

Herbstserie 2017 – Teil 1 – Aktuelles Vergaberecht - UVgO

Schätzungen zufolge hat der öffentliche Einkauf einen Anteil von mehr als zehn Prozent am Bruttoinlandsprodukt. Zugleich bildet die öffentliche Beschaffung einen Lebensnerv der öffentlichen Verwaltung in Bund, Ländern, Gemeinden und öffentlichen Unternehmen.

Für einen zahlenmäßig geringeren Teil der durchgeführten Beschaffungsvorhaben sind die vergaberechtlichen Vorschriften maßgebend, welche aufgrund von EU-Vorgaben seit 2016 neu im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Vergabeverordnung implementiert wurden. Der Großteil der Vergaben der öffentlichen Hand fällt aufgrund des Auftragswertes unter das nationale Vergaberecht.

Für nationale Vergaben im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Bundesanzeiger ein neues Regelwerk veröffentlicht – die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO).

Wir geben Ihnen nachfolgend einen Überblick darüber, welche Neuerungen die UVgO mit sich bringt und welche Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage die Anwender zu beachten haben.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

Kommunale Unternehmen in Recht, Steuern und Beratung ***Teil 1: Aktuelles Vergaberecht-UVgO***

Einführung der UVgO

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Vergaberecht ist einem stetem Wandlungsprozess unterworfen. Das 2014 reformierte europäische Vergaberecht wurde mittlerweile durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, das im April 2016 in Kraft getreten ist, umgesetzt. Dabei wurde das deutsche Vergaberecht im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte grundlegend neu gefasst. Nunmehr hat der deutsche Verordnungsgeber auch eine Reformierung des vergaberechtlichen Unterschwellenbereichs im Hinblick auf die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen auf nationaler Ebene auf den Weg gebracht. Nachfolgend möchten wir Ihnen einen kurzen Überblick über die Neuregelungen in diesem Bereich geben.

Das deutsche Vergaberecht ist einer grundsätzlichen Zweiteilung unterworfen. Unterhalb eines Schwellenwertes von

5.225.000,00 EUR für Bauleistungen,

418.000,00 EUR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich Trinkwasser, Energie, Verkehr sowie Verteidigung und Sicherheit,

135.000,00 EUR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei obersten und oberen Bundesbehörden,

209.000,00 EUR für sonstige Liefer- und Dienstleistungsaufträge,

findet nationales Vergaberecht Anwendung. Oberhalb dieser Schwellenwerte gilt das europäische Vergaberecht, welches aufgrund von EU-Richtlinien in Deutschland vor allem im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und in der Vergabeverordnung (VgV) implementiert wurde. Im Unterschwellenbereich galt, auch nach Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2016, je nach Art des Beschaffungsgegenstandes, die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) bzw. die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A).

Während die VOB/A für den Bereich der Bauleistungen weiterhin bestehen bleibt, hat der deutsche Gesetzgeber für Liefer- und Dienstleistungen eine Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) erarbeitet und bereits am 7. Februar 2017 im Bundesanzeiger bekanntgemacht. Durch die Bekanntmachung der UVgO trat diese jedoch noch nicht in Kraft. Vielmehr müssen hierfür die einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder auf das neue Regelwerk Bezug nehmen (sog.

„Einführungserlasse“). Möglicher Einführungstermin für die UVgO auf Bundesebene ist der September 2017, einige Bundesländer haben die Einführung der UVgO zum 1. Januar 2018 vorgesehen (z.B. Bayern und Baden-Württemberg). Hamburg hat bereits am 20. Mai 2017 einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes veröffentlicht, das unter anderem die Einführung der UVgO in Hamburg vorsieht. Eine zeitlich einheitliche Einführung der UVgO in den einzelnen Ländern erscheint jedoch unwahrscheinlich.

Erklärtes Ziel der Entwicklung dieses Regelwerkes war es, die flexiblen Regelungsansätze im neuen Oberschwellenvergaberecht auch bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf nationaler Ebene einzuführen. Hierbei sollten jedoch die vereinfachten Regelungsmechanismen der VOL/A erhalten bleiben. Durch die Einführung der UVgO wird es auch zu einer strukturellen Angleichung von Ober- und Unterschwellenvergaberecht kommen, was eine einfachere Handhabbarkeit der Regelungen für öffentliche Auftraggeber und Bieter mit sich bringen soll.

