

STÄDTE- UND GEMEINDEBUND SACHSEN-ANHALT



SGSA, Postfach 4009, 39015 Magdeburg

Per E-Mail an die

1. **kreisfreien Städte**
2. **hauptamtlich geführten Städte und Gemeinden**
3. **Verbandsgemeinden**
4. **Zweckverbände**

im Städte- und Gemeindebund Sachsen-Anhalt

Städte- und Gemeindebund
Sachsen-Anhalt (SGSA)
- Landesgeschäftsstelle -
Sternstraße 3, 39104 Magdeburg

Telefon: 0391 5924-300
Telefax: 0391 5924-444

E-Mail: post@sgsa.info
Internet: www.kommunales-sachsen-anhalt.de

IBAN: DE56 8105 3272 0036 0029 00
BIC/SWIFT: NOLADE21MDG

Auskunft erteilt: Frau Kagelmann
Durchwahl: 0391 5924-390

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

Datum

60-30-08 ka

09.11.2016

Öffentliches Auftragswesen; Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hatte Ende August 2016 den Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung veröffentlicht (Stand: 31.08.2016), s. [Anlage 1](#).

Nachfolgend stellen wir die wesentlichen Regelungsinhalte des Entwurfes einer „Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO)“ vor und berichten über den Sachstand des Rechtsetzungsverfahrens.

I. Allgemeines

1. Dieser Diskussionsentwurf ist nach Mitteilung des BMWi das Ergebnis erster Gespräche mit den Bundesministerien und den Ländern. Das BMWi hat auf dieser Grundlage die Öffentlichkeit und insbesondere die Verbände konsultiert, (s. Punkt II. zur Stellungnahme der Kommunalen Spitzenverbände auf Bundesebene).

Die Konsultation und die weitere Abstimmung von Bund und Ländern sollen zu einem finalen Entwurfstext führen, der nach Einschätzung des BMWi Anfang 2017 in Kraft gesetzt werden könnte.

Die UVgO-E soll die VOL/A Abschnitt 1 ersetzen. In insgesamt 52 Paragraphen sieht der Entwurf Regelungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsverträgen vor. Die Bestimmungen sind weitgehend durchgeschrieben, verweisen jedoch an vielen Stellen

auf eine entsprechende Geltung von Vorschriften des GWB und der VgV, so wird beispielsweise bei den Ausschlussgründen auf die entsprechende Anwendung der §§ 123 ff. GWB verwiesen. Andere Regelungen wiederholen Vorgaben des GWB und der VgV, so werden z.B. in § 4 „Wahrung der Vertraulichkeit“ des Entwurfes die Inhalte von § 6 VgV wiederholt, in § 43 „Zuschlag und Zuschlagskriterien“ des Entwurfes finden sich Regelungen aus § 127 GWB (z.B. Abs. 3) und § 59 VgV.

Der Aufbau der UVgO-E ist stark an den der VgV angelehnt. Auf einen Abschnitt 1 „Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation“ folgt ein Abschnitt 2 „Vergabeverfahren“, der den Schwerpunkt der UVgO-E bildet, jeweils mit mehreren Unterabschnitten. In einem Abschnitt 3 „Vergabe von Aufträgen für besondere Leistungen“ geht es um die Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen und von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen. In einem abschließenden Abschnitt 4 „Schlussbestimmungen“ findet sich eine Regelung für Vergaben durch Auslandsdienststellen sowie eine generell anzuwendende Vorschrift zur Fristenbestimmung und -berechnung.

2. Nachfolgend stellen wir die wichtigsten Vorschläge, insbesondere soweit sie von der bisherigen VOL/A abweichen, kurz dar:
 - 2.1 Folgt man der im GWB vorhandenen Differenzierung von Konzessionen und öffentlichen Aufträgen, ist die Vergabe von Konzessionen von der UVgO-E nicht geregelt. Weil nach dem Entwurf grundsätzlich alle Dienstleistungen erfasst werden, würde die UVgO-E auch für die in der früheren VOF angesprochenen Leistungen gelten (mit Sonderregelungen für die Wahl des Vergabeverfahrens). Der Geltungsbereich ist im Übrigen an das GWB angelehnt, die dort z.B. in den §§ 107 bis 109 GWB vorgesehenen Ausnahmen sollen auch für die UVgO-E angewendet werden.
 - 2.2 Nach § 7 Abs. 1 UVgO-E verwenden Auftraggeber und Unternehmen bei der Kommunikation grundsätzlich elektronische Mittel. Für die Form und Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten sieht § 38 UVgO-E eine zeitliche Staffelung vor; bis zum 31.12.2018 darf der Auftraggeber elektronische Angebote und Anträge ausschließen. Vom 01.01.2019 bis 31.12.2020 dürfen Unternehmen stets auch elektronische Angebote und Teilnahmeanträge abgeben, ab dem 01.01.2021 sind ausschließlich elektronische Teilnahmeanträge und Angebote vorgesehen. Ausnahmen sind in § 38 Abs. 4 UVgO-E vorgesehen.
 - 2.3 Bei den Verfahrensarten wird als neuer Begriff in § 8 Abs. 1 UVgO-E die „Verhandlungsvergabe mit und ohne Teilnahmewettbewerb“ eingeführt, der bisher verwendete Begriff der „freihändigen Vergabe“ wird nicht mehr verwendet. Nach § 8 Abs. 2 UVgO-E haben die Auftraggeber die freie Wahl zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb. 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 unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UVgO-E. Die Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe ist auch für Verträge über Leistungen vorgesehen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden.

