

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände
Hausvogteiplatz 1 · 10117 Berlin

20.10.2016

Herren
Dr. Thomas Solbach
Andreas Rüger
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Scharnhorststraße 34-37
10115 Berlin

Bearbeitet von

Barbara Meißner, DST
Telefon 0221/3771-276
Telefax: 0221/3771-7609
barbara.meissner@staedtetag.de

Dr. Markus Brohm, DLT
Telefon 0 30 590097-331
Telefax 0 30 590097-430
markus.brohm@landkreistag.de

per Email: thomas.solbach@bmwi.bund.de
andreas.rueger@bmwi.bund.de
buero-ib6@bmwi.bund.de

Norbert Portz, DStGB
Telefon 0228 9596-220
Telefax 0228 9596-222
norbert.portz@dstgb.de

Aktenzeichen:
III 608-00
III-810-10
74.08.63 E

Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach, sehr geehrter Herr Rüger,

unter Bezugnahme auf Ihr Schreiben vom 12. Oktober 2016 und die am 10. Oktober 2016 stattgefundene Verbändeanhörung übersenden wir Ihnen nachstehend unsere aktualisierte Stellungnahme zu dem mit Stand vom 31. August 2016 vorgelegten Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO-E).

I. Grundsätzliches

Oberschwellenvergaberecht und Unterschwellenvergaberecht unterscheiden sich beträchtlich: Das Oberschwellenvergaberecht beruht auf dem Prinzip des **Wettbewerbsschutzes** und dem **Rechtsschutz der Unternehmen** vor ordnungswidrigen Vergaben. Entsprechend bestimmt § 97 Abs. 6 GWB für das Oberschwellenrecht:

„Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.“

Demgegenüber ist das für die Kommunen als größte öffentliche Auftraggeber im **Haushaltsrecht** der Länder verankerte Unterschwellenrecht von den Prinzipien der **sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung und Beschaffung** geprägt. Aus diesem entscheidenden Unterschied folgt, dass sich ein „einseitiges Übertragen“ von Oberschwellenregeln auf den Unterschwellenvergabebereich und damit auf das Massengeschäft der über 90 % der kommunalen Vergaben verbietet. Daher sollten bei der Antwort auf die Frage nach der sachgerechten Ausgestaltung eines Unterschwellenvergaberechts folgende drei Leitlinien im Vordergrund stehen:

1. **Sinnvolle Regelungen aus dem Oberschwellenvergaberecht, die ein Mehr an Gestaltungsspielraum und Flexibilität sowohl für Auftraggeber und Unternehmen bringen, müssen auch auf das Unterschwellenvergaberecht übertragen werden.**
2. **Einschränkende, die Gestaltungsspielräume von Auftraggebern und Unternehmen einengende und ihren administrativen Aufwand erhöhende Regeln aus dem Oberschwellenvergaberecht dürfen nicht auf den Unterschwellenbereich übernommen werden.**
3. **Im Unterschwellenvergaberecht müssen im Vergleich zum Oberschwellenvergaberecht zusätzliche Erleichterungen und Flexibilisierungen vorgenommen werden. Ein „EU-vergaberechtliches Denken“ auch für das Unterschwellenrecht ist daher fehl am Platz.**

Hinzu kommt, dass ein Flickenteppich unterschiedlicher vergaberechtlicher Unterschwellenregelungen auf der Ebene der einzelnen Bundesländer sich nur dadurch vermeiden lässt, dass „bundesseitig“ ein **schlankes Regelwerk** mit möglichst viel **Gestaltungsspielraum für Auftraggeber und Unternehmen** vorgelegt wird. Dies bedingt insbesondere, dass **keine über das bisherige Recht hinausgehenden Erweiterungen** des Vergaberechts und der **bürokratischen Anforderungen** im Unterschwellenbereich vorgenommen werden.

