

Stellungnahme der Bundesingenieurkammer

zum Entwurf für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO)

Stand: 31.06.2016

Das BMWi hat am 31.08.2016 den Diskussionsentwurf einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) veröffentlicht, welche ab 2017 den derzeit geltenden 1. Abschnitt der VOL/A ersetzen soll. Darin sollen die wesentlichen Regelungsansätze des seit 18.04.2016 geltenden Oberschwellenvergaberechts nun auch bei der Vergabe unterhalb der EU-Schwellenwerte zur Anwendung kommen.

Das Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte ist für die überwiegend mittelständisch organisierten Ingenieurbüros in Deutschland besonders relevant, da hier der weit überwiegende Teil der Aufträge generiert wird. Grundsätzlich ist zwar einerseits eine Regelung der Unterschwellenvergabe aus Gründen der Transparenz und Klarheit zu begrüßen, andererseits sieht die Bundesingenieurkammer die erhebliche Gefahr einer Überreglementierung gerade der Vergabe freiberuflicher Leistungen, welche ggf. überhaupt keiner Ausschreibungspflicht unterliegen. Insoweit wird auf die Regelungen in den Landeshaushaltsgesetzen verwiesen, wonach der Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung nicht gilt, wenn „die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen“.

Die Bundesingenieurkammer sieht den als Mustertext angedachten Regelungsansatz, mit dem nun wesentliche Teile des Oberschwellenvergaberechts, die in den Bereich der Unterschwellenvergabe übernommen werden sollen daher grundsätzlich kritisch. Denn durch die aus dem Oberschwellenbereich übernommenen Regelungen entstehen Ingenieurbüros - und nicht zuletzt auch den vergebenden öffentlichen Auftraggebern - ein erheblicher Mehraufwand und eine Einschränkung der bisherigen Vergabemöglichkeiten.

Der Versuch, im Wege eines Mustertextes eine Regel für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte bundesweit akzeptabel zu machen kann nur gelingen, wenn eine möglichst schlanke und allgemein konsensfähige und einfache Struktur geschaffen wird. Ansonsten besteht die Gefahr einer Vielzahl von länderspezifischen haushaltsrechtlichen Sonder- und Ausnahmeregelungen, die den bundesweit tätigen Ingenieurbüros die Teilnahme an Vergabeverfahren mit unterschiedlichen Anforderungen und Bedingungen zusätzlich erschwert. Die Übernahme der aus dem Oberschwellenbereich gewünschten Instrumente wie z.B. die Nutzung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung und die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation und Angebotsabgabe hätten stattdessen auch durch eine Ergänzung der bestehenden VOL/A und der Beibehaltung der bestehenden Systematik erfolgen können.

Freiberufliche Leistungen

Bei geschätzten Auftragswerten unterhalb des EU-Schwellenwerts werden freiberufliche Leistungen bislang nach den Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen vergeben.

Für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen gelten dabei in der Regel keine Wertgrenzen. Die Wertgrenzen basieren auf § 3 Absatz 4 b), bzw. Absatz 5 i) VOL/A und freiberufliche Leistungen sind gemäß § 1, Anstrich 2, VOL/A von diesen Regelungen der VOL (Abschnitt 1) ausgenommen. Unterhalb der EU-Schwellenwerte reicht es deshalb in der Regel aus, formlos drei Angebote einzuholen. Nach den Haushaltsordnungen der Länder erfolgt hierbei grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung, es sei denn, dass die so genannte "Natur des Geschäfts" eine Ausnahme rechtfertigt.

Freiberufliche Leistungen - insbesondere Architekten- und Ingenieurleistungen - sind in der Regel kreative, geistig-schöpferische Leistungen, die vom Auftraggeber nicht so eindeutig und erschöpfend beschreiben werden können, dass vergleichbare Angebote erwartet werden können (vergleiche hierzu auch § 3 Absatz 5 h) VOL/A). Dies macht es erforderlich, über den Inhalt der Angebote zu verhandeln. Aus diesem Grund war die Vergabe freiberuflicher Leistungen bisher vom Anwendungsbereich der VOL/A ausgeschlossen. Bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte gilt es insoweit lediglich das Diskriminierungsverbot, die Ausschlusskriterien, den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie die fachliche Eignung entsprechend dem Regelungsbereich der Oberschwellenvergabe zu berücksichtigen. Daneben haben für den Bund auch die Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau) gesonderte Grundsätze für die Vergabe freiberuflicher Ingenieur- und Planungsleistungen beschrieben.

Der Entwurf bezieht demgegenüber ohne nähere Begründung oder konkreten Anlass die Vergabe freiberuflicher Leistungen in den vollumfänglichen Regelungsbereich der UVgO mit ein. Hierdurch werden sowohl Planer als auch öffentliche Auftraggeber in das enge vergaberechtliche Korsett der Oberschwellenvergabe gezwungen, ohne dass hierzu eine hinreichende Notwendigkeit besteht. Aufträge für freiberufliche Leistungen sollten vielmehr im Leistungswettbewerb an den Bewerber vergeben werden, der im Hinblick auf die gestellte Aufgabe am ehesten die Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserfüllung bietet.

- **Eine Einbeziehung der Vergabe freiberuflicher Leistungen in den Geltungsbereich einer Unterschwellenvergabeordnung ist daher abzulehnen.**

Verhandlungsvergabe mit und ohne Teilnahmewettbewerb (§ 12 UVgO-E)

Den Besonderheiten der Vergabe freiberuflicher Ingenieur- und Planungsleistungen würde auch § 12 UVgO-E nicht hinreichend Rechnung tragen. Zwar sieht die Sonderregelung des § 12 Abs. 3 UVgO-E ausnahmsweise die Aufforderung nur eines Unternehmens für diejenigen freiberuflichen Leistungen vor, die „nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarord-

nung“ abgerechnet werden. Nach diesem Wortlaut werden damit lediglich Grundleistungen nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) erfasst. Für besondere Leistungen außerhalb des verbindlichen Anwendungsbereiches der HOAI fände diese Vergabemöglichkeit hingegen keine Anwendung. Auch insoweit würde es sich bei der UVgO-E gegenüber den bisherigen Vergabemöglichkeiten um eine Einschränkung der Vergabe freiberuflicher Leistungen handeln.