Bei der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb sieht § 11 Abs. 2 UVgO-E vor, dass der Auftraggeber mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes

auch Eignungsnachweise fordern kann; der Auftraggeber bindet sich also hinsichtlich der Eignungsfeststellung in solchen Fällen noch nicht.

- 2.4 § 13 UVgO-E greift auf die Grundsätze der Fristbemessung nach § 20 VgV zurück, ohne allerdings Vorgaben für Mindestfristen zu machen.
- 2.5 Um Nebenangebote zulassen und werten zu können, soll der Auftraggeber nach § 25 Abs. 2 UVgO-E Mindestanforderungen aufstellen. Wie im Oberschwellenbereich ist die Wertung von Nebenangeboten auch dann zulässig, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind.
- 2.6 Auftragsbekanntmachungen sind nach § 28 Abs. 1 Satz 1 UVgO-E auf Internetportalen oder Internetseiten des Auftraggebers zu veröffentlichen. Lediglich zusätzlich werden die Veröffentlichung in anderen Medien und eine mögliche Ermittlung über die Internetseite www.bund.de verlangt.

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 Art der Bereitstellung sind nach § 29 Abs. 2 des Entwurfes zulässig, diese Regelung entspricht § 41 Abs. 2 Satz 1 VgV.

- 2.7 Bei der Eignung übernimmt die UVgO-E die Systematik des GWB, dass bestimmte Sachverhalte der Unzuverlässigkeit als Ausschlussgrund zu berücksichtigen sind. Inhaltlich wird intensiv auf das GWB verwiesen. § 34 UVgO-E mit Regelungen zur Eignungsleihe entspricht inhaltlich weitgehend § 47 VgV, auch die Möglichkeit der Haftung des Nachunternehmers ist in § 34 Abs. 3 UVgO-E vorgesehen.

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 verlangen.

- 2.8 Bei den Zuschlagskriterien übernimmt der Entwurf in § 43 UVgO-E die Regelungen des Oberschwellenbereiches, einschließlich der Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals zu werten und der geforderten Verbindung mit dem Auftragsgegenstand (inhaltsgleich mit § 127 Abs. 3 GWB).
- 2.9 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 Änderung von bis zu 20% des ursprünglichen Auftragswertes ohne ein neues Vergabeverfahren zugelassen.

II. Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Entwurf der UVgO

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände hat mit Datum vom 20.10.2016 zum überarbeiteten Entwurf der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) Stellung genommen. Die Stellungnahme haben wir zu Ihrer Information beigelegt, s. [Anlage 2](#).

Im Rahmen der vom BMWi durchgeführten vorgenannten Anhörung zum UVgO-Entwurf (Stand: 31.08.2016) hat die Bundesvereinigung unterstrichen, dass sinnvolle Regelungen aus dem Oberschwellenvergaberecht, die ein Mehr an Gestaltungsspielraum und Flexibilität sowohl für Auftraggeber und Unternehmen bringen, auch auf das Unterschwellenvergaberecht übertragen werden sollten. Demgegenüber dürfen einschränkende, die Gestaltungsspielräume von Auftraggebern und Unternehmen einengende und den administrativen Aufwand erhöhende Regeln aus dem Oberschwellenvergaberecht nicht übertragen werden.

Die kommunalen Spitzenverbände kritisieren insbesondere, dass erstmalig eine Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts auch bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen in das Regelwerk zum Unterschwellenvergaberecht aufgenommen werden soll. Ebenso wenig akzeptabel ist die Ausdehnung auf privatisierte kommunale Einrichtungen, die durch einen pauschalen Verweis in § 1 Abs. 4 UVgO-E auf die Bestimmungen des 4. Teils des GWB – und damit durch die Übernahme auch des Begriffs des Öffentlichen Auftraggebers aus § 99 GWB – droht.

III. Positionspapier die kommunalen Spitzenverbände sowie die Organisationen der Freien Berufe

Die kommunalen Spitzenverbände haben darüber hinaus gemeinsam mit der Bundesarchitektenkammer (BAK) sowie weiteren Organisationen der Freien Berufe ein Positionspapier zur Frage der Einbeziehung freiberuflicher Leistungen in die Unterschwellenvergabeordnung erarbeitet und an das Bundeswirtschaftsministerium weitergeleitet, s. [Anlage 3](#).