Gerade auch diesem letzten Anspruch wird der gegenwärtige Entwurf der UVgO nicht gerecht. Hierzu gehören zwei gravierende und von den kommunalen Spitzenverbänden abgelehnte Ausdehnungsbeispiele des Vergaberechts (§ 1 UVgO-E) im Unterschwellenbereich:

- Nicht mitgetragen wird die erstmalig aufgenommene Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts auch bei der **Vergabe freiberuflicher Leistungen**.
- Ebenso wenig akzeptabel ist die Ausdehnung des Unterschwellenvergaberechts auf **privatisierte kommunale Einrichtungen** (Kommunale GmbH's etc.), die durch den pauschalen Verweis in § 1 Abs. 4 UVgO-E auf die Bestimmungen des Vierten Teils des GWB – und damit durch die Übernahme auch des Begriffs des **Öffentlichen Auftraggebers aus § 99 GWB** – droht.

Vor den genannten Hintergründen stellen wir kritisch und mit Bedauern fest, dass der Entwurf der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in weiten Teilen von einer 1:1-Übernahme von Regelungen aus dem Oberschwellenrecht ausgeht und das Vergaberecht dabei ohne Not „krakenartig“ auf Bereiche ausdehnt (freiberufliche Leistungen, drohende Erfassung privatisierter kommunaler Unternehmen etc.), in denen bisher sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für Unternehmen ein vergaberechtlicher Freiraum bestand. Folge ist, dass der Regelungsumfang im UVgO-E sich auf der Grundlage der Paragraphenanzahl im Vergleich zur bestehenden VOL/A, 1. Abschnitt mehr als verdoppelt. Hinzu kommen die häufigen (dynamischen) Verweisungen auf das GWB und die VgV, die die Anwendung des Regelwerks für die Praxis erheblich erschweren, insbesondere für diejenigen öffentlichen Auftraggeber und Unternehmen, deren Auftragswerte in der Regel zu gering sind, um in den Anwendungsbereich des GWB und der VgV zu gelangen.

Vor dem Hintergrund der Bemühungen um Entbürokratisierung und Deregulierung ist dies insgesamt nicht nachvollziehbar.

II. Im Einzelnen

Nach näherer Befassung unserer Mitglieder und der Gremien nehmen wir
– in einzelnen Punkten auch abweichend von unserer ersten Einschätzung von Mitte Juli 2016
– zu den einzelnen Vorschriften zusammengefasst wie folgt Stellung:

- **Zu § 1 Abs. 1 und 2 UVgO-E (Erstreckung des Vergaberechts auf freiberufliche Leistungen):**
Nach § 1 Abs. 1 und 2 findet das Vergaberecht auch auf freiberufliche Leistungen Anwendung. So sind in § 1 Abs. 2 die Ausnahmen vom Vergaberecht im Unterschwellenbereich bestimmt. Hierzu gehören die **Vergabe freiberuflicher Leistungen** und damit die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nicht (s. auch §§ 8 Abs. 4 Nr. 4, 12 Abs. 3 UVgO-E). Damit werden zum ersten Mal und ohne Not freiberufliche und kreative Leistungen, die bisher explizit vom Vergaberecht ausgenommen waren, dem Vergaberecht im Unterschwellenbereich unterworfen. Die kommunalen Spitzenverbände lehnen die damit verbundene **Erhöhung bürokratischer Anforderungen** und die **Einengung von Gestaltungsspielräumen** gerade auch mit Blick auf die für den Unterschwellenbereich besondere Zielsetzung einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung nachdrücklich ab. Eine Einbeziehung freiberuflicher Leistungen in das Unterschwellenvergaberecht birgt wegen eines Mehr an damit verbundener Formstrenge die Gefahr von zusätzlichen vergaberechtlichen Rechtsstreitigkeiten in sich. Diese sind und wären aber für schnelle Investitionen insbesondere bei der Vergabe von Planungsleistungen schädlich.

