

# VERGABERECHT

Oktober 2016/1

## Neuerungen im Vergaberecht – Teil 4

In dieser Newsletter-Ausgabe stellen wir Ihnen den aktuellen Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums (BMW) für eine neue Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vor und fassen die wesentlichen Punkte für Sie zusammen.

### Entwurf für Unterschwellenvergabeordnung – UVgO-Entwurf

Bislang waren die Regelungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der Schwellenwerte nicht von der Vergaberechtsreform im Jahr 2016 betroffen. Das BMW hatte jedoch bereits in seinem Eckpunktepapier vom 7. Januar 2015 angekündigt, dass zeitnah nach der Reform für den Oberschwellenbereich der Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte geprüft wird. Insofern überrascht der Zeitpunkt des nunmehr vorgelegten UVgO-Entwurfs mit Datum vom 31. August 2016 nicht. Ob die UVgO allerdings tatsächlich – wie vom BMW geplant – bereits Anfang 2017 in Kraft gesetzt werden kann, bleibt abzuwarten.

#### Anwendungsbereich

Mit Inkrafttreten wird die UVgO grundsätzlich die VOL/A (Abschnitt 1) ersetzen. Das bedeutet unter anderem, dass die Vergabe von Bauleistungen unterhalb des Schwellenwertes mit der UVgO in der aktuellen Entwurfsfassung nicht geregelt wird. Für die Vergabe solcher Bauleistungen gelten stattdessen die Vorschriften der am 1. Oktober 2016 in Kraft getretenen VOB/A (Abschnitt 1).

Im Gegensatz zur VOL/A wird die UVgO auch die Vergabe freiberuflicher Leistungen regeln, vgl. § 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO-Entwurf.

Ungewiss ist derzeit (noch), welche öffentlichen Auftraggeber die Vorschriften der UVgO anzuwenden haben. Hierzu bedarf es entsprechender Anwendungsbefehle des Bundes und der Länder.

#### Begriffsbestimmungen

Nach § 1 Abs. 4 UVgO-Entwurf gelten die Begriffsbestimmungen aus dem 4. Teil des GWB und der VgV auch für die UVgO, sofern sich aus der UVgO nichts Abweichendes ergibt.

Zudem ist erwähnenswert, dass der Begriff der „freihändigen Vergabe“ durch „Verhandlungsvergabe“ ersetzt wird, vgl. § 8 Abs. 1 UVgO-Entwurf. Zudem wird der bisherige „Direktkauf“ nach dem Entwurf zukünftig „Direktauftrag“ heißen, vgl.

§ 14 UVgO-Entwurf. An den Begriffen „öffentliche Ausschreibung“ und „beschränkte Ausschreibung“ wird hingegen festgehalten.

### **Verfahrenswahl**

Der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung wird aufgegeben. Stattdessen wird der Auftraggeber gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 UVgO-Entwurf zwischen der öffentlichen Ausschreibung und der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb frei wählen können. Die übrigen Verfahrensarten stehen dem Auftraggeber auch weiterhin nur dann zur Verfügung, wenn zusätzliche Voraussetzungen gegeben sind, vgl. § 8 Abs. 2 S. 1 UVgO-Entwurf.

Ein Direktauftrag darf gemäß § 14 UVgO-Entwurf für Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von EUR 1.000,00 (ohne USt.) erfolgen. Derzeit sind Direktkäufe nur bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert in Höhe von bis zu EUR 500,00 zulässig.

Darüber hinaus werden

- das dynamische Beschaffungssystem (§ 17 UVgO-Entwurf),
- die elektronische Auktion (§ 18 UVgO-Entwurf) und
- der elektronische Katalog (§ 19 UVgO-Entwurf)

eingeführt.

### **Verfahrensablauf**

Bei der öffentlichen Ausschreibung fordert der Auftraggeber – wie bisher – eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Angebotsabgabe auf, vgl. § 9 Abs. 1 UVgO-Entwurf.

Bei der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb sowie der Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb muss der Auftraggeber grundsätzlich jeweils mindestens drei Unternehmen beteiligen.

Die Pflicht zur grundsätzlichen Beteiligung von mindestens drei Unternehmen findet sich auch bei der beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb. Dementsprechend hat der Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 UVgO-Entwurf bei dieser Verfahrensart grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern.

