Die neue Unterschwellen-vergabeordnung (UVgO)

Am 7. Februar 2017 wurde die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Bundesanzeiger veröffentlicht. Sie wurde vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) erarbeitet und soll den 1. Abschnitt der VOL/A ablösen und für alle öffentlichen Dienstleistungs- und Lieferaufträge gelten, deren Auftragswert den EU-Schwellenwert von derzeit 209.000 Euro netto unterschreiten. Mit der UVgO wird das nationale Vergaberecht an die EU-Reform angeglichen. Sie gilt aber nicht automatisch, sondern muss von Bund und Ländern noch für anwendbar erklärt werden. Während der Bund einen entsprechenden Erlass für das Frühjahr 2017 vorbereitet, dürften ihm schrittweise auch alle Länder folgen. Die zehn wichtigsten Neuerungen auf einen Blick:

1. Verfahrensarten

Öffentliche Auftraggeber müssen nicht mehr vorrangig die Öffentliche Ausschreibung wählen. Auf gleicher Stufe steht ihnen nach § 8 Abs. 2 S. 1 UVgO künftig die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zur Verfügung. Außerdem wird der Weg in die Verhandlungsvergabe (bisher „Freihändige Vergabe“) erleichtert.

2. Markterkundung

Nach 20 UVgO sind Markterkundungen nun ausdrücklich zulässig. Die bisherige Regelung in § 2 Abs. 3 VOL/A, wonach Markterkundungen (nur!) unzulässig sind, wenn sie in Form eines Vergabeverfahrens erfolgen, ist missverständlich und führte allzu häufig zu dem falschen Verständnis, dass Markterkundungen generell vergaberechtswidrig seien.

3. Losvergabe

Die Losvergabe ist nun deutlich ausführlicher als bisher geregelt. Nach § 22 Abs. 1 S. 2, 3 UVgO dürfen öffentliche Auftraggeber sowohl eine Angebots- als auch eine Zuschlagslimitierung vorsehen, ohne dies begründen zu müssen. Damit wird das Unterschwellenvergaberecht an § 30 VgV angeglichen.

4. Unteraufträge

§ 26 UVgO enthält nun erstmals detaillierte Regelung zur Vergabe von Unteraufträgen an Nachunternehmer. Die Benennung von Nachunternehmern bereits mit Angebotsabgabe darf nur noch gefordert werden, wenn dies für die Bieter zu diesem Zeitpunkt schon zumutbar ist. Ein weites Nachforderungsrecht erhalten öffentliche Auftraggeber mit § 26 Abs. 5 UVgO eingeräumt: Benennt ein Bieter einen ungeeigneten Nachunternehmer, kann der Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird, und zwar im laufenden Vergabeverfahren! Nach bisherigem Recht wäre dies, jedenfalls in Bezug auf letztverbindliche Angebote, eine unzulässige Nachverhandlung. Das Angebot wäre mangels Eignung zwingend auszuschließen. Das soll fortan nur noch so sein, wenn der Bieter auf entsprechende Aufforderung keinen geeigneten Nachunternehmer an-

Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte (Berlin). Er berät Unternehmen und öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen und in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren.
Dr. Soudry tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen. SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte werden von Who´s Who Legal und JUVE als renommierte Kanzlei für Vergaberecht empfohlen.

stelle des ungeeigneten benennen kann, § 26 Abs. 5 S. 5 UVgO.
Ganz neu ist § 26 Abs. 6 UVgO: Danach darf der Auftraggeber vorschreiben, dass der Bieter bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung selbst ausführen muss und nicht an einen Nachunternehmer weiterreichen darf.

5. Vergabeunterlagen

Die Vergabeunterlagen müssen nach § 29 Abs. 1 UVgO künftig unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt elektronisch abrufbar sein. § 29 Abs. 3 stellt klar, dass sie, sofern keine elektronischen Mittel zum Einsatz kommen, auch unentgeltlich zu versenden sind. Öffentliche Auftraggeber dürfen aber unter Berufung auf den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen den freien Zugang zu den Vergabeunterlagen beschränken. Denkbar wäre etwa, dass Bieter zunächst eine Verschwiegenheitserklärung abgeben, bevor sie die Vergabeunterlagen erhalten (Vgl. § 3 Abs. 3 UVgO).