- **Zu § 1 Abs. 2 UVgO-E (Ausnahmen vom Vergaberecht):**
Wir begrüßen trotz unserer grundsätzlichen Kritik an der Übernahme von GWB-Begrifflichkeiten aus dem Oberschwellenbereich auf das Unterschwellenrecht eine generell-klarstellende Regelung, wonach in den Bereichen, in denen oberhalb der EU-Schwellenwerte das GWB-Kartellvergaberecht keine Anwendung findet, auch unterhalb der Schwellenwerte **kein Haushaltsvergaberecht** zu beachten ist.

Unseres Erachtens müsste § 1 Abs. 2 UVgO-E allerdings lauten: „... ungeachtet des *Nicht*-Erreichens der Schwellenwerte...“, da die Schwellenwerte zur Anwendung des Oberschwellenrechts ja gerade nicht erreicht werden und die Vorschriften daher nur entsprechend angewendet werden.

- **Zu § 1 Abs. 4 UVgO-E (Verweis auf die Begriffsbestimmungen der Oberschwellenvergaben):**
Der pauschale Verweis in § 1 Abs. 4 UVgO-E, insbesondere auf die in Teil 4 des GWB legal definierten Begriffe, und deren Übernahme für das Unterschwellenvergaberecht läuft u.E. – wie oben erwähnt – Gefahr, zu einer massiven Ausdehnung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich auf bisher nicht erfasste Bereiche zu führen. So würde insbesondere durch die Inbezugnahme des § 99 GWB der weite Begriff des **funktionalen „öffentlichen Auftraggebers“**, der im Oberschwellenvergaberecht auch privatisierte kommunale Einrichtungen (Kommunale Abfallentsorgungsgesellschaften, Wohnungsbau-gesellschaften in GmbH-Rechtsform etc.) erfasst, komplett dem Unterschwellenvergaberecht unterworfen.

Diese Ausdehnung ist weder geboten noch sachdienlich. Sie widerspräche den oben unter Punkt I.2 von uns formulierten Vorgaben. Kommunale Einrichtungen in Privatrechtsform

werden in der Regel auch deswegen gegründet, um mehr Flexibilitäten bei ihrem operativen Geschäft zu erlangen. Dementsprechend sind diese Einrichtungen im Bereich des Unterschwellenvergaberechts bisher grundsätzlich nicht der Ausschreibungspflicht unterworfen. Besonderheiten bestehen nur dann, wenn kommunal-privatisierte Einrichtungen öffentliche Zuwendungen bekommen und hierüber im Sinne einer Auflage vom Zuwendungsgeber die Anwendung des Vergaberechts vorgegeben wird.

Wir bitten Sie daher nachdrücklich, eine missverständliche 1:1-Ausdehnung der Begrifflichkeiten aus dem Oberschwellenvergaberecht auf das Unterschwellenvergaberecht durch Streichung von § 1 Abs. 4 UVgO-E entweder zu vermeiden oder aber zumindest in § 1 Abs. 4 UVgO-E klarzustellen, dass jedenfalls die Vorschriften zum persönlichen Anwendungsbereich (insbesondere §§ 98 bis 105 GWB) von der Inbezugnahme auf die Vorschriften des GWB ausdrücklich ausgenommen werden.

- **Zu § 7 UVgO-E (Elektronische Kommunikation) und § 38 UVgO-E (E-Vergabe):** Nach § 7 UVgO-E soll der Grundsatz der elektronischen Kommunikation künftig auch im Unterschwellenbereich gelten und nach Maßgabe von § 38 UVgO-E die elektronische Form und Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten in mehreren Stufen schrittweise verbindlich eingeführt und vorgegeben werden.

