



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Vergaberecht

zum

Entwurf für eine Verfahrensordnung für die Vergabe
öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge
unterhalb der EU-Schwellenwerte
(Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vom
31.08.2016

Stellungnahme Nr.: 62/2016

Berlin, im September 2016

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main
(Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund e.V.
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht
- Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
- VPR – Vergabepaxis- & -recht
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. Praxisgerechte und schlanke Regelungen statt Übernahme des Oberschwellenvergaberegimes

Der Entwurf der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO-E) zielt darauf ab, einen möglichst weitreichenden Gleichlauf der Rechtslage oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte zu erreichen. Dazu werden Verfahrensregelungen und Institute aus der für den Oberschwellenbereich geltenden Vergabeverordnung (VgV) weitgehend – allerdings nicht durchweg und konsequent und regelungstechnisch unterschiedlich (ausdrückliche Regelung, Verweis auf die VgV, Anordnung „entsprechender“ Geltung) – übernommen. Der Deutsche Anwaltverein teilt das regelungspolitische Ziel einer Angleichung der Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte an die Rechtslage im Oberschwellenbereich im Bereich der Dienstleistungs- und Lieferaufträge nicht. Es widerspricht den Vorgaben, die sich die Bundesregierung im Eckpunktepapier 2015 zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien – aus guten Gründen – selbst gesetzt hat.

Das im Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 07.01.2015 ausdrücklich erklärte Konzept einer „eins-zu-eins-Umsetzung“ der europäischen Vergaberichtlinien wird verlassen, wenn Regelungen, deren Umsetzung oberhalb der Schwelle aus europarechtlichen Vorgaben unerlässlich ist, auf die Unterschwellenvergabe schlicht übertragen werden. Mittelbar dehnt der Normgeber der UVgO damit Rechtsinstitute und Verfahrensregelungen der erst ab Erreichen der Schwellenwerte Anwendung beanspruchenden europäischen Vergaberichtlinien auf kleinvolumige Aufträge aus.

Auch stehen die Regelungen nicht im Einklang mit den Zielen der Vergaberechtsmodernisierung. Im Eckpunktepapier des Bundeskabinetts zur Reform des Vergaberechts vom 07.01.2015 wurden u.a. folgende Ziele formuliert:

“Die Vergabeverfahren sollen effizienter, einfacher und flexibler gestaltet und die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren erleichtert werden. ...

Struktur und Inhalt des deutschen Vergaberechts müssen einfach und anwenderfreundlich sein. ...

Kommunale Handlungsspielräume sollen erhalten bleiben...

Der bürokratische Aufwand für Auftraggeber und Auftragnehmer soll so gering wie möglich gehalten werden ...“

Der Deutsche Anwaltverein unterstützt diese Ziele nachdrücklich auch und gerade in Bezug auf die Reform des „Unterswellenbereichs“. Die europarechtlichen Vorgaben erfordern im Oberswellenbereich komplexe und ausführliche Regelungen, deren Übernahme in das Vergaberegime unterhalb der Schwelle aber weder rechtlich geboten noch sachlich sinnvoll ist. Dem Ziel einfacher, schlanker und anwenderfreundlicher Regelungen sollte bei der Reform des Unterswellenvergaberechts oberste Priorität zukommen. Es ist deshalb schon im Ansatz verfehlt, die umfangreichen und für den Anwender häufig schwer verständlichen Regelungen des Oberswellenvergaberechts für den Unterswellenbereich zu übernehmen. Dagegen sollten für die UVgO folgende Grundsätze beachtet werden:

- (1) Keine Ausweitung des Regelungsumfangs der VOL/A, 1. Abschnitt und damit keine weitere Bürokratisierung
- (2) Angleichung an Regelungen und Begrifflichkeiten der VgV nur im Rahmen dieses Regelungsumfangs und nur soweit der Grundsatz einfacher und handhabbarer Regelungen gewahrt wird
- (3) Keine Verweise auf andere Regelungswerke

