



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 35/2016

Oktober 2016

zum Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, Stand 31.08.2016)

Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael **Quaas**, Vorsitzender

Rechtsanwältin Dr. Tina **Bergmann**, Berichterstatterin

Rechtsanwalt Dr. Rudolf **Häusler**

Rechtsanwalt Dr. Jost **Hüttenbrink**

Rechtsanwalt Rainer **Kuhlenkampff**

Prof. Dr. Hans-Peter **Michler**

Rechtsanwältin Dr. Margarete **Mühl-Jäckel**, LL.M. (Harvard)

Rechtsanwältin Dr. Barbara **Stamm**

Rechtsanwältin Dr. Sigrid **Wienhues**

Rechtsanwältin Kristina **Trierweiler**, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Bundesverband der Freien Berufe
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Arbeitsgruppen Recht der Bundestagsfraktionen
Justizminister der Länder/Justizsenatoren der Länder
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Steuerberaterverband
Deutscher Richterbund
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Bundesverband der Deutschen Industrie
Fraktionen des Deutschen Bundestages
Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE
Rechtsanwaltskammern

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift
Beck aktuell
Expertenbriefing Jurion
Juris Nachrichten
Lexis Nexis Rechtsnews
Nachrichten JURIS
Neue Richtervereinigung
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Otto Schmidt Verlag
Redaktion Deubner Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt zu dem Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, Stand 31.08.2016) wie folgt Stellung:

1. Zielsetzung

Die Unterschwellenvergabeordnung soll den bisher im Unterschwellenbereich für Liefer- und Dienstleistungsaufträge geltenden 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) ersetzen. Die Unterschwellenvergabeordnung ist ebenso wie die VOL/A keine Rechtsverordnung, sondern nur eine „Verfahrensordnung“, die erst dadurch verbindlich wird, dass eine Verpflichtung zur Anwendung im Haushaltsrecht geregelt wird. Ziel der Unterschwellenvergabeordnung ist nach Angabe des BMWI, dass die flexiblen Regelungsansätze im neuen Oberschwellenvergaberecht auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte zur Anwendung kommen sollen. Gleichzeitig sollen aber auch die bisher schon deutlich einfacheren Regeln für den Unterschwellenbereich erhalten bleiben.

Ein Großteil der mit 52 Paragraphen umfangreichen Unterschwellenvergabeordnung wurde wörtlich aus dem 4. Teil des GWB und der Vergabeverordnung (VgV) übernommen, die für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich gelten und die europäischen Vergaberichtlinien umsetzen. Daneben wird in der Unterschwellenvergabeordnung auf zahlreiche Vorschriften des 4. Teils des GWB und der VgV verwiesen, die unmittelbar oder entsprechend anzuwenden sind oder deren Grundsätze zu beachten sind. Das im Unterschwellenbereich bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen zu beachtende Vergaberecht ergibt sich daher nicht nur aus der Unterschwellenvergabeordnung, sondern auch aus dem 4. Teil des GWB und der VgV. Dies ist weder für Auftraggeber, noch für Bieter anwenderfreundlich. Berücksichtigt man, dass nach § 14 UVgO ein Direktauftrag ohne Anwendung der UVgO nur bis zu einem voraussichtlichen Nettoauftragswert von 1.000,00 € zulässig ist, führt dies dazu, dass Auftragnehmer und Bieter selbst bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit einem sehr geringen Auftragsvolumen drei Regelwerke (UVgO, 4. Teil des GWB und VgV) zu beachten haben, während sie bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen oberhalb des Schwellenwertes, der derzeit bei 209.000,00 € liegt, mit dem 4. Teil des GWB und der VgV nur zwei Regelwerke beachten müssen.

Um die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte für den Rechtsanwender nicht unnötig zu verkomplizieren, sollte daher das im Unterschwellenbereich anwendbare Vergaberecht abschließend in der Unterschwellenvergabeordnung geregelt werden, ohne auf den 4. Teil des GWB und die VgV zu verweisen.