Dies wäre nur dann zu begrüßen, falls die öffentlichen Auftraggeber dadurch – ohne zusätzlichen Aufwand – die für den Oberschwellenbereich bereitzustellenden eVergabe-Infrastrukturen auch für den Unterschwellenbereich nutzen könnten. Tatsache ist aber, dass in weiten Teilen die Breitbandanbindung gerade in der Fläche noch verbesserungsbedürftig ist und weiter eine Berücksichtigung der **Interessen mittelständischer Unternehmen** geboten ist, die durch eine rein elektronische Kommunikation vom Vergabeverfahren faktisch ausgeschlossen werden könnten oder aber das Interesse an öffentlichen Ausschreibungen verlieren bzw. von diesen abgeschreckt werden.

Daher muss nach Auffassung der kommunalen Spitzenverbände – wie in der VOB/A unterhalb der EU-Schwellenwerte auch – statt einer verbindlichen Vorgabe ein **optionales Modell mit Wahlrecht** für den Auftraggeber in das Unterschwellenvergaberecht Eingang finden. Danach muss dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden, entweder entsprechende elektronische Kommunikationsvorgaben zu machen oder bei Bedarf von ihnen abzusehen. Insbesondere **auch im Interesse einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung** dürfen die öffentlichen Auftraggeber nicht generell und ausnahmslos gezwungen sein, das wirtschaftlich günstigste Angebot ablehnen zu müssen, nur weil es in Papierform abgegeben wurde.

Vorsorglich weisen wir zudem darauf hin, dass eine verpflichtende Vorgabe zur Durchführung elektronischer Vergabeverfahren in diversen Ländern konnexitätsrelevant sein dürfte.

- **Zu § 8 Abs. 1 UVgO-E (Harmonisierung der Begrifflichkeiten):** In § 8 UVgO-E wird – mit Ausnahme der Neueinführung des Begriffs Verhandlungsvergabe – an den tradierten VOL/A-Begrifflichkeiten (öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung) im Unterschwellenbereich festgehalten. Sinnvoller wäre u.E. hinsichtlich der Verfahrensarten eine **Vereinheitlichung bei den Begrifflichkeiten**. Daher sollte geprüft werden, die Begriffe aus §§ 119 GWB, 14 VgV zu übernehmen, also einheitlich vom offenen bzw. nicht offenen Verfahren sowie vom Verhandlungsverfahren zu sprechen. Hierfür spricht auch, dass die nachfolgenden §§ 9 ff. UVgO-E (mit Ausnah-

me der Fristen) mit §§ 15 ff. VgV identisch sind, es also materiell-rechtlich keinen Unterschied gibt. Insbesondere wegen der ohnehin umbenannten „freihändigen Vergabe“ in einen vollkommen neuen und für uns nicht unbedingt einleuchtenden Begriff der „Verhandlungsvergabe“ ist daher in diesem Punkt kein Grund erkennbar, warum es in der UVgO-E hinsichtlich der Verfahrensarten anderer Begrifflichkeiten bedarf als im GWB und der VgV.

Wir plädieren außerdem dafür, aus dem Oberschwelleninstrumentenkasten auch die Verfahrensarten des „Wettbewerblichen Dialogs“ (s. § 18 VgV) und der „Innovationspartnerschaft“ (§ 19 VgV) zu übernehmen. Auch wenn das Verfahren der „Verhandlungsvergabe“ in § 12 UVgO-E sehr weit und flexibler als das Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich ausgestaltet ist, droht dies – nicht zuletzt aufgrund der begrifflichen Nähe beider Bezeichnungen und in Ermangelung einer erläuternden Verordnungsbegründung zu den einzelnen Bestimmungen – vom Rechtsanwender nicht ohne Weiteres erkannt und nachvollzogen zu werden. Die Gestaltungsspielräume würden u.E. durch eine eigenständige Regelung des Wettbewerblichen Dialogs besser verdeutlicht. Zudem hat der Wettbewerbliche Dialog in der Phase der Auftragsbekanntmachung mit der dort nur erforderlichen Beschreibung der „**Bedürfnisse und Anforderungen**“ durch den Auftraggeber u.E. auch andere und geringere Anforderungen als dies die Regelungen zur Verhandlungsvergabe suggerieren könnten. Diese Spielräume eines erweiterten „Instrumentenkastens“ sollten unbedingt eröffnet werden. Dies gilt für den Wettbewerblichen Dialog, für den es nicht zuletzt bei IT-(sicherheits-)technischen Lösungen im Bereich eGovernment einen relevanten Anwendungsbereich gibt, ebenso wie für die Innovationspartnerschaft, wenngleich uns bewusst ist, dass Letztere im Unterschwellenbereich wegen der geringen Auftragsvolumina noch geringere Bedeutung haben wird als im Oberschwellenbereich.