6. Eignung

Die fakultativen und zwingenden Ausschlussgründe des GWB gelten künftig auch für nationale Vergabeverfahren, ebenso die Grundsätze der Selbstreinigung nach § 125 GWB. Öffentliche Auftraggeber dürfen bei Öffentlichen Ausschreibungen außerdem künftig entscheiden, ob sie die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durchführen. So kann auch bei Eingang vieler Angebote eine schnelle Wertung erfolgen.

Ersatzlos weggefallen ist die bisher in § 8 Abs. 3 VOL/A geforderte abschließende Nachweisliste. Das ist bedauerlich, denn mit der Liste war kein großer Aufwand verbunden und Bietern war sie im Dickicht der Vergabeunterlagen häufig eine willkommene Orientierungshilfe. Der Vorrang der Eigenerklärung vor der Forderung von Unterlagen soll dagegen erhalten bleiben.

7. Ausschluss wegen Schlechtleistung

Die Anforderungen an den Ausschluss eines Bieters wegen früherer Schlechtleistung wurden im Vergleich zum GWB-Vergaberecht deutlich gesenkt: § 31 Abs. 2 S. 5 UVgO fordert für einen Ausschluss nur noch, dass ein Bieter einen früheren öffentlichen Auftrag mangelhaft erfüllt hat. Anders als nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist nicht erforderlich, dass die mangelhafte Ausführung auch zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Öffentliche Auftraggeber sind jedoch gut beraten, hiervon nicht vorschnell Gebrauch zu machen, denn die Beweislast für das Vorliegen von Ausschlussgründen tragen sie. Sofern es im Einzelfall an einer gerichtfest messbaren Sanktion fehlt, wird es künftig im Besonderen auf eine ausführliche Dokumentation der Mängel ankommen.

8. Zuschlagskriterien

Eine begrüßenswerte Neuerung enthält § 43 Abs. 6 UVgO. Danach muss künftig, von wenigen Ausnahmen abgesehen, auch in nationalen Vergabeverfahren die Gewichtung der Zuschlagskriterien angegeben werden. Eigentlich handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit und Auftraggeber versperren selbst den Weg zu bestmöglich auf ihren Bedarf zugeschnittenen Angeboten, wenn sie hiervon absehen. Trotzdem fehlte für nationale Vergabeverfahren bislang eine klare Regelung.

9. Prüfung der Angebote

Großzügiger sind künftig die Nachforderungsmöglichkeiten: Nach § 41 Abs. 1 UVgO dürfen öffentliche Auftraggeber nicht nur fehlende, sondern auch unvollständige und fehlerhafte Unterlagen (bisher „Erklärungen und Nachweise“) nachfordern. Nach § 41 Abs. 2 S. 2 UVgO sollen sie aber auch die Möglichkeit haben, die Nachforderung fehlender Unterlagen von vornherein auszuschließen. Daran sind sie dann allerdings gebunden. Jeder öffentliche Auftraggeber, der schon einmal ein gutes, erstplatziertes Angebot aus formalen Gründen ausschließen musste, wie ärgerlich dies sein kann. Es kann deshalb nur angeraten werden, nicht vorschnell die Nachforderung auszuschließen.

10. Form der Angebote und e-Vergabe

In welcher Form Bieter ihre Angebote künftig einreichen müssen, regelt § 38 UVgO. Schrittweise soll dabei auf die e-Vergabe umgestellt werden. Ab 01.01.2019 sollen Auftraggeber die elektronische Angebotsabgabe zulassen, auch wenn sie vorgeben, dass die Angebote auf anderem Weg (postalisch, Fax) eingereicht werden sollen. Ab 01.01.2021 sollen Angebote dann ausschließlich elektronisch eingereicht werden dürfen.

Fazit

Die UVgO regelt Einiges neu und Manches klarer. Den großen Wurf bedeutet sie zwar nicht. Hauptziel ist aber auch die Angleichung des nationalen Vergaberechts an die EU-Vorschriften. Zudem werden Auftraggebern mehr Freiheiten eingeräumt. Aus diesen Gründen ist nicht mit allzu großem Widerstand gegen die UVgO zu rechnen und es darf vermutet werden, dass diese auch von den Bundesländern zügig in das jeweilige Landesrecht übernommen wird.