Persönlicher Anwendungsbereich der UVgO

Anders als im Oberschwellenbereich adressiert die UVgO durchgängig den „Auftraggeber“ und nicht den „öffentlichen Auftraggeber“. Dies folgt daraus, dass die UVgO selbst nicht festlegt, auf wen dieses Regelwerk Anwendung finden soll. Der personale Anwendungsbereich der UVgO muss vielmehr durch den Bund und die Länder gesondert festgelegt werden. Auf Bundesebene umfasst der persönliche Anwendungsbereich des Unterschwellenvergaberechts grundsätzlich nur den Staat und seine Einrichtungen. Ferner können jedoch auch private Empfänger von Zuwendungen durch Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid verpflichtet werden, Unterschwellenvergaberecht anzuwenden. In den Ländern besteht eine unterschiedliche Handhabung hinsichtlich der Verpflichtung zur Anwendung des Unterschwellenvergaberechts. Einige Länder haben in ihren Landesvergabegesetzen geregelt, dass das Unterschwellenvergaberecht von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anzuwenden ist und haben damit einen Gleichlauf zum Oberschwellenvergaberecht hergestellt. Andere Länder wiederum haben einen eigenen persönlichen Anwendungsbereich des Unterschwellenvergaberechts entwickelt und zählen enumerativ die zur Beachtung des Vergaberechts verpflichteten Stellen einzeln auf.

Sachlicher Anwendungsbereich der UVgO

Gemäß § 1 Abs. 1 UVgO findet diese bei der Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und Rahmenvereinbarungen Anwendung, deren geschätzter Auftragswert unterhalb des oben genannten Schwellenwertes liegt.

§ 1 Abs. 2 UVgO überträgt die Ausnahmetatbestände der §§ 107 bis 109, 116, 117 und 145 GWB. Somit werden die Ausnahmen von der Verpflich-

Was ändert sich durch die UVgO?

tung zur Anwendung des Vergaberechts bei bestimmten öffentlichen Aufträgen, wie etwa bei Arbeitsverträgen, Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, Rechtsdienstleistungen betreffend die Vertretung von Mandanten in Gerichtsverfahren sowie bei bestimmten verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen aus dem Oberschwellenbereich auf den Unterschwellenbereich übertragen. Gleiches gilt für die Inhouse-Vergabe und die öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit

Aufhebung des Vorrangs der Öffentlichen Ausschreibung vor der Beschränkten Ausschreibung

Eine zentrale Neuerung in der UVgO im Vergleich zur VOL/A ist die Aufhebung des Vorrangs der Öffentlichen Ausschreibung vor der Beschränkten Ausschreibung. Gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 UVgO stehen dem Auftraggeber die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung. § 3 Abs. 2 VOL/A sah bisher vor, dass die Vergabe von Aufträgen in Öffentlicher Ausschreibung erfolgen soll. Die Wahl der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb war nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 VOL/A möglich. Der Grund für den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung in der VOL/A liegt in der bisherigen Fassung des § 55 der Bundeshaushaltsordnung (BHO), wonach dem „*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*“. Der Gleichlauf zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung wurde ermöglicht durch eine Änderung des § 55 BHO. Danach muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Öffentliche Ausschreibung *oder* eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen.

Der Gleichlauf zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung bewirkt auch eine Angleichung an die Regelungen zur Oberschwellenvergabe (vgl. § 14 VgV), was im Sinne einer Vereinheitlichung des Vergaberechts unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte begrüßenswert ist.

Anders als in der VgV stehen dem Auftraggeber in der UVgO jedoch nicht das Verhandlungsverfahren, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft zur Verfügung. Dem Auftraggeber ist es nach der UVgO lediglich möglich, bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen, die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb bzw. die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb zu wählen. Die Verhandlungsvergabe ersetzt die „Freihändige Vergabe“ in der VOL/A. Eine Umbenennung wurde vorgenommen um zu signalisieren, dass es sich hierbei in der Regel um ein wettbewerbliches Verfahren handelt, in dem über die Angebotsinhalte verhandelt werden darf.

Wie auch in der VOL/A steht dem Auftraggeber in der UVgO die Möglichkeit eines Direktkaufs ohne wettbewerbliches Verfahren zu. Die Höchstgrenze für solche Direktvergaben wurde von 500,00 EUR auf 1.000,00 EUR angehoben.

Einführung der eVergabe

Ein weiterer Schritt zur Angleichung von Unter- und Oberschwellenbereich ist die schrittweise Einführung der elektronischen Beschaffung (eVergabe) in der UVgO. Unter eVergabe wird die Durchführung der Vergabe öffentlicher Aufträge mit elektronischen Mitteln verstanden. Ziel der eVergabe ist es, die wesentlichen Schritte einer Beschaffung von der Auftragsbekanntmachung über die Einreichung der Angebote bis zum Zuschlag elektronisch zu unterstützen. Auftraggeber müssen demnach öffentliche Aufträge im Internet bekannt machen, die Vergabeunterlagen kostenfrei und direkt abrufbar zur Verfügung stellen sowie unter Verwendung elektronischer Mittel mit den Bietern kommunizieren. Hierdurch sollen Vergabeverfahren vereinfacht sowie die Effizienz und Transparenz der Verfahren gesteigert werden.