Keine Beiträge zur Deregulierung sind insbesondere folgende Vorschläge in der UVgO:

- Ausweitung des Anwendungsbereichs auf freiberufliche Leistungen
- Verweis auf komplexe Regelungen zur Auftragsänderung nach § 132 GWB

- Detailregelung zur Nachweisführung durch Gütezeichen
- Detailregelungen zu Unteraufträgen, Eignungsleihe, Rechtsform von Unternehmen und Bietergemeinschaften
- Übernahme der Regelung zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE)
- Pflicht zur E-Vergabe
- Vorgaben zur Übermittlung der Vergabeunterlagen
- Begrenzung der Direktvergabe auf nur 1000 €

2. Keine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf freiberufliche Leistungen

Der Deutsche Anwaltverein lehnt es ab, den Anwendungsbereich vergaberechtlicher Regeln unterhalb der EU-Schwellenwerte auf solche Dienstleistungsaufträge auszuweiten, die von dem bisherigen Anwendungsbereich des 1. Abschnitts der VOL/A nicht erfasst waren. Für das damit verbundene Mehr an Regulierung und Bürokratie bei der Vergabe personenbezogener und von wechselseitigem Vertrauen geprägter freiberuflicher Dienstleistungen ist kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich.

- 2.1 Die noch geltende VOL/A nahm in § 1, zweiter Spiegelstrich Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, von ihrem Anwendungsbereich aus. Die frühere Vergabeordnung für die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen (VOF) war von vorneherein nur ab Erreichen der EU-Schwellenwerte anwendbar, einen 1. Abschnitt der VOF gab es – aus guten Gründen – nicht. Die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungsaufträge ist daher nach geltendem Recht nur haushaltsrechtlich und, soweit der Landesgesetzgeber dies für erforderlich hielt, in den Landesvergabegesetzen geregelt.

Demgegenüber erstreckt sich der Anwendungsbereich der neuen UVgO auf sämtliche Dienstleistungsaufträge, soweit diese nicht durch Ausnahmebestimmungen, die denjenigen oberhalb der Schwellenwerte

entsprechen, generell vom Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts ausgenommen sind. Der Anwendungsbereich erstreckt sich auch auf besondere und soziale Dienstleistungen, für die europarechtlich erst ab einem Schwellenwert von EUR 750.000,00 ein Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Nach dem Diskussionsentwurf sollen zukünftig freiberufliche Leistungen in einem Verhandlungsvergabeverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb unter Beteiligung von mindestens 3 Bietern vergeben werden (§ 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO-E). Ausgenommen sind lediglich Aufträge über freiberufliche Leistungen, die nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden (§ 12 Abs. 3 Satz 2 UVgO-E) sowie Aufträge bis 1000 € (§ 14 UVgO-E).

Für besondere Dienstleistungen sieht § 49 UVgO-E sogar die zwingende Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs vor. Ausgenommen sind auch hiervon lediglich Aufträge bis 1000 € (§ 14 UVgO-E).

Mit dieser Ausweitung des Anwendungsbereichs ist eine erhebliche Zunahme an Regulierung, Reglementierung und Bürokratie für einen Bereich öffentlicher Aufträge verbunden, der in der Praxis problemfrei bislang ohne besondere Verfahrensregeln vergeben werden konnte. Diesen Zuwachs von Regulierung lehnt der Deutsche Anwaltverein ab.

- 2.2 Abgesehen von der grundsätzlich abzulehnenden Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts tragen die im Diskussionsentwurf vorgesehenen Regelungen den Besonderheiten freiberuflicher Tätigkeiten und sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen nicht hinreichend Rechnung.