- **Zu § 8 Abs. 2 UVgO-E (Wahl der Vergabearten):**

In § 8 Abs. 2 S. 1 UVgO-E ist lediglich – in Umsetzung der EU-rechtlichen Vorgaben – für die öffentlichen Auftraggeber die freie Wahl zwischen dem offenen Verfahren (öffentliche Ausschreibung) und dem nicht offenen Verfahren (beschränkte Ausschreibung) nach Teilnahmewettbewerb eröffnet worden. Diese reine 1:1-Umsetzung der EU-rechtlichen Vorgaben erscheint uns im Hinblick auf das Ziel, im Unterschwellenbereich ein **Mehr an Gestaltungsspielräumen und Flexibilisierung** zu schaffen, zu wenig. Insofern ist zu bedenken, dass sowohl im Bereich der Konzessionsvergabe auch bei Vergaben durch Sektorenauftraggeber den dortigen Auftraggebern die **freie Wahl der Vergabearten**, jeweils mit **Teilnahmewettbewerb**, und damit ein Mehr an Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund ist erst recht im Unterschwellenbereich die Eröffnung der Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, zwischen allen Vergabearten, jeweils nach vorherigem Teilnahmewettbewerb, frei wählen zu können, sinnvoll. Insoweit besteht auch kein Gegensatz zu den nach den haushaltsrechtlichen Grundsätzen bestehenden Vorgaben des „Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung“. Denn durch den zwingend vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb ist gewährleistet, dass sich stets eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen i. S. einer „öffentlichen Ausschreibung“ um die Teilnahme an Aufträgen bewerben kann.

- **Zu § 8 Abs. 4 UVgO-E:**

In § 8 Abs. 4 UVgO-E ist noch vom „öffentlichen“ Auftraggeber die Rede. Das Wort „öffentliche“ ist entsprechend noch zu streichen.

- **Zu § 15 UVgO-E (Rahmenvereinbarung)**

Hinsichtlich der Regelung zur Rahmenvereinbarung besteht Unklarheit über den Regelungszweck. Fraglich ist, was unter einer Rahmenvereinbarung i.S.d. § 15 Abs. 3 UVgO-E verstanden werden kann. Soll es sich dabei um solche im europarechtlichen Sinn handeln? Danach wären Vereinbarungen gemeint, mit denen zwar die Modalitäten der Auftragsdurchführung festgelegt werden, der öffentliche Auftraggeber aber nicht gehindert ist, die Leistung anderweitig zu vergeben. Der Einzelabruf wäre dann ein echter Auftrag. Diese Auslegung legt der Wortlaut nahe.

In den Kommunen werden aber häufig Rahmenvereinbarungen geschlossen, bei denen der beauftragte Bieter (zunächst bis zur Höhe des geschätzten Auftragswertes), ein Recht auf Leistungserbringung hat, also der Einzelabruf kein neuer Auftrag, sondern nur Vollzug des bestehenden Rahmenauftrags darstellt.