Zudem sollte berücksichtigt werden, dass bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der Schwellenwerte die Kosten, die sowohl Auftraggebern als auch Bietern bei der Durchführung bzw. Beteiligung an Vergabeverfahren entstehen, nicht zu den Auftragswerten der zu vergebenden Aufträge außer Verhältnis stehen dürfen. Diese Zielsetzung wird konterkariert, wenn – wie in der Unterschwellenvergabeordnung vorgesehen – weitgehend alle Regelungen des 4. Teils des GWB und der VgV und damit die detaillierten Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien (Richtlinie 2014/24/EU für die öffentliche Auftragsvergabe), die nur im Oberschwellenbereich gelten, auch für den Unterschwellenbereich übernommen werden. Dies hat zwar den Vorteil, dass ein weitgehender Gleichlauf des im Ober- und Unterschwellenbereich geltenden Vergaberechts besteht. Dieser Vorteil kompensiert jedoch nicht den zusätzlichen Aufwand und die damit verbundenen Kosten, die für Auftraggeber und Bieter bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte entstehen.

Die Unterschwellenvergabeordnung sollte daher so überarbeitet werden, dass für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich tatsächlich einfachere und flexiblere Regelungen gelten als im Oberschwellenbereich.

Sofern man dem nicht folgt und einen weitgehenden Gleichlauf im Ober und Unterschwellenbereich erreichen möchte, ist es jedenfalls nicht akzeptabel, neue Instrumente, die die Richtlinie 2014/24/EU vorsieht und auch in die Vergabeverordnung für den Oberschwellenbereich übernommen wurden, nicht in die Unterschwellenvergabeordnung zu übernehmen. Zu nennen ist insofern die in § 38 Abs. 4 und 5 VgV geregelte Möglichkeit, einem Teilnahmewettbewerb ein sogenanntes Interessensbekundungsverfahren voranzustellen, die sich in der Praxis im Oberschwellenbereich bewährt hat. Daher sollte das Interessensbekundungsverfahren auch in die Unterschwellenvergabeordnung übernommen werden.

2. Freiberufliche Leistungen

Bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte ist bisher nur das Haushaltsrecht zu beachten, d.h. insbesondere die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Nach § 1 S. 2 VOL/A sind freiberufliche Leistungen ausdrücklich vom Anwendungsbereich des für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen derzeit noch geltenden 1. Abschnitts der VOL/A ausgenommen. Der Anwendungsbereich der bis zum Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes geltenden Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) war nach § 1 Abs. 2 VOF auf den Oberschwellenbereich beschränkt.

Das europäische Vergaberecht ist bei der Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU, zu denen auch freiberufliche Leistungen zählen (z.B. bestimmte juristische Dienstleistungen und administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich) erst ab einem Nettoauftragswert von 750.000 € anwendbar, der deutlich höher ist als der allgemein für Liefer- und Dienstleistungsaufträge geltende Schwellenwert von 209.000 €. Dieser deutlich höhere Schwellenwert wurde ausweislich des 114. Erwägungsgrundes zur Richtlinie 2014/24/EU nicht nur aufgrund der geringen grenzüberschreitenden Bedeutung dieser Dienstleistungen, sondern auch aufgrund ihres besonderen Charakters festgelegt. Im 114. Erwägungsgrund wird hierzu ausgeführt:

„Diese Dienstleistungen werden in einem besonderen Kontext erbracht, der sich aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen in den einzelnen Mitgliedstaaten stark unterschiedlich darstellt. Für öffentliche Aufträge zur Erbringung dieser Dienstleistungen sollte daher eine spezifische Regelung festgelegt werden und ein höherer Schwellenwert gelten als der, der für andere Dienstleistungen gilt.“

Ausgehend hiervon ist kein Grund dafür ersichtlich, warum der Gesetzgeber diesen Spielraum nicht nutzt und stattdessen auch die Vergabe freiberuflicher Leistungen weitestgehend dem detaillierten Vergaberegime unterwerfen möchte, das für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich gilt. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil es sich bewährt hat, dass bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte (nur) die haushaltsrechtlichen Regelungen zu beachten sind, da damit Auftraggebern für die Vergabe freiberuflicher Leistungen ein flexibles und gut handhabbares Instrumentarium zur Verfügung steht.

Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass es sich bei freiberuflichen Leistungen in der Regel um Beratungsleistungen handelt, die ein Auftraggeber bereits in einem sehr frühen Stadium benötigt, um überhaupt entscheiden zu können, ob es sich lohnt, eine Projektidee weiter zu verfolgen und damit einen Beschaffungsvorgang überhaupt erst auszulösen. Als Beispiel ist eine größere städtebauliche Entwicklungsmaßnahme zu nennen, bei der bereits Beratungsbedarf in juristischer, städtebaulicher und wirtschaftlicher Hinsicht besteht, bevor aus dieser Idee entweder ein erstes Konzept entstehen kann, das dann dem zuständigen Gremium zur weiteren Prüfung und Diskussion vorgestellt werden kann, oder man zu dem Ergebnis kommt, dass die Idee nicht weiter verfolgt werden soll. Verpflichtet man öffentliche Auftraggeber bereits in diesem frühen Stadium, für die erforderlichen Beratungsleistungen ein Vergabeverfahren durchzuführen, dürfte dies zur Folge haben, dass viele Ideen aufgrund des bereits mit einer ersten Prüfung verbundenen Aufwandes zur Auswahl der erforderlichen Berater gar nicht weiterverfolgt werden. Zudem würde die Durchführung eines Vergabeverfahrens dazu führen, dass erste Ideen bereits öffentlich diskutiert werden, obwohl noch gar nicht feststeht, ob diese überhaupt weiterverfolgt werden sollen.

Zwar kann der Auftraggeber in diesem Fall zur Vergabe der erforderlichen Beratungsleistungen nach § 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchführen. Damit entfallen zwar die (öffentliche) Bekanntmachung und der Teilnahmewettbewerb, nicht jedoch der mit der Durchführung einer Verhandlungsvergabe, die einem Verhandlungsverfahren entspricht, verbundene Aufwand und Zeitbedarf.

Unabhängig davon ist nicht nachvollziehbar, warum es nach § 12 Abs. 3 UVgO nur bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen, die nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarrechnung abgerechnet werden, zulässig sein soll, im Falle einer Verhandlungsvergabe nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufzufordern. Zum einen ist unklar, was unter einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu verstehen ist. Die HOAI schließt beispielsweise einen Preiswettbewerb bei Grundleistungen im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze nicht aus (§ 7 Abs. 1 HOAI). Hinzu kommt, dass Grundleistungen in der Regel nicht isoliert, sondern zusammen mit besonderen Leistungen vergeben werden, für die die HOAI keinen Honorarrahmen vorgibt. Fällt die gemeinsame Vergabe von Grund- und besonderen Leistungen gleichwohl in den Anwendungsbereich des § 12 Abs. 3 UVgO? Dieselben Fragen stellen sich in Bezug auf die im RVG geregelten Rahmengebühren.

Es sollte daher dabei bleiben, dass für die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte wie bisher (nur) das Haushaltsrecht maßgebend ist und diese daher insgesamt vom Anwendungsbereich der Unterschwellenvergabeordnung ausgenommen werden.

