

# Vergaberecht

März 2017

## Reform der Regeln für Unterschwelvenvergaben

Am 7. Februar 2017 hat das Bundeswirtschaftsministerium die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Bundesanzeiger veröffentlicht. Sie ersetzt den für nationale Ausschreibungen von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen geltenden Abschnitt 1 der VOL/A.

### Erweiterung der Vorschriften

Ins Auge sticht zunächst die deutlich erhöhte Regelungsdichte. An die Stelle der lediglich 20 Paragraphen in Abschnitt 1 der VOL/A treten nunmehr 54 Vorschriften. Inhaltlich gleicht die UVgO dabei den nationalen Beschaffungsrahmen in weiten Teilen an das GWB Vergaberecht für EU-weite Ausschreibungen an.

Übernommen sind die GWB-Ausnahmen vom Vergaberecht einschließlich der Vergabefreiheit von Inhouse-Vergaben (§ 1 Abs. 2 UVgO). Eine bisher nicht unerhebliche Unsicherheit bei der Vergabe von Aufträgen, die in diesen Bereich fallen, wurde damit beseitigt. Ausdrücklich geregelt sind nunmehr auch der Umgang mit Interessenskonflikten auf Auftraggeberseite (§ 4 UVgO), mit vorbefassten Unternehmen (Projektanten, § 5 UVgO) und die Rechtsfigur der Eignungsleihe (§ 34 UVgO). Ferner gibt es jetzt Sonderregelungen über die Vergabe von sozialen und sonstigen besonderen Dienstleistungen (§ 49 UVgO), die bis EUR 750.000 in diesen Bereich fallen. Und auch die Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Bereich Verteidigung und Sicherheit (§ 51 UVgO) sowie die Vergabe von freiberuflichen Leistungen (einschließlich Planungswettbewerben, §§ 50, 52 UVgO) werden erstmals ausdrücklich für unterschwellige Aufträge normiert. Bei den freiberuflichen Leistungen ist dies klarer als der bislang pauschale Verweis auf die haushaltsrechtlichen Grundsätze in § 1 VOL/A. Diese Leistungen sind zukünftig „grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben“, freilich mit der Einschränkung, „wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist“. Praktisch dürfte dies darauf hinauslaufen, dass freiberufliche Leistungen auch in Zukunft weitgehend grundsätzlich freihändig (jetzt: per Verhandlungsvergabe) vergeben werden können, wobei im einen oder anderen Fall aus Gründen der Transparenz (§ 2 Abs. 1 UVgO) ein Teilnahme-wettbewerb geboten sein dürfte.

### Verfahrensarten

Apropos „freihändige Vergabe“: Diese in der Vergangenheit oft missverständliche Bezeichnung der Möglichkeit des Auftraggebers, in bestimmten Konstellationen die Konditionen des Auftrags zu verhandeln, ändert die UVgO nunmehr in „Verhandlungsvergabe“ (§ 12 UVgO). Ansonsten bleibt es bei den bewährten Bezeichnungen der „Öffentlichen Ausschreibung“ und der „Beschränkten Ausschreibung“. Nach Aussage des BMWi sollen damit die eingeführten Begrifflichkeiten bewahrt und zugleich die Trennung vom Oberschwellenvergaberecht verdeutlicht werden. Übernommen wurde aus § 14 VgV der Gleichrang von Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 2 UVgO). Auch im Unterschwellenbereich kann der öffentliche Auftraggeber jetzt

frei zwischen diesen beiden Verfahrensarten wählen. Direktvergaben sind nach § 14 UVgO zukünftig bis EUR 1.000 zulässig.

### E-Vergabe

Wie bei der Neufassung der VgV gehört auch hier die flächendeckende Einführung der elektronischen Vergabe zu den zentralen Punkten der Reform. Grundlage ist § 7 Abs. 1 UVgO, der zur Verwendung von elektronischen Mitteln bei unterschwelligen Liefer- und Dienstleistungsvergaben verpflichtet. Elektronische Teilnahmeanträge und Angebote muss der Auftraggeber nach § 38 UVgO ab dem 1. Januar 2019 akzeptieren und ab dem 1. Januar 2020 zwingend fordern. Praktisch bedeutet diese Verpflichtung, dass die Auftraggeber bereits zum Jahresende 2018 über eine elektronische Vergabelösung verfügen müssen. Denn der zeitliche Spielraum, den die UVgO gewährt, gilt allein für die Bieter. Sie müssen erst ab 2020 elektronische Angebote und Teilnahmeanträge einreichen.