- **Zu § 22 Abs. 2 UVgO-E (Losvergabe):**

Die Vorschrift entspricht 1:1 den Vorgaben im Oberschwellenbereich (§ 30 Abs. 2 VgV) und enthält in Satz 2 die Vorgabe, dass der Auftraggeber

„die objektiven und nicht-diskriminierenden Kriterien in den Vergabeunterlagen“ angibt, die er *„bei der Vergabe von Losen anzuwenden beabsichtigt, wenn die Anwendung der Zuschlagskriterien dazu führen würde, dass ein einzelner Bieter den Zuschlag für eine größere Zahl von Losen als die Höchstzahl enthält.“*

Wir plädieren für eine ersatzlose Streichung von Satz 2, da im Unterschwellenbereich derart weitgehende Transparenzanforderungen und ein damit einhergehender Verwaltungsaufwand nicht angezeigt erscheinen. Zudem sollte der Aspekt des Koordinierungsaufwands als Gesichtspunkt für eine gerechtfertigte Gesamtvergabe ausdrücklich erwähnt werden, wie er selbst im Oberschwellenbereich durch Erwägungsgrund 78 der Auftragsvergaberichtlinie RL 2014/24/EU anerkannt wird.

- **Zu § 25 UVgO-E (Nebenangebote):**

Absatz 2 Satz 1 der Vorschrift sieht vor, dass für Nebenangebote *„Mindestanforderungen“* festzusetzen sind. Dies geht über die heutigen Vorgaben im Unterschwellenbereich hinaus. Es widerspricht insbesondere der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Mai 2016, wonach im Unterschwellenbereich eine Festlegung von Mindestanforderungen bei Nebenangeboten nicht erforderlich ist. Wir plädieren daher nachdrücklich für eine Streichung dieser die Zulassung von Nebenangeboten einengenden Vorgabe.

- **Zu § 26 Abs. 1 UVgO-E (Unteraufträge):**

Wir plädieren dafür, dass die Pflicht zur Benennung von Unterauftragnehmern nicht von der „Zumutbarkeit“, sondern von der „**Möglichkeit**“ abhängig gemacht wird. In Abs. 1 sollte der Einschub „falls zumutbar“ daher durch „**falls möglich**“ ersetzt werden.

- **Zu § 26 Abs. 6 UVgO-E (Selbstaussführung):**

Ausdrücklich begrüßt wird, dass öffentliche Auftraggeber nach der genannten Vorschrift ein „**Selbstaussführungsgebot**“ vorsehen können.

Zudem möchten wir darauf hinweisen, dass in § 26 Abs. 1 Satz 3 UVgO-E die Verweise auf § 34 Abs. 2 (statt § 33 Abs. 2) sowie § 35 (statt § 34) UVgO-E lauten müssen.

- **Zu § 29 UVgO-E (Bereitstellung der Vergabeunterlagen):**

In Abs. 1 muss unseres Erachtens noch eine Ergänzung dahingehend vorgenommen werden, dass der Auftraggeber in der Bekanntmachung „*oder der Aufforderung zum Teilnahmewettbewerb*“ eine elektronische Adresse angibt. Das Gleiche gilt für § 29 Abs. 3 UVgO-E.

Nach § 29 Abs. 4 UVgO-E sind die **Vergabeunterlagen** und die Informationen über den Teilnahmewettbewerb **unentgeltlich zu übersenden**. § 8 Abs. 2 VOL/A gibt dem öffentlichen Auftraggeber bislang demgegenüber einen Aufwendungsersatzanspruch für anfallende Kopien. Solange der elektronische Versand nicht die ausschließliche Art darstellt, muss dieser Anspruch erhalten bleiben. Zudem würde durch die Verpflichtung zu einer unentgeltlichen Übersendung für die Unternehmen **kein Anreiz zur Nutzung der elektronischen Kommunikationswege** gesetzt und die Verwaltung mit zusätzlichen Kosten belastet.

- **Zu § 30 UVgO-E (Vergabebekanntmachung):**

Bezüglich der Verpflichtung zur Bekanntmachung durchgeführter Vergaben plädieren wir in § 30 Abs. 1 UVgO-E für einen höheren Auftragschwellenwert von wenigstens 50 000 €.