Freiberufliche Tätigkeiten sind dadurch geprägt, dass sie „u. a. ausgesprochen intellektuellen Charakter haben, eine hohe Qualifikation verlangen und gewöhnlich einer genauen und strengen berufsständischen Regelung unterliegen. Hinzu kommt, dass bei der Ausübung einer solchen Tätigkeit das persönliche Element besondere Bedeutung hat und diese Ausübung auf jeden Fall eine große Selbständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraussetzt.“ (EuGH Urt. v. 11.10.2001, C 267/99).

Nach der Definition in § 1 Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz haben die freien Berufe im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Gegenstand. Diese Dienstleistungen unterscheiden sich von sonstigen daher vor allem durch das vorausgesetzte besondere Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber, welches seinen Niederschlag in einer Vielzahl berufsspezifischer Regelungen gefunden hat (z.B. betreffend die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht). Dieses Vertrauensverhältnis ist auch für institutionelle öffentliche Auftraggeber bedeutsam, da auch hier die Zusammenarbeit mit Menschen im Vordergrund steht. Durch formalisierte Vergabeverfahren lässt sich ein solches Vertrauensverhältnis nicht begründen.

Entscheidend für die Auswahl des Dienstleisters ist aufgrund des Charakters der Leistung also das persönliche Element und das besondere Vertrauen in die Integrität und die Person des Leistenden. Der öffentliche Auftraggeber sollte in diesem Bereich auch in Zukunft – zumindest in einem gewissen Umfang – die Möglichkeit haben, Aufträge direkt zu vergeben. Insbesondere im Bereich von Beratungsleistungen im Vorfeld oder zu Beginn eines Projektes ist das Vertrauensverhältnis zum betreffenden Dienstleister für den Auftraggeber maßgeblich.

Freiberufliche Leistungen für öffentliche Auftraggeber haben in der Regel einen beratenden Charakter und dienen dem Auftraggeber dazu, einen „ersten Zugriff“ auf die Bewältigung eines Problems zu erhalten. Das gilt für die Beratung betreffend die Sanierung eines maroden Schulbaus durch einen Architekten nicht anders als für die Beratung durch einen Rechtsanwalt betreffend verschiedene Möglichkeiten der Bauleitplanung oder die Beratung im Hinblick auf Finanzierungsalternativen durch einen Volkswirt. Derartige Leistungen einem formalisierten Vergabewettbewerb zu unterziehen, bedeutet nicht nur eine Verzögerung und Erschwerung der Inanspruchnahme der benötigten Leistungen und eine starke Zunahme der Bürokratie im Vorfeld der Bewältigung einer öffentlichen Aufgabe, sondern verlangt von den Auftraggebern praktisch auch, einen Teil der benötigten Beratungsleistungen selbst vorwegzunehmen, um

überhaupt eine den vergaberechtlichen Anforderungen selbst im Falle der Verhandlungsvergabe genügende Aufgabenbeschreibung zustande zu bringen.

- 2.3 Die Einbeziehung freiberuflicher Leistungen in den Anwendungsbereich der UVgO erscheint als Wertungswiderspruch zur Leitentscheidung des Europarechts für ein erst ab bestimmten Betragsschwellen maßgebliches Sonderregime für die Vergabe besonderer und sozialer Leistungen. Diese sind vom europäischen Richtliniengeber bewusst unterhalb des höher angesetzten Schwellenwertes von EUR 750.000,00 nicht reguliert worden, weil der Richtliniengeber aus Rücksicht auf die Besonderheiten des Verhältnisses des öffentlichen Auftraggebers zum Dienstleister bei diesen „besonderen“ Dienstleistungen von einer Regulierung absehen wollte. Entgegen der sonstigen Vorgabe einer „eins-zu-eins-Umsetzung“ der Richtlinien wird jetzt mittelbar der Anwendungsbereich europäischen Sekundärrechts durch entsprechende Regelungen in der UVgO erweitert.