Für Teilnahmeanträge und Angebote reicht dann auch hier grundsätzlich die Textform aus; eine elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz, die § 13 Abs. 1 VOL/A für elektronische Angebote im Unterschwellenbereich verlangte, kommt dann nur noch in den Ausnahmefällen des § 38 Abs. 6 UVgO in Betracht.

### Rechtsschutz

Eine Ausdehnung des Bieterrechtsschutzes vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten wird mit der neuen UVgO nicht vorgenommen. Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich bleibt somit weiterhin auf die Bundesländer beschränkt, die ihn über ihre Landesvergabegesetze eingeführt haben. Dies sind Sachsen-Anhalt und Thüringen.

### Fazit

Wie die Vergabepaxis mit diesen neuen Regelungen zurecht kommen wird, muss sich zeigen. Die jetzt mit der UVgO erfolgte ausführliche Regelung mag zwar dazu beitragen, die Rechtssicherheit auch im Unterschwellenbereich zu erhöhen. Andererseits steigen aber mit der Komplexität der Vorschriften der Zeitaufwand sowie die fachlichen Anforderungen an die Vergabestellen. Hinzu kommt, dass die erfolgte weitgehende Anpassung an die Vorschriften für EU-weite Liefer- und Dienstleistungsvergaben die Vergabestellen zwingt, die Rechtsprechung zu diesen Vorschriften zu verfolgen, um Fehler bei der Anwendung der UVgO zu vermeiden.

Wer jetzt bereits den Bleistift spitzt und mit der UVgO ausschreiben möchte, muss sich allerdings noch etwas gedulden. Denn bei der UVgO handelt es sich weder um ein Gesetz noch um eine Verordnung, sondern lediglich um eine Verfahrensordnung, die erst nach der Inkraftsetzung durch den Bund und die Länder bedarf. Dies geschieht – wie bisher bei VOL/A und VOB/A – durch Verwaltungsvorschrift (Einführungserlass) zur jeweiligen Haushaltsordnung (BHO/LHO), in einigen Ländern auch durch die Ersetzung der Bezugnahmen auf die VOL/A im Landesvergabegesetz durch Verweis auf die UVgO.

Klärungsbedürftig bleibt noch, ob der in § 55 BHO/LHO festgelegte Vorrang der öffentlichen Ausschreibung an den in der UVgO nunmehr übernommenen Gleichrang der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb angeglichen werden muss. Während einige Bundesländer hierfür kein Erfordernis sehen, geht der Bund auf „Nummer sicher“ und wird die Bundeshaushaltsordnung sowie das Haushaltsgrundsätzegesetz anpassen. Dies wurde gerade mit dem Gesetzentwurf 18/11131 vom 13. Februar 2017 initiiert. Dieser betrifft zwar in erster Linie die Neuordnung der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern, nimmt die vergaberechtlichen Anpassungen aber „huckepack“. Bis zur jeweiligen Inkraftsetzung der UVgO bleibt es folglich noch beim ersten Abschnitt der VOL/A für die Vergabe unterschiedlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge.

## Service

Wer an weiteren Einzelheiten zur neuen UVgO interessiert ist, kann über uns gerne den Regelungstext sowie die vom BMWi hierzu erstellten Erläuterungen beziehen. Zudem führen wir am 2. März 2017 in unserem Frankfurter Büro und im Verlauf des Frühjahres auch in Berlin und München Mandantenveranstaltungen zum neuen Unterschwellenvergaberecht durch, in denen es vornehmlich auch um die UVgO gehen wird. Informationen hierzu sowie Anmeldungen nehmen Sie bitte über die Kontaktdaten am Ende des Newsletters vor.



Stephan Rechten,  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin  
E-Mail: Stephan.Rechten@bblaw.com

## EuGH: Wann sind Unterschwellenaufträge EU-weit auszuschreiben?

Der EuGH hatte sich im Urteil vom 6. Oktober 2016 - Rs. C-318/15 - zum wiederholten Male mit den Voraussetzungen für die Anwendung der unionsrechtlichen Grundsätze bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte zu befassen. Wenngleich das Ersuchen des vorlegenden italienischen Gerichts auf Vorabentscheidung als unzulässig zurückgewiesen wurde, gibt der Gerichtshof in seiner Entscheidung wichtige Hinweise für die Praxis, unter welchen Voraussetzungen öffentliche Auftraggeber die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz zu beachten haben.