- **Zu § 31 UVgO-E (Ausschluss von Unternehmen):**

§ 31 UVgO-E sieht einen Ausschluss von Bewerbern und Bietern nur nach Maßgabe der §§ 123 bis 125 GWB vor. Diese Ausschlussgründe setzen allerdings, insbesondere mit der „früheren Schlechtleistung eines Unternehmens und den hiernach vom Auftraggeber zu ziehenden Rechtsfolgen (Vorzeitige Beendigung, Schadensersatz etc.“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB hohe Hürden voraus. Unterhalb dieser hohen Schwelle ist die Berücksichtigung der „**(Un-)Zuverlässigkeit**“ eines Unternehmens als Eignungskriterium künftig daher, anders als bisher, nicht mehr zulässig. Aspekte etwa der Termintreue oder einer nachgewiesenen und mangelhaften früheren Auftragsausführung etc. könnten damit selbst bei geringeren Auftragswerten im Unterschwellenbereich nicht mehr berücksichtigt werden. Für den Unterschwellenbereich plädieren wir daher nachdrücklich dafür, das **Kriterium der Zuverlässigkeit als Eignungskriterium** wie im bestehenden § 6 Abs. 5 Buchst. c VOL/A (*Ausschluss von Unternehmen, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellt*) beizubehalten.

- **Zu § 41 Abs. 2 Satz 2 UVgO-E:**

Auch in § 41 Abs. 2 Satz 2 UVgO-E wird fälschlicherweise noch der Begriff des „öffentlichen“ Auftraggebers verwandt.

- **Zu § 42 Abs. 1 UVgO-E (Zwingender Ausschluss):**

Die in § 42 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 UVgO-E aufgeführten zwingenden Ausschlussgründe sind rein in Anknüpfung an die bisherigen VOL/A-Regeln (§ 16 Abs. 3 VOL/A, 1. Abschnitt) übernommen worden. Derartig weite Ausschlussgründe finden sich weder in den Vorgaben der EU-Richtlinien, noch sind sie national-rechtlich bedingt. Sie haben zur Folge, dass Angebote aus **rein formalen Gründen** ausgeschlossen werden müssen.

Dies gilt insbesondere für § 42 Abs. 1 Nr. 3 UVgO-E. Danach **müssen** Angebote von Bietern, in denen dessen Änderungen an seinen Eintragungen „**nicht zweifelsfrei sind**“, **zwingend ausgeschlossen** werden. Diese Vorgabe, die für den öffentlichen Auftraggeber keinen Ermessensspielraum beinhaltet, kann in der Praxis dazu führen, dass das mit Abstand (Bsp.: Bestangebot mit 50.000 Euro Abstand zum Zweitangebot) wirtschaftlichste

Angebot ausgeschlossen werden muss, obwohl durch eine „**einfache Aufklärung**“ bestehende Zweifel an den Änderungseintragungen des Bestbieters beseitigt werden und das Bestangebot danach in der Wertung verbleiben könnte.

Wir plädieren daher dafür, diesen zwingenden Angebotsausschlussgrund gänzlich zu streichen. Stattdessen ist in derartigen Fällen eines Zweifels an Änderungen von Bietern die Aufklärung des Angebots der richtige Weg. Hierdurch würde zudem gewährleistet, dass dem das Vergaberecht im Unterschwellenbereich tragenden Prinzip der **wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung** Rechnung getragen würde.

- **Zu § 46 UVgO-E (Unterrichtung der Bewerber und Bieter):**

In Abs. 1 S. 1 wird erstmalig eine automatische Unterrichtungspflicht des Auftraggebers gegenüber jedem Bewerber und jedem Bieter normiert. Dies würde einen unverhältnismäßigen Aufwand für die Auftraggeber bedeuten und widerspricht der gegenwärtigen Fassung des § 19 Abs. 1 VOL/A, wonach die Auftraggeber grundsätzlich nur nach „*Eingang eines entsprechenden Antrags*“ die nicht berücksichtigten Bieter informieren. Wir bitten daher darum, zur Vermeidung bürokratischer Aufwände und Kosten am Antragsforderndnis auch weiter festzuhalten.