Sollte entgegen unserem Vorschlag, freiberufliche Leistungen nicht in den Anwendungsbereich einzubeziehen nicht gefolgt werden, sollte in § 12 Abs. 3 Satz 1 auch auf § 88 Abs. 4 Nr. 4 UVgO-E verwiesen werden, um sicher zu stellen, dass für freiberufliche Leistungen generell die Verhandlungsvergabe Anwendung findet.

Direktauftrag (§ 14 UVgO-E)

Auch durch die vorgesehene Erteilung eines Direktauftrages nach § 14 UVgO-E, der auf einen voraussichtlichen Auftragswert von 1.000 Euro ohne Umsatzsteuer beschränkt ist, ergibt sich eine wesentliche Einschränkung für die Vergabe freiberuflicher Leistungen.

Stattdessen wäre denkbar, den Betrag für die Direktvergabe von freiberuflichen Leistungen auf 25.000 Euro anzuheben. Dieser Betrag würde mit der Summe korrespondieren, ab der über Vergaben zu informieren ist (§§ 30, 46 E-UVgO-E) und ab welcher der Auftraggeber elektronische Teilnahmeanträge vorgeben muss (§ 38 Abs. 4 Nr. 1 E-UVgO). Anders als bei Bau- und Lieferleistungen kommt es bei Ingenieurleistungen in hohem Maße auf die individuelle Leistungsqualität an. Daher genügt es unter der Schwelle von 25.000 Euro, wenn der öffentliche Auftraggeber das Büro seines Vertrauens beauftragt. Einsparpotentiale sind insoweit schon wegen bestehender preisrechtlicher Grenzen der HOAI in diesem Segment minimal und haushalterisch vernachlässigbar.

Bei einer beabsichtigten Einbeziehung freiberuflicher Leistungen in den Anwendungsbereich der UVgO würden wir - den Besonderheiten der Vergabe freiberuflicher Leistungen Rechnung tragend - jedoch mindestens die Aufnahme folgender bisher geltender Formulierung vorschlagen:

- **„Bei freiberuflichen Leistungen gilt abweichend von Satz 1 ein Auftragswert von 25.000 Euro (jedoch mindestens 10.000 Euro) ohne Umsatzsteuer.“**

Ungewöhnlich niedrige Angebote (§ 44 UVgO-E)

Eine Regelung zur Aufklärung ungewöhnlich niedriger Angebote und deren Ausschluss im Falle einer nicht zufriedenstellenden Aufklärung ist zu begrüßen. In der Praxis zeigt sich oft, dass lückenhafte oder unvollständige Angebote später zu Nachforderungen, Rechtsstreitigkeiten und höheren Kosten führen können. Zur Aufklärungspflicht des Auftraggebers gehört

es auch, bei offensichtlichem Unterschreiten der Mindestsätze von gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnungen Aufklärung über deren Einhaltung zu verlangen bzw. diese Angebote auszuschließen. Dies setzt voraus, dass der Auftraggeber die Parameter bekannt macht nach denen alle Bieter in der Lage sein müssen, die Mindestsätze zu ermitteln und vergleichbare Angebote einzureichen. Der Preis ist dann nur in dem Rahmen zu berücksichtigen, der durch die HOAI eröffnet wird.

Deshalb schlagen wir für den Fall einer beabsichtigten Regelung für freiberufliche Leistungen in der UVgO in § 44 Abs. 2 die Aufnahme einer Ziffer 6. vor:

6. die Einhaltung verbindlicher Gebühren- oder Honorarordnungen.“

Im Übrigen wären aus unserer Sicht folgende Verbesserungen des Entwurfs geboten:

- In § 1 Abs. 1 UVgO-E sind die Worte „Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und Rahmenvereinbarungen“ durch die Worte „**Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und Rahmenvereinbarungen öffentlicher Auftraggeber**“ zu ersetzen, um zu betonen, dass die Verfahrensordnung nur für Aufträge öffentlicher Auftraggeber gilt. Das wird durch den Verweis auf die Begriffsbestimmungen des Vierten Teils des GWB nach § 1 Abs. 4 UVgO-E nicht hinreichend deutlich.
- In § 5 Abs. 1 UVgO-E sind die Worte „an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt“ durch die Worte „**mit der Vorbereitung des Vergabeverfahrens oder dem Auftragsgegenstand befasst**“ zu ersetzen. Dadurch wird deutlich, dass auch diejenigen, welche bereits erste Planungsleistungen erbracht haben, als vorbefasst anzusehen sind.
- In § 33 UVgO-E ist zu regeln, dass als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für Planungsleistungen regelmäßig **eine Referenzliste genügt**.
- In § 35 Abs. 6 UVgO-E sind die Sätze 2 und 3 wie folgt abzuändern:
*„Ein den Anforderungen des Artikels 64 der Richtlinie 2014/24/EU entsprechendes amtliches Verzeichnis kann auch durch Industrie- und Handelskammern **sowie Architekten- und Ingenieurkammern** eingerichtet werden. Diese bedienen sich bei der Führung des amtlichen Verzeichnisses einer gemeinsamen verzeichnisführenden Stelle.“*

Bundesingenieurkammer
Berlin, 10. Oktober 2016