Für den Oberschwellenbereich wurde die Pflicht zur eVergabe mit dem Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes am 18. April 2016 eingeführt. Gemäß § 97 Abs. 5 GWB sind Auftraggeber und Unternehmen verpflichtet, für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich elektronische Mittel zu verwenden. Öffentliche Auftraggeber, die keine zentralen Beschaffungsstellen sind, sind jedoch in einem Übergangszeitraum bis zum 18. Oktober 2018 nicht zur umfassenden Verwendung elektronischer Mittel verpflichtet. Im Unterschwellenbereich regelt bisher § 5 VOL/A die fakultative Einrichtung eines elektronischen Verfahrens durch den Auftraggeber. Die UVgO sieht nunmehr die schrittweise Einführung einer zwingenden eVergabe im Unterschwellenbereich vor. Ab 1. Januar 2020 muss der Auftraggeber gemäß § 38 Abs. 3 UVgO vorgeben, dass Unternehmen Teilnahmeanträge und Angebote in Textform ausschließlich mithilfe elektronischer Mittel übermitteln. Der öffentliche Auftraggeber wird demnach spätestens zu diesem Zeitpunkt sämtliche elektronischen Mittel zur Durchführung der eVergabe vorhalten und verwenden müssen. In einem Übergangszeitraum vom 1. Januar 2019 bis zum 1. Januar 2020 muss der Auftraggeber gemäß § 38 Abs. 2 UVgO in jedem Fall elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge und Angebote akzeptieren, auch wenn die Übermittlung auf dem Postweg, durch Telefax oder einen anderen geeigneten Weg vorgegeben wurde.

Dokumentation des Vergabeverfahrens

Anders als in der VgV für den Oberschwellenbereich, wird in der UVgO vom Auftraggeber in § 6 UVgO kein förmlicher Vergabevermerk gefor-

dert, sondern, wie bereits in § 20 VOL/A, lediglich die Dokumentation des Vergabeverfahrens. Aus Vereinfachungsgründen wurde auf eine Auflistung der konkret zu dokumentierenden Inhalte verzichtet. Gemäß den Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) sollten in der Dokumentation die folgenden Daten enthalten sein:

- die Gründe für die Anwendung der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und der Verhandlungsvergabe,
- die Gründe für den Verzicht auf die Vergabe von Teil- und Fachlosen,
- die Gründe, warum der Gegenstand des Auftrags die Vorlage von Eignungsnachweisen erfordert und ggf. warum in diesen Fällen Nachweise verlangt werden müssen, die über die Eigenerklärungen hinausgehen,
- die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
- die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Ablehnung,
- der Name des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes,
- ggf. die Gründe, aus denen der Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags oder einer Rahmenvereinbarung verzichtet hat.

Fristsetzung

Auch bei der Festlegung von Fristen für den Eingang von Teilnahmeanträgen und Angeboten bleibt die UVgO bei weniger strengen Regeln als die VgV. Die VgV legt für jede Verfahrensart gesondert fest, wie viele Tage die Angebotsfrist bzw. Teilnahmefrist mindestens betragen muss. Aus § 13 Abs. 1 S. 2 UVgO ergibt sich lediglich, dass der Auftraggeber angemessene Fristen festzulegen hat. § 13 Abs. 1 S. 2 UVgO enthält ermessenslenkende Vorgaben für die Festlegung der Frist. So hat der Auftraggeber bei der Festlegung unter anderem die Komplexität der Leistung, die beizubringenden Erklärungen und Nachweise und die Zeit für die Ausarbeitung der Teilnahmeanträge und Angebote zu beachten. Diese Regelung ermöglicht es dem Auftraggeber kleinere Beschaffungsvorhaben flexibler und zügiger zu gestalten.

Rahmenvereinbarung

Wie bereits die VOL/A und die VgV für den Oberschwellenbereich sieht auch die UVgO in § 15 die Möglichkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung vor. Die Regelung zur Rahmenvereinbarung orientiert sich inhaltlich an der VgV jedoch wurden die Festlegungen zur Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmen und für die Vergabe von Einzel-

aufträgen nicht übernommen. Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung kann nach der UVgO sechs Jahre betragen, nach der VgV sind nur vier Jahre als Laufzeit zulässig. Im Sinne einer Harmonisierung der Regelungsbereiche wäre die Wahl einer einheitlichen Frist überzeugender gewesen.

Zusammenfassung

Die UVgO bringt zahlreiche Neuerungen für den Bereich der nationalen Vergaben im Unterschwellenbereich.