Bezüglich der beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ist zudem in § 11 Abs. 2 S. 2 UVgO-Entwurf klargestellt, dass der Auftraggeber auch nach der Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe notwendige Nachweise und Erklärungen verlangen darf, soweit er die Erfüllung der Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlusskriterien eines beteiligten Unternehmens im Vorfeld nicht abschließend beurteilen kann. Derzeit wird über dieses Thema immer wieder gestritten, da sich eine solche Klarstellung in der VOL/A (Abschnitt 1) nicht findet.

Im Hinblick auf die Verhandlungsvergabe ist bemerkenswert, dass es – im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte – keine Erstangebote geben muss. Der Auftraggeber kann sich stattdessen entscheiden, ob er zur Angebotsabgabe oder (!) zur Teilnahme an Verhandlungen auffordert,

vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 UVgO-Entwurf. Es ist davon auszugehen, dass Auftraggeber insbesondere bei konzeptionell anspruchsvollen Aufträgen davon absehen werden, Erstangebote von den Bietern einzuholen, sondern (direkt) zur Teilnahme an Verhandlungen auffordern werden. Beabsichtigt der Auftraggeber dann, nach geführten Verhandlungen diese abzuschließen, so unterrichtet er die Bieter und bestimmt eine einheitliche Frist für die Einreichung der Schlussangebote, über die nicht mehr verhandelt werden darf (sog. „Best And Final Offer“ bzw. „BAFO“), vgl. § 12 Abs. 6 UVgO-Entwurf.

### **Angleichungen an die Regelungen für überschwellige Vergaben**

Neben einigen bereits genannten Angleichungen ist auch bei einer Vielzahl weiterer Regelungen im UVgO-Entwurf eine Angleichung an die Regelungen für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte festzustellen. Dies gilt insbesondere für:

- Aufteilung nach Losen (§ 22 UVgO-Entwurf): Wie in der VgV darf der Auftraggeber die Zahl der Lose auf eine Höchstzahl beschränken, für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann.
- Leistungsbeschreibung (§ 23 UVgO-Entwurf): In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können.
- Nebenangebote (§ 25 UVgO-Entwurf): Der Auftraggeber kann Nebenangebote zulassen. Ergibt sich weder aus der Auftragsbekanntmachung noch den Vergabeunterlagen, ob der Auftraggeber Nebenangebote zulässt, dann gelten Nebenangebote als nicht zugelassen. Nebenangebote können auch zugelassen oder vorgeschrieben werden, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind.
- Unteraufträge (§ 26 UVgO-Entwurf): Der Auftraggeber kann Unternehmen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen auffordern, bei Angebotsabgabe die Teile des Auftrags, die sie im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte zu vergeben beabsichtigen, sowie, falls zumutbar, die vorgesehenen Unterauftragnehmer zu benennen. Der Auftraggeber kann vorschreiben, dass bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.
- Bereitstellung der Vergabeunterlagen (§ 29 UVgO-Entwurf): Der Auftraggeber hat in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können.
- Öffnung der Angebote (§ 40 UVgO-Entwurf): Die Öffnung der Angebote wird von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchgeführt. Bieter sind dabei nicht zugelassen.

- Nachfordern von Unterlagen (§ 41 UVgO-Entwurf): Der Auftraggeber kann den Bewerber oder Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise, nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, oder fehlende oder unvollständige leistungsbezogene Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Demgegenüber ist die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ausgeschlossen, sofern es sich nicht um unwesentliche Einzelpreisangaben handelt, die den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Darüber hinaus gelten auch bei den Regelungen

- zum Ausschluss von Angeboten (§ 42 UVgO-Entwurf),
- zu den Zuschlagskriterien (§ 43 UVgO-Entwurf),
- zum Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten (§ 44 UVgO-Entwurf),
- zur Auftragsausführung (§ 45 UVgO-Entwurf) und
- zur Unterrichtung der Bewerber (§ 46 UVgO-Entwurf)

sinngemäß die gleichen Regelungen, die sich bereits in der VgV finden.

