



Ausgabe Februar 2017

Unterschwelvenvergabeordnung (UVgO) im Bundesanzeiger veröffentlicht

Das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) hat am 7. Februar 2017 die **Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwelvenvergabeordnung – UVgO) (->PDF)** sowie zugehörige Erläuterungen (->PDF) im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Die UVgO tritt damit aber noch nicht in Kraft. Dafür sind noch jeweils für den Bund und jedes Land entsprechende Anwendungsbefehle erforderlich. Die UVgO stellt einen historischen Einschnitt im deutschen Vergaberecht dar. „Historisch“ vielleicht weniger der Inhalte wegen, sondern weil mit der UVgO die rund 90-jährige Regentschaft der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) über das nationale Vergaberecht für Lieferungen und Dienstleistungen zu Ende geht. Das Totenglöcklein hatte für die VOL/A bereits im April 2016 angefangen zu läuten, als Abschnitt 2 der VOL/A für Vergabeverfahren ab den EU-Schwellenwerten durch die Neufassung der Vergabeverordnung (VgV) abgelöst wurde. Nunmehr wird mit der neuen UVgO auch Abschnitt 1 der VOL/A, der Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte regelte, obsolet. Das alles geht zurück auf den Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015 zu den Eckpunkten der Reform des Vergaberechts. Darin hieß es: „Nach Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien wird zeitnah der Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte geprüft“.

Die **Zielstellungen für die UVgO** beschreibt das BMWi wie folgt:

„Die flexiblen Regelungsansätze im neuen Oberschwelvenvergaberecht sollen auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für Liefer- und Dienstleistungsaufträge auf nationaler Ebene zur Anwendung kommen. Gleichzeitig sollen aber die auch bisher schon deutlich einfacheren Regeln für den Unterschwelvenbereich erhalten werden“¹.

1. Zustandekommen der UVgO

Schon im Zuge der Reform des Oberschwelvenvergaberechts haben Bund und Länder erste Überlegungen angestellt, welche Folgerungen aus der EU-Reform für das unterschwellige Vergaberecht gezogen werden sollen. Dieser Gedankenaustausch mündete in einen Entwurf der UVgO, den das BMWi nach intensiven Abstimmungen auf Bundesebene und mit den Ländern am 31. August 2016 als Diskussionsentwurf auf seiner Internetseite einstellte (siehe hierzu Newsletter August 2016). Das BMWi hat die Öffentlichkeit, insbesondere die betroffenen Verbände, zu diesem Entwurf am

¹ <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/reform-der-nationalen-vergaben.html>

10. Oktober 2016 angehört. Daraufhin gingen zahlreiche Stellungnahmen ein, die das BMWi ebenfalls auf seiner Homepage veröffentlicht hat².

Im Zuge der Abstimmungen auf Bundes- und Länderebene sowie aufgrund der Anhörungen der betroffenen Kreise hat sich die finale Fassung der UVgO gegenüber dem ersten Diskussionsentwurf des BMWi deutlich weiterentwickelt. Besonders umstritten waren in den Beratungen folgende Themenfelder:

- Einbeziehung der Vergabe freiberuflicher Leistungen (§ 50 UVgO)
- Gleichstellung von Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 2 S.1 UVgO)
- Ablösung der Freihändigen Vergabe durch die Verhandlungsvergabe (§ 12 UVgO)
- Ausnahmetatbestände für die Verhandlungsvergabe (§ 8 Abs. 4 UVgO)
- Anforderungen an Nebenangebote (§ 25 UVgO)
- Einführung der elektronischen Kommunikation (§§ 7, 38 UVgO)
- Sonderregelung für Auslandsvergaben (§ 53 UVgO)

Zur Einführung der E-Vergabe schreibt das BMWi auf seiner Homepage:

Ein zentrales Element des neuen Rechtsrahmens ist die umfassende Digitalisierung der Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (E-Vergabe), die zu einer deutlichen Reduzierung der Bürokratiekosten führt. Dadurch werden Unternehmen von Aufwand an Personal- und Sachkosten in Höhe von geschätzt 3,9 Milliarden Euro jährlich zusätzlich entlastet. Zusätzlich wird die Reform geschätzt rund 1,8 Milliarden Euro Aufwand auf Seiten der Verwaltung einsparen. Als Kernelemente der Digitalisierung müssen Auftraggeber künftig öffentliche Aufträge im Internet bekannt machen und die Vergabeunterlagen den Unternehmen kostenfrei und direkt abrufbar zur Verfügung stellen. Auch sollen Bewerber und Bieter nach einer Übergangszeit bis Ende 2019 ihre Teilnahmeanträge und Angebote grundsätzlich nur noch elektronisch einreichen. Die E-Vergabe entlastet nicht nur von unnötigen Bürokratiekosten, sondern stärkt auch den Wettbewerb um öffentliche Aufträge und die Transparenz³.