### Grenzüberschreitendes Interesse am Auftrag

Nach dem Urteil sind diese Grundsätze anzuwenden, wenn an dem Auftrag ein eindeutig grenzüberschreitendes Interesse besteht. Ob dies vorliegt, ist dabei nicht abstrakt zu bestimmen, sondern bemisst sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Es reicht nicht aus, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse nur hypothetisch möglich ist, d. h. nicht ausgeschlossen werden kann. Das Interesse muss sich

vielmehr positiv aus einer konkreten Beurteilung der Umstände des fraglichen Auftrags ergeben.

Objektive Kriterien, die auf ein eindeutig grenzüberschreitendes Interesse hinweisen können, sind ein gewisses Volumen des fraglichen Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, technischen Merkmalen des Auftrags oder Besonderheiten der betreffenden Waren. Wenn in anderen Mitgliedstaaten ansässige Wirtschaftsteilnehmer Beschwerden gegen Auftraggeberentscheidungen im Zusammenhang mit dem Beschaffungsvorgang eingelegt haben, kann dies ebenfalls für ein eindeutig grenzüberschreitendes Interesse sprechen, sofern diese Beschwerden real und nicht fiktiv sind. Nicht ausreichend ist, wenn – wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall – lediglich eine bestimmte Anzahl von Angeboten von Unternehmen abgegeben wurde, die in dem betreffenden Mitgliedstaat in erheblicher Entfernung vom Ort der Ausführung der Arbeiten ansässig sind, der Wert des Auftrages aber nicht einmal ein Viertel des unionsrechtlichen Schwellenwerts erreicht und der Leistungsort 200 km von der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat entfernt liegt. Insoweit sei auch zu berücksichtigen, dass Bieter aus dem anderen Mitgliedstaat gezwungen wären, sich an den Rechts- und Verwaltungsrahmen des Mitgliedstaats des Leistungsorts und an die dortigen sprachlichen Anforderungen anzupassen, womit regelmäßig zusätzliche Belastungen und zusätzliche Kosten verbunden sein können.

### Praktische Bedeutung

Diese erneuten Klarstellungen des EuGH sind vor allem deshalb zu begrüßen, weil sich in der Praxis die Fehlvorstellung verbreitet hat, dass immer dann, wenn der Auftragswert zehn Prozent des einschlägigen EU-Schwellenwerts beträgt, von einem grenzüberschreitenden Interesse ausgegangen werden müsse. Richtig ist, dass die EU-Kommission im Vorfeld ihrer im Jahr 2006 veröffentlichten Auslegungsmitteilung zu Unterschwellenvergaben von einer solchen Schwelle ausging. Die aktuelle Entscheidung des EuGH zeigt jedoch, dass es einen Automatismus, nach dem für einen Auftrag bei Erreichen eines bestimmten Prozentsatzes vom EU-Schwellenwert stets ein grenzüberschreitendes Interesse anzunehmen wäre, nicht gibt.

Auftraggeber sind daher gut beraten, wenn sie nach den Kriterien der aktuellen EuGH-Entscheidung im Einzelfall prüfen und entscheiden, ob ein Unterschwellenauftrag von eindeutig (!) grenzüberschreitendem Interesse ist. Ein schematisches Vorgehen nach dem Grundsatz „im Zweifel für die Binnenmarktrelevanz“ ist weder praxisgerecht noch rechtlich geboten.



Dr. Marc Röbbke,  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltschafts mbH,  
Berlin  
E-Mail: Marc.Roebke@bblaw.com

## Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2017.

## Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
[www.beitenburkhardt.com/impressum](http://www.beitenburkhardt.com/impressum)

## Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,  
Rechtsanwalt

## Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann • [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten • [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

**Düsseldorf** • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Sascha Opheys • [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

**Frankfurt am Main** • Mainzer Landstraße 36  
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195  
Dr. Hans von Gehlen • [Hans.VonGehlen@bblaw.com](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner • [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier • [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)