In diesem Positionspapier begrüßen die kommunalen Spitzenverbände sowie die Organisationen der Freien Berufe im Grundsatz die Bestrebungen der Bundesregierung, die Regelungen im Unterschwellenbereich im Zusammenwirken mit den Ländern zu vereinheitlichen. Eine Unterschwellenvergabeordnung sollte sich jedoch auf das Notwendige beschränken und keine neuen Regelungen einführen, für die bislang kein Regelungsbedarf gegeben war.

Die Verbände lehnen insbesondere eine Einbeziehung freiberuflicher Leistungen in die neue UVgO ab. Eine flächendeckende Regelung zur Vergabe freiberuflicher Leistungen im Unterschwellenbereich gab es bislang nicht. Eine solche Regelung war und ist wegen der Besonderheiten der freiberuflichen Leistungen, insbesondere der bei diesen Leistungen notwendigen engen und vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer auch nicht geboten. Mit dem Haushaltsrecht ist eine ausreichende Regelung gegeben, die Wettbewerb und zugleich ein hohes Maß an Flexibilität sichert. Dies hat sich nach Auffassung der beteiligten Verbände bewährt.

IV. Weiteres Verfahren

Im Nachgang der Verbändeanhörung hat das BMWi Ende Oktober d.J. einen überarbeiteten (noch nicht veröffentlichten) Entwurf der Unterschwellenvergabeordnung erstellt.

Zu diesem neuen Entwurf (Stand: 31.10.2016) soll Mitte November eine Bund-Länder-Besprechung stattfinden. **Nach wie vor ist geplant, das Regelungswerk zu Beginn des Jahres 2017 in Kraft zu setzen.** Insoweit ist aber darauf hinzuweisen, dass für die Städte und Gemeinden die jeweiligen Regelungen der einzelnen Länder maßgeblich sind. Denn ebenso wie bei der bisherigen VOL/A, 1. Abschnitt, handelt es sich bei der UVgO, die ja die VOL/A, 1. Abschnitt, ablösen wird, als Unterschwellenrecht um Haushaltsrecht der Länder.

Inhaltlich ist bei dem jetzt vom BMWi vorgelegten neuen Diskussionsentwurf, dass dieser nur einen Teil der von unseren Bundesverbänden in der gemeinsamen Stellungnahme erwähnten Kritikpunkte aufgegriffen und beseitigt hat.

Andere Kritikpunkte blieben leider bestehen. Zu nennen sind insbesondere:

- Streichung des bisherigen § 1 Abs. 4 UVgO. Nach dieser Norm, die hinsichtlich der Begriffsbestimmungen auf den 4. Teil des GWB und die Vergabeverordnung verwiesen hatte, wäre auch der weite funktionale Auftraggeberbegriff des § 99 GWB für das Unterschwellenrecht anwendbar. Dies hätte zur Folge gehabt, dass auch privatisierte kommunale Unternehmen (Eigengesellschaften etc.) im Unterschwellenbereich dem Vergaberecht unterliegen. Daher ist zu begrüßen, dass diese Norm nunmehr gestrichen werden soll.
- Nach § 50 der Neufassung sollen u. a. freiberufliche Leistungen (nach wie vor) im Wettbewerb vergeben werden. Damit würden zwar erstmalig freiberufliche Leistungen dem Vergaberecht unterworfen, wogegen sich die kommunalen Spitzenverbände weiter wenden. Allerdings orientiert sich die neue Norm in S. 2 inhaltlich weitestgehend an den haushaltsrechtlichen Vorgaben, auch wenn – leider – in S. 3 wieder der Verweis auf die Regelungen zum Vergabeverfahren erfolgt.
- Die in § 52 UVgO vorgesehene Durchführung von Planungswettbewerben ist zu kritisieren. Dies gilt insbesondere deswegen, weil durch den Verweis auf Abschnitt 6 Unterabschnitt 2 der Vergabeverordnung auch eine Dokumentationspflicht (s. § 78 Abs. 2 VgV) für die Kommunen erzeugt wird. Diese führt nur zu mehr Bürokratie und Aufwand und ist daher abzulehnen.
- Bei der Einführung der elektronischen Angebotsabgabe in § 38 Abs. 3 UVgO ist das BMWi bisher der Forderung der kommunalen Spitzenverbände nach wahlweiser Einführung, wie im 1. Abschnitt der VOB/A, nicht gefolgt und hat im Gegenteil den Zeitpunkt für die Abgabe der Angebote etc. in elektronischer Textform vom 01. Januar 2021 auf den 01. Januar 2020 vorverlegt.

* * *

Das Rechtsetzungsverfahren im Unterschwellenvergaberecht ist noch nicht abgeschlossen. Die endgültigen Fassungen von UVgO und VOB/A Abschnitt 1 sind in Erarbeitung. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die formalen und materiellen Unterschiede der Regelwerke danach bestehen bleiben.

Über die weiteren Entwicklungen werden wir aktuell informieren.

Mit freundlichen Grüßen



Heiko Liebenehm
Erster Beigeordneter

Anlagen