Vor dem Hintergrund dieser Aussage erscheint es jedoch widersprüchlich, dass Ausnahmetatbestände geschaffen wurden (§ 38 Abs. 4 UVgO), die es den Auftraggebern ermöglichen, bei Beschränkten Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb oder in Verfahren bis zu einem geschätzten Auftragswert von 25.000 Euro (ohne USt) gänzlich auf die e-Vergabe zu verzichten.

2. Inkrafttreten der UVgO

Anders als die VgV ist die UVgO keine Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 GG. Hierfür fehlt dem Bund die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Das bedeutet, dass die Veröffentlichung der UVgO im Bundes-

² <http://www.bmwi.de/Navigation/DE/Service/Stellungnahmen/UVgO/stellungnahmen-uvgo.html>

³ <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/reform-der-nationalen-vergaben.html>

anzeiger aus sich heraus keine Rechtsverbindlichkeit entfaltet, sondern die Vorschriften erst durch den Anwendungsbefehl von Bund und Ländern in Kraft gesetzt werden. Dies kann durch Gesetz, Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift oder Einzelerlass geschehen. Für die VOL/A erfolgte dies überwiegend über das haushaltsrechtliche Regelwerk, in manchen Ländern auch über die Landesvergabegesetze. Zusätzlich zur Bekanntmachung der UVgO müssen also Bund und Länder die neue Verfahrensordnung für verbindlich erklären und gleichzeitig die VOL/A Abschnitt 1 außer Kraft setzen.

Eine besondere Problematik ergibt sich für das Inkrafttreten der UVgO durch die darin enthaltene Gleichstellung der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 2 S. 1 UVgO). Denn in den haushaltsrechtlichen Vorschriften (§ 30 HGrG, § 55 BHO und den Landeshaushaltsordnungen⁴) ist noch unisono die Regelung enthalten, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Das Bundeswirtschaftsministerium sah sich durch diese Regelungen jedoch nicht gehindert, in der niederrangigeren UVgO die Gleichstellung zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorzusehen, da es den haushaltsrechtlichen Begriff der „Öffentlichen Ausschreibung“ offenbar nicht im engen Verständnis der Vergabeordnungen, sondern weiter im Sinne der Veröffentlichung eines formalen wettbewerblichen Verfahrens auslegte. Darunter wäre dann zwanglos auch die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zu subsumieren, sodass es für eine Gleichstellung der Verfahrensarten keine Änderung der haushaltsrechtlichen Vorschriften bedürfen würde. Offenbar hatten jedoch die Finanzressorts insoweit Zweifel angemeldet und dem haushaltsrechtlich verankerten Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung eine Sperrwirkung für eine Gleichstellung der Verfahrensarten auf untergesetzlicher Ebene (wie in der UVgO) zugeschrieben. Im Zuge des Gesetzes zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften⁵ sollen daher die §§ 30 HGrG, 55 BHO entsprechend geändert und der Gleichrang der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb normiert werden. Wenn auch die Bundesländer diese Regelung nachzeichnen würden, wäre der Weg endgültig frei für das Inkrafttreten der UVgO.

3. Anwendungsbereich der UVgO

Bezüglich des personalen Anwendungsbereiches adressiert die UVgO durchgängig den "Auftraggeber" (und nicht wie im Oberschwellenbereich die VgV den "öffentlichen Auftraggeber"). Hierdurch soll klargestellt werden, dass der persönliche Anwendungsbereich der UVgO über den Anwendungsbefehl von Bund und Ländern gesondert festgelegt werden muss. Grund hierfür sind divergierende Traditionen in den Ländern, welche staatlichen und halbstaatlichen Institutionen das Unterschwellenvergaberecht anzuwenden haben. Insgesamt wäre es wünschenswert, wenn die UVgO eine breite Reichweite entfalten und nicht unter den vergaberechtlichen Flickenteppich gekehrt würde.