- **Zu § 49 Abs. 1 UVgO-E (Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistung):**

In dieser Norm wird ohne Not und sogar über das EU-Recht hinaus (Art. 76 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe) den öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über **soziale und andere besondere Dienstleistungen im Unterschwellenbereich** die Vorgabe zur Anwendung einer der in der **Verordnung benannten Vergabearten** gemacht. Demgegenüber schreibt das EU-Vergaberecht in Art. 76 Abs. 1 keine Vergabeart vor, sondern ermöglicht es den Mitgliedstaaten, Aufträge in den genannten Bereichen rein nach den Grundsätzen der **Transparenz und der Gleichbehandlung** der Wirtschaftsteilnehmer zu vergeben. Wir bitten Sie daher, diese erweiterte Möglichkeit den öffentlichen Auftraggebern zumindest im Unterschwellenbereich für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen frei zu geben und von einer Nomenklatur festgeschriebener Vergabearten abzusehen.

Sollte an der bestehenden Formulierung von § 49 Abs. 1 UVgO-E festgehalten werden, bitten wir zumindest **klarzustellen**, dass die in § 49 Abs. 1 UVgO-E genannten Vergabearten nicht als abschließende Aufzählung zulässiger Vergabearten zu verstehen sind, sondern die **§§ 8 Abs. 3 und 4 UVgO-E daneben unberührt** bleiben und in diesen Fällen von einem Teilnahmewettbewerb abgesehen werden kann..

IV. Fazit

Trotz positiver Ansätze atmet der gegenwärtige Entwurf der UVgO noch viel zu sehr den „Geist“ und die Vorgaben des wettbewerblich orientierten Oberschwellenvergaberechts. Zusätzlich vorhandene Spielräume werden im Unterschwellenbereich nicht ausreichend ausgeschöpft. Vielmehr wird im Gegenteil eine Ausdehnung des Vergaberechts auf bisher nicht erfasste Bereiche (freiberufliche Leistungen, Ausdehnung des Begriffs des Auftraggebers) vorgenommen.

Der Entwurf der UVgO übernimmt viele bürokratische und detaillierte Regelungen aus dem europarechtlich geprägten Oberschwellenrecht, die dort dem Wettbewerbs- und Gleichbe-

handlungsgrundsatz dienen.. Die Praxis zeigt allerdings, dass dies für den haushaltsrechtlich geprägten Unterschwellenbereich nicht sachgerecht sein kann. Die praktische Durchführung sowie die verwertbaren Ergebnisse stehen hier im Zweifel für öffentliche Auftraggeber und Unternehmen in keinem angemessenen Verhältnis von Aufwand und Nutzen Gerade auf dem Gebiet der alltäglichen Beschaffungen und des Massengeschäftes der Unterschwellenvergaben in den Kommunen müssen vielmehr die Aspekte der Vermeidung zusätzlicher bürokratischer Anforderungen und der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung im Vordergrund stehen.

Wir bitten Sie daher, den Entwurf vor dem Hintergrund unserer Anregungen nochmals einer grundsätzlichen Überarbeitung zu unterziehen. Diese Überarbeitung sollte auch dem Ziel dienen, ein bundesweit akzeptiertes Unterschwellenvergaberecht zu schaffen und einen Flickenteppich auf der Ebene der einzelnen Bundesländer durch die Schaffung einer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen zu vermeiden.

Einem überarbeiteten Entwurf sehen wir gerne entgegen.

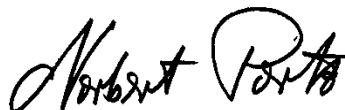
Mit freundlichen Grüßen



Detlef Raphael
Beigeordneter
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge
Beigeordneter
des Deutschen Landkreistages



Norbert Portz
Beigeordneter des
Deutschen Städte- und Gemeindebundes