### **Wesentliche Abweichungen von den Regelungen für oberschwellige Vergaben**

Es lassen sich aber auch einige erwähnenswerte Abweichungen von den Regelungen für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte feststellen. Einige davon sind bereits in den vorstehenden Ausführungen genannt worden. Hinzu kommen die folgenden wesentlichen Abweichungen:

- Fristen (§ 13 UVgO-Entwurf): Im Gegensatz zur VgV sieht der UVgO-Entwurf keine Mindestfristen (z.B. für Angebotsfrist) vor. Stattdessen hat der Auftraggeber angemessene Fristen festzulegen.
- Rahmenvereinbarungen (§ 15 UVgO-Entwurf): Im Hinblick auf Rahmenvereinbarungen ist bemerkenswert, dass die grundsätzlich zulässige Laufzeit von Rahmenvereinbarungen nach dem UVgO-Entwurf von vier Jahren auf sechs Jahre ausgedehnt wird.
- Auftragsbekanntmachung (§ 28 UVgO-Entwurf): Die Auftragsbekanntmachungen sind auf Internetportalen oder Internetseiten des Auftraggebers zu veröffentlichen. Die Veröffentlichungen sollen zentral über die Suchfunktion des Internetportals [www.bund.de](http://www.bund.de) ermittelt werden können.
- Eignung (§§ 33 UVgO-Entwurf ff.): Bei der Festlegung der Eignungskriterien erhält der öffentliche Auftraggeber im Vergleich zu

überschwelligen Vergaben einen größeren Spielraum. Die Eignungsanforderungen müssen „lediglich“ mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Demgegenüber sieht die VgV beispielsweise in § 46 Abs. 3 VgV eine abschließende Liste mit zulässigen Anforderungen hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit vor, die von den Bietern gefordert werden dürfen.

Auch bei der eVergabe sind im UVgO-Entwurf Abweichungen zu den Regelungen für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte festzustellen. Gemäß § 38 Abs. 1 UVgO-Entwurf legt der Auftraggeber fest, ob die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126 b BGB, mithilfe elektronischer Mittel, auf dem Postweg, durch Fax oder durch einen anderen geeigneten Weg oder durch Kombination dieser Mittel einzureichen hat. Ab 1. Januar 2019 hat der Auftraggeber die Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten mithilfe elektronischer Mittel zu akzeptieren (selbst wenn er dies nicht wünscht). Ab dem 1. Januar 2021 übermitteln Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote ausschließlich mithilfe elektronischer Mittel. Dazu ist der Auftraggeber nur dann nicht verpflichtet, wenn der Auftragswert unter EUR 25.000,00 (ohne USt.) liegt oder eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird.

#### **Auftragsänderungen**

Bezüglich der Ausschreibungspflicht von Auftragsänderungen wird in § 47 Abs. 1 UVgO-Entwurf auf § 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB verwiesen. Darüber hinaus sieht § 47 Abs. 2 UVgO-Entwurf vor, dass die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung nicht mehr als 20 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

#### **Einschätzung**

Grundsätzlich ist es begrüßenswert, dass der UVgO-Entwurf eine merkliche Angleichung an die Regeln für Auftragsvergaben ab Erreichen der Schwellenwerte vorsieht. Es wäre jedoch eine noch weitreichendere Angleichung wünschenswert gewesen. Beispielsweise ist nicht nachvollziehbar, warum der UVgO-Entwurf bezüglich der eVergabe von der VgV abweichende Übergangsregelungen vorsieht. So ist in der VgV geregelt, dass spätestens ab dem 18. Oktober 2018 alle Angebote mittels elektronischer Mittel einzureichen sind. Der UVgO-Entwurf sieht hingegen eine Übergangsfrist bis zum 1. Januar 2021 vor. Die voneinander abweichenden Übergangsfristen dürften allenfalls zu Verwirrungen bei Auftraggebern und Bietern beitragen.

Darüber hinaus wäre ein einheitliches Regelwerk für die Anwender wünschenswert gewesen. Die vielen Verweisungen in die VgV und das GWB dürften die Arbeit mit der UVgO erschweren.

**Ihre Ansprechpartner bei Nohr-Con und LEXTON Rechtsanwälte:**

**Genadijus Smertjevas**

Bereichsleiter

**Nohr-Con**

Oraniendamm 34

13469 Berlin

T + 49 30 437 466 78

F + 49 30 437 466 79

gs@nohr-con.de

www.nohr-con.de



**Fabian Winters, LL.M.**

Rechtsanwalt

**LEXTON Rechtsanwälte**

Kurfürstendamm 220

10719 Berlin

T + 49 30 8866886-0

F + 49 30 8866886-60

winters@lexton.de

www.lexton.de