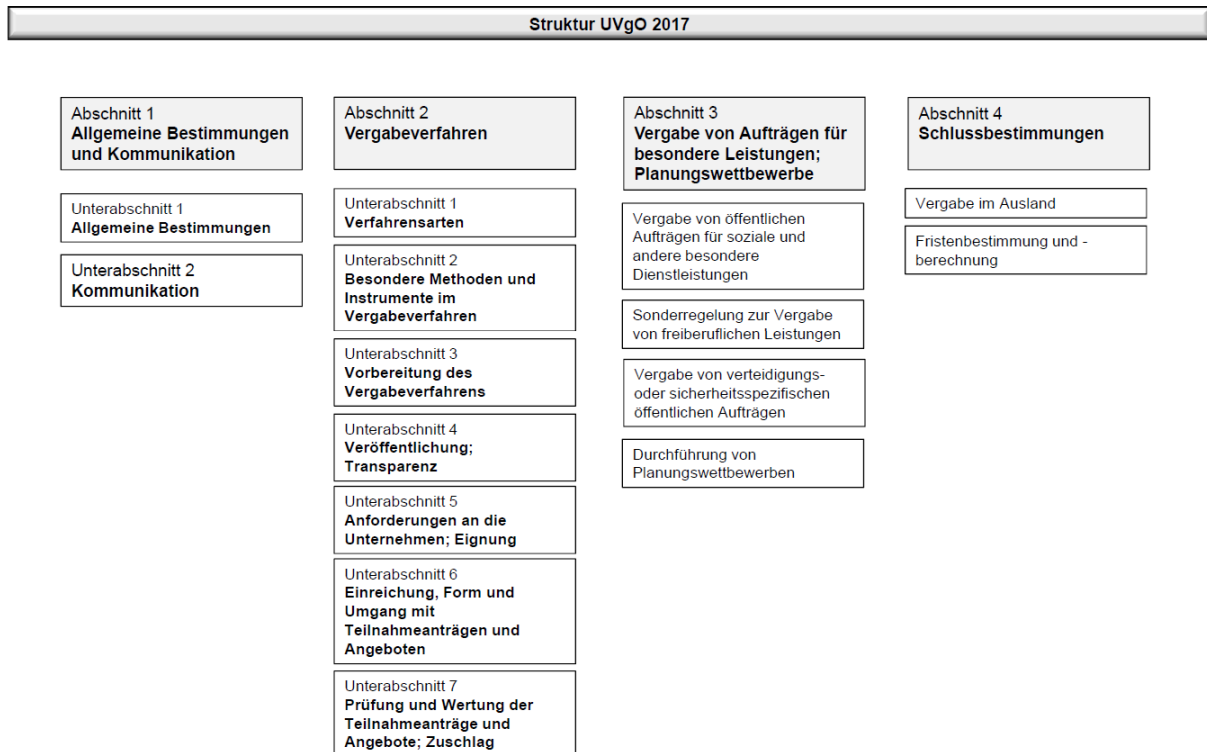
⁴ § 55 Abs. 1 LHO-BW, Art. 55 Abs. 1 BayHO, § 55 Abs. 1 LHO-BE, § 55 Abs. 1 LHO-BB, § 55 Abs. 1 LHO-HB, § 55 Abs. 1 LHO-HH, § 55 Abs. 1 LHO-HE, § 55 Abs. 1 LHO-MV, § 55 Abs. 1 LHO-NI, § 55 Abs. 1 LHO-NW, § 55 Abs. 1 LHO-RP, § 55 Abs. 1 LHO-SL, § 55 Abs. 1 SÄHo, § 55 Abs. 1 LHO-ST, § 55 Abs. 1 LHO-SH und § 55 Abs. 1 LHO-TH

⁵ http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Gesetze/2016-12-14-neuregelung-bundesstaatliches-finanzausgleichssystem.pdf;jsessionid=4BEA724A1137AC2EB7E67FF5B30A8656?__blob=publicationFile&v=4

4. Struktur und Regelungstechnik der UVgO

Entsprechend der Zielsetzung, die Regelungen für den Ober- und Unterschwellenbereich möglichst einheitlich auszugestalten, lehnt sich die Struktur der UVgO an die VgV an. Während die VgV allerdings in sieben Abschnitte unterteilt ist, beschränkt sich die UVgO auf vier Abschnitte.