Im 114. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2014/24/EU heißt es zu den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen u.a.:

„Angesichts der Bedeutung und des kulturellen Kontexts und des sensiblen Charakters dieser Dienstleistungen sollte den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden, damit sie die Auswahl der Dienstleister in einer Weise organisieren können, die sie für am besten geeignet erachten.“

Primärrechtlich besteht keine Notwendigkeit, ein besonderes Verfahrensregime für diese Dienstleistungen anzuordnen. Der Europäische Gerichtshof hat für die Leistungen im ehemaligen Anhang II B festgestellt, dass „solche Dienstleistungen wegen ihres spezifischen Charakters a priori keine grenzüberschreitende Bedeutung zukommt, die es rechtfertigen kann, dass sie in einem Ausschreibungsverfahren vergeben werden“ (Urteil vom 13.11.2007 „Kommission gg Irland“ Rs.C-507/03). Die Leistungen des ehemaligen Anhangs II B entsprechen weitgehend den in der Vergaberichtlinie 2014/24/EU im Anhang XIV erfassten besonderen Dienstleistungen, die Feststellung des Gerichtshofes zur grundsätzlich nicht gegebenen Binnenmarktrelevanz gilt für diese ebenso.

In der Begründung zu § 64 VgV wird darauf hingewiesen, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe dieser Dienstleistungen die Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen berücksichtigen, sowie spezifischen Bedürfnissen, verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen sowie der Einbeziehung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen können soll.

Dem sollte im Unterschwellenbereich dadurch Rechnung getragen werden, dass für soziale und andere besondere Dienstleistungen die gleichen Regelungen wie für freiberufliche Tätigkeiten gelten. Zumindest sollte auch hier die Möglichkeit einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb zur Wahl gestellt werden und klargestellt werden, dass § 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO-E und § 12 Abs. 3 Satz 2 UVgO-E unberührt bleibt. Zusätzlich sollte auch in diesem Bereich eine wesentlich höhere Wertgrenze für die Direktvergaben (bis zu 50.000 €) vorgesehen werden.

Ein Wertungswiderspruch besteht im Übrigen auch zu Bestimmungen des Landesrechts. So nimmt das hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz z. B. in § 10 Abs. 5 S. 3 HVTG Rechtsdienstleistungen ausdrücklich von der Anordnung zur Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens aus.

- 2.4 Freiberufliche Leistungen sind in der Regel nicht erschöpfend und eindeutig beschreibbar. Schon deshalb, aber auch wegen der Abhängigkeit der Qualität der Leistung von der Qualifikation des Leistenden, sind Angebote über solche Leistungen nicht allein anhand ihrer Preise vergleichbar. Die Durchführung eines Qualitätswettbewerbs (Leistungswettbewerbs) mit einem qualitativen Vergleich des Inhalts von Angeboten ist zwar auch bei freiberuflichen Leistungen grundsätzlich möglich, aber im Verhältnis zur sonstigen Dienstleistungsbeschaffung viel aufwendiger. Die Angebotsinhalte müssen in aller Regel verhandelt werden und ein persönlicher Eindruck von den Leistungserbringern wird für ein faires Verfahren zwingend sein. Der dafür erforderliche Aufwand steht anders als im Bereich oberhalb der Schwellenwerte nicht in einem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Bedeutung. Gerade deshalb ist in der Praxis eine „Flucht in den Preisvergleich“ zu befürchten. Diese würde jedoch faktisch Äpfel mit Birnen vergleichen und weder dem Grundsatz der

Wirtschaftlichkeit noch einem effizienten Einsatz von Haushaltsmitteln entsprechen.

- 2.5 Die Bemühungen des Entwurfs, den Besonderheiten freiberuflicher Leistungen Rechnung zu tragen, sind angesichts all dessen unvollkommen und führen zu Wertungswidersprüchen.

§ 8 Abs. 4 Nr. 4 UgVO-E lässt für Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, generell die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb zu. Dies impliziert nach § 12 Abs. 1 S. 2 UgVO-E mindestens, dass der Auftraggeber mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen auffordert. Da aus den oben genannten Gründen in aller Regel keine erschöpfende und eindeