bestimmungen</b></p>	<p>Unterabschnitt 1 <b>Verfahrensarten</b></p>	<p>Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen</p>	<p>Vergabe durch Auslandsdienststellen</p>
<p>Unterabschnitt 2 <b>Kommunikation</b></p>	<p>Unterabschnitt 2 <b>Besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren</b></p>	<p>Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen</p>	<p>Fristenbestimmung und -berechnung</p>
	<p>Unterabschnitt 3 <b>Vorbereitung des Vergabeverfahrens</b></p>		
	<p>Unterabschnitt 4 <b>Veröffentlichung, Transparenz</b></p>		
	<p>Unterabschnitt 5 <b>Anforderungen an die Unternehmen, Eignung</b></p>		
	<p>Unterabschnitt 6 <b>Einreichung, Form und Umgang mit Teilnahmeanträgen und Angeboten</b></p>		
	<p>Unterabschnitt 7 <b>Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote, Zuschlag</b></p>		