Abb. 1: Struktur UVgO



Inhaltlich stellt die UVgO eine Mischung zwischen der VgV und dem 1. Abschnitt der VOL/A dar, deren einfachere Regelungen ebenfalls erhalten werden sollen. Dies hatte zur Folge, dass der Umfang der UVgO gegenüber der VOL/A Abschnitt 1 deutlich angewachsen ist. Während die VOL/A mit 20 Paragraphen auskam, misst die UVgO 54 Paragraphen. Rechnet man die vielen Vorschriften aus dem GWB und der VgV, auf die in der UVgO verwiesen wird bzw. die für entsprechend anwendbar erklärt werden, hinzu, dann erhöht sich die nunmehr im unterschwelligen Bereich einschlägige Vorschriftenzahl nochmals beträchtlich. Regelungstechnisch etwas unglücklich ist dabei, dass manche Vorschriften aus der VgV eins zu eins übernommen wurden, andere nur teilweise, während wieder andere nur „entsprechend“ gelten sollen. Der Praktiker muss also genau hinsehen und kann nicht einfach für alle Vergaben auf einen einheitlichen Instrumentenkasten einschließlich interner Formulare und IT-Lösungen zurückgreifen.

5. Rechtsschutz im Anwendungsbereich der UVgO

Die Hoffnungen, dass die jetzige Reform zum Anlass genommen wird, auch für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte ein Nachprüfungsverfahren zu etablieren, wurden enttäuscht. Hierfür fehlte dem Bund die Gesetzgebungskompetenz, da das unterschwellige Vergaberecht nach wie vor im Haushaltsrecht wurzelt und dazu bereits Art. 109 Abs. 1 GG den Grundsatz enthält, dass Bund und Länder in ihrer Haushaltswirtschaft selbstständig und voneinander unabhängig sind. Dies sperrt eine

bundesweite Rechtsschutzregelung. Es bleibt also dabei, dass Primärrechtsschutz gegen vergaberechtswidriges Verhalten des Auftraggebers unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich nur im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung des Zuschlags an einen dritten Bieter gesichert werden kann, wenn die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO gegeben sind⁶. Auf Landesebene haben allerdings drei Bundesländer unterhalb der Schwellenwerte schon jetzt ein Rechtsschutzverfahren ab bestimmten Auftragswerten eingeführt, das sich an dem Nachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte einschließlich der Vorabinformationspflicht für nicht zum Zuge kommende Bieter orientiert⁷. Diese Regelungen im Rahmen der jeweiligen Länderkompetenzen haben natürlich weiterhin Bestand.

6. Vergaben mit Binnenmarktrelevanz

Keine Regelung enthält die UVgO zu Vergaben mit sog. Binnenmarktrelevanz. Lediglich die Erläuterungen des BMWi zu § 1 Abs. 2 UVgO (Geltung der Ausnahmetatbestände des GWB) weisen darauf hin, dass sich trotz Vorliegens eines Ausnahmetatbestandes bei binnenmarktrelevanten öffentlichen Aufträgen die Verpflichtung zur Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung aus dem primären europäischen Gemeinschaftsrecht ergeben kann.

Hintergrund ist, dass auch Beschaffungsverfahren, die nicht von den europäischen Vergaberichtlinien erfasst werden, nicht in einem europarechtsfreien Raum stattfinden. Vielmehr haben Auftraggeber auch im Unterschwellenbereich und bei der Vergabe „ausgenommener“ Aufträge die fundamentalen Regeln des EU-Primärrechts (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV) zu beachten, sofern ein grenzüberschreitendes Interesse am Auftrag zu bejahen ist. Sie haben dabei das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die „grundlegenden Vorschriften“ des Unionrechts zu berücksichtigen, zu denen insbesondere diejenigen über die Freiheit des Warenverkehrs, die Dienstleistungsfreiheit und das Niederlassungsrecht, sowie die daraus abgeleiteten Grundprinzipien, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz zählen.