3. Anwendungsbereich der UVgO

Den persönlichen Anwendungsbereich der Unterschwellenvergabeordnung, d.h. die Frage, welche Auftraggeber verpflichtet sind, die UVgO anzuwenden, kann nur der jeweilige Haushaltsgesetzgeber (Bund und Länder) regeln. § 1 Abs. 4 UVgO regelt, dass die Begriffsbestimmungen des 4. Teils des GWB auch für die Unterschwellenvergabeordnung maßgebend sind, soweit in dieser nichts Abweichendes bestimmt ist. Damit wird auch auf die §§ 98 bis 102 GWB verwiesen, die die Begriffe Auftraggeber, öffentlicher Auftraggeber, Sektorauftraggeber und Konzessionsgeber definieren, wobei Auftraggeber der Oberbegriff ist. In der Unterschwellenvergabeordnung wird überwiegend der Begriff „Auftraggeber“, vereinzelt auch der Begriff „öffentlicher Auftraggeber“ (§ 8 Abs. 4 UVgO) verwendet. Damit ist unklar, auf welche Auftraggeber die Unterschwellenvergabeordnung Anwendung finden soll. Da dies ohnehin nur der jeweilige Haushaltsgesetzgeber regeln kann, sollte in § 1 Abs. 4 UVgO der Verweis auf die Begriffsbestimmungen des 4. Teils des GWB dahingehend eingeschränkt werden, dass hiervon die §§ 98 bis 102 GWB ausgenommen werden.

4. Preisrecht

§ 2 Abs. 5 UVgO regelt, dass bei der Vergabe die Vorschriften über die Preise bei öffentlichen Aufträgen zu beachten sind. Dieser Absatz sollte entfallen, da die Verordnung PR Nr 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen ihren Anwendungsbereich selbst regelt und auch die VgV nicht auf das Preisrecht verweist.

5. Direktauftrag

Der in § 14 UVgO für Direktaufträge geregelte Schwellenwert von 1.000 € ist im Hinblick darauf, dass auch für Direktaufträge das Haushaltsrecht zu beachten ist und der Aufwand für die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht außer Verhältnis zum Auftragswert stehen darf, deutlich zu niedrig.

6. E-Vergabe

Die in § 7 UVgO und in § 38 UVgO geregelte schrittweise Verpflichtung zur E-Vergabe sieht zwar längere Übergangsfristen als die VgV vor. Gleichwohl sollte es ebenso wie bei der Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich (§ 11 Abs. 1 VOB/A) auch bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich ohne Befristung im Ermessen des Auftraggebers stehen, welche Arten der Informationsübermittlung er zulässt. Es ist nicht ersichtlich, warum Auftraggebern bei der Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich die Wahl gelassen wird, eine E-Vergabe durchzuführen und Auftraggeber bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich verpflichtet werden sollen, nach Ablauf der Übergangsfristen eine E-Vergabe durchzuführen.

§ 29 Abs. 1 UVgO regelt – ebenso wie § 41 Abs. 1 VgV –, dass der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse angeben muss, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Diese Verpflichtung hat sich bereits im Oberschwellenbereich als problematisch erwiesen, da die Vergabeunterlagen oft Knowhow des Auftraggebers enthalten, das dieser verständlicherweise nicht allgemein zugänglich zur Verfügung stellen möchte. Oberhalb der Schwellenwerte besteht die Möglichkeit, dies dadurch zu verhindern, dass dem Teilnahmewettbewerb ein sogenanntes Interessensbekundungsverfahren vorgeschaltet wird mit der Folge, dass die elektronische Adresse, unter der die Vergabeunterlagen abgerufen werden können, erst in der Aufforderung zur Interessensbestätigung und damit nur einem begrenzten, der Vergabestelle bekannten Kreis von Unternehmen bekannt gegeben werden muss (§ 38 Abs. 4 VgV, § 41 Abs. 1 VgV). Unterhalb der

Schwellenwerte besteht diese Möglichkeit jedoch nicht, da das Interessensbekundungsverfahren nicht in die Unterschwellenvergabeordnung übernommen wurde.

7. Nebenangebote

Nicht ersichtlich ist ferner, warum Auftraggeber nach § 35 Abs. 1 S. 1 VgV im Oberschwellenbereich vorschreiben können, dass Nebenangebote abzugeben sind, diese Möglichkeit jedoch in § 25 Abs. 1 UVgO nicht vorgesehen ist. Es ist zudem kein Grund dafür ersichtlich, warum die Regelung in § 35 Abs. 2, S. 2 VgV, wonach Zuschlagskriterien so festzulegen sind, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind, nicht in § 25 Abs. 2 UVgO übernommen wurde.

* * *