Der Ordnungsgeber ist bemüht, die strukturellen Unterschiede zwischen dem Vergaberecht unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte anzugleichen. Das bewirkt eine Entlastung von Auftraggebern und Bietern, die oftmals mit den sehr unterschiedlichen vergaberechtlichen Regelungen überfordert sind. Zu begrüßen ist hierbei, dass bisher bestehende einfachere Regeln für den Unterschwellenbereich, wie etwa der Verzicht auf einen förmlichen Vergabevermerk, auch in der UVgO erhalten bleiben.

Die Einführung der eVergabe soll die Hürden der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verringern. Elektronisch abrufbare Vergabeunterlagen und einheitliche Kommunikationswege mit dem Auftraggeber werden nicht nur Kosten sparen sondern auch den Wettbewerb stärken und die Transparenz von Vergabeverfahren vergrößern. Ungeachtet dessen stellt die obligatorische eVergabe insbesondere Auftraggeber vor neue organisatorische und technische Herausforderungen.

Nunmehr ist auf ein rasches Inkrafttreten sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene zu hoffen. Die Länder sind jedoch im Rahmen ihrer Kompetenz dahingehend frei, ob und wenn ja in welchem Umfang sie die UVgO umsetzen. Es besteht daher das Risiko, dass eine einheitliche, vollständige Umsetzung in den Ländern nicht erfolgen wird. Die negative Konsequenz hieraus wäre, dass sowohl Auftraggeber als auch Unternehmen sich innerhalb Deutschlands weiterhin mit unterschiedlichen Regelungen beschäftigen und auskennen werden müssen. Der Rechtssicherheit im Vergaberecht wäre ein solcher föderaler Flickenteppich nicht zuträglich.

Bei Fragen zu diesem Thema steht Ihnen der u. g. Ansprechpartner gerne zur Verfügung.

Dr. Friedrich Ludwig Hausmann

Leiter der Praxisgruppe Vergaberecht

Im nächsten Teil unserer Herbstserie befassen wir uns mit Aktuellem zum Thema „Querverbund“

Ihre Ansprechpartner in den Regionen

Ansprechpartner Region Nord
Niederlassung Hamburg und Kiel

Jan Philipp Otter

Rechtsanwalt

Tel.: 040 6378-2357

jan.philipp.otter@de.pwc.com

Dr. Erik Ohde

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 040 6378-1316

erik.ohde@de.pwc.com

Ansprechpartner Region West-Nord
Niederlassung Bielefeld, Bremen,
Hannover und Osnabrück

Arnulf Starck

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 0511 5357-5735

arnulf.starck@de.pwc.com

Ansprechpartner Region West
Niederlassung Düsseldorf, Essen und Köln

Eike Christian Westermann

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 0211 981-1741

eike.christian.westermann@de.pwc.com

Matthias Beier

Steuerberater

Tel.: 0211 981-2473

matthias.beier@de.pwc.com

Ansprechpartner Region Mitte
Niederlassung Frankfurt, Kassel und Mainz

Dr. Michael Bierle

Rechtsanwalt · Steuerberater

Tel.: 069 9585-3856

michael.bierle@de.pwc.com

Harald Maas

Rechtsanwalt

Tel.: 069 9585-5396

harald.maas@de.pwc.com

Antje Probst

Steuerberaterin

Tel.: 069 9585-5025

antje.probst@de.pwc.com



Ihre Ansprechpartner in den Regionen

Ansprechpartner Region Süd
Niederlassung Mannheim und Saarbrücken

Matthias Fischer

Rechtsanwalt · Steuerberater
Tel.: 0621 40069-113
matthias.fischer@de.pwc.com

Markus Morsch

Rechtsanwalt · Steuerberater
Tel.: 0681 9814-110
markus.morsch@de.pwc.com

Ansprechpartner Region Süd
Niederlassung Stuttgart

Thomas Bettenburg

Wirtschaftsprüfer · Steuerberater
Tel.: 0711 25034-3564
thomas.bettenburg@de.pwc.com

Dr. Michael Klett

Rechtsanwalt · Steuerberater
Tel.: 0711 25034-4260
michael.j.klett@de.pwc.com

Ansprechpartner Region Süd
Niederlassung München und Nürnberg

Karl-Hubert Eckerle

Steuerberater
Tel.: 089 5790-6756
karl-hubert.eckerle@de.pwc.com

Ansprechpartner Region Ost
Niederlassung Berlin, Erfurt, Leipzig
und Schwerin

Steffen Döring

Rechtsanwalt · Steuerberater
Tel.: 030 2636-3909
steffen.doering@de.pwc.com

Rainer Schindler

Steuerberater
Tel.: 0341 9856-162
rainer.schindler@de.pwc.com