In der Rechtsprechung des EuGH haben sich mittlerweile objektive Kriterien herausgebildet, die auf das Bestehen eines grenzüberschreitenden Interesses hindeuten können. So stellt der EuGH⁸ auf ein „gewisses Volumen“ des fraglichen Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort (z. B. Grenznähe) oder technischen Merkmale (z. B. IT-Leistungen einer international gängigen Marke) des Auftrags ab. Auch das Vorliegen von Beschwerden von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen soll ein Indiz für eine Binnenmarktrelevanz eines Auftrags sein, wenn diese Beschwerden real und nicht rein fiktiv seien.

Vor diesem Hintergrund hätte es sich angeboten, für Vergaben mit Binnenmarktrelevanz in der UVgO ausdrückliche Regelungen aufzunehmen.

7. Fazit

Misst man die UVgO an den Zielstellungen des BMWi (Anpassung an die Oberschwellenvorschriften, Erhaltung der einfacheren Regelungen der VOL/A Abschnitt 1), so lässt sich kein einheitliches Fazit ziehen. So ist zwar eine weitgehende Angleichung des Vergaberechts unterhalb und oberhalb der EU-Schwellenwerte gelungen, der Preis dafür ist jedoch ein massiv gewachsener Regelungsumfang, der

⁶ vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf, Urteil v. 13. 1.2010, 27 U 1/09

⁷ Sachsen § 8 SächsVG, Sachsen-Anhalt § 19 LVG-SA und Thüringen § 19 ThürVG

⁸ EuGH, Urteil vom 16.4.2015, Rs. C-278/14; Urteil vom 6.10.2016 - Rs. C-318/15

sich – im Gegensatz zur VgV – nicht zwingend aus umzusetzenden Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU ergab. Hier hätte man weniger regeln können, ohne damit Regelungslücken zu hinterlassen (z.B. Bestimmungen zur Unterauftragsvergabe, Eignungsleihe, Auftragsänderungen). Die mit der Vergaberechtsreform 2009 erfolgte Reduzierung der Vorschriften im Abschnitt 1 der VOL/A mit dem Ziel, den öffentlichen Einkäufern mehr Flexibilität und Eigenverantwortung zu geben, war damit nur von kurzer Dauer. Außerdem zwingt die Regelungstechnik einer partiellen Textübernahme in Kombination mit zahlreichen, teils unterschiedlich weit reichenden Verweisungen auf die VgV und das GWB dazu, dass die Anwender in der Praxis nicht nur die UVgO, sondern auch die VgV und das GWB zur Hand nehmen müssen.

Dem Anspruch, dass bei der Novellierung die bisher schon deutlich einfacheren Regeln für den Unterschwellenbereich erhalten werden sollen, kommt die UVgO weitestgehend nach, sieht man beispielsweise von der gegenüber der Freihändigen Vergabe stärker formalisierten Verhandlungsvergabe ab, deren einziger Unterschied zu den Ausschreibungsverfahren nur noch in der Verhandlungsmöglichkeit liegt. Mehr noch: Mit dem Gleichrang von Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, den erweiterten Ausnahmetatbeständen für die Verhandlungsvergabe und der längeren Höchstlaufzeit für Rahmenvereinbarungen schafft die UVgO zusätzliche Erleichterungen gegenüber der VOL/A Abschnitt 1.

Der eigentliche Hase im Pfeffer liegt jedoch darin, dass nicht absehbar ist, welchen Beitrag die UVgO tatsächlich leisten kann, um das heillos zersplitterte nationale Vergaberecht wenigstens etwas zu ordnen. Skepsis ist insoweit durchaus angebracht, da nicht zu erwarten ist, dass die Landesgesetzgeber ihre regionalen Kirchtürme verlassen und ganz auf die UVgO setzen. Vielmehr ist zu befürchten, dass die UVgO nicht als Ganzes, sondern nur in Teilen oder bezüglich einzelner Vorschriften in abgewandelter Form für anwendbar erklärt wird. Dann wäre das Harmonisierungsziel verfehlt und der Flickenteppich wäre nicht eingerollt, sondern würde weiter den beteiligten Kreisen, insbesondere der Bieterschaft, das Vergabeleben schwer machen.

Autoren: Rudolf Ley, Dietmar Altus, Michael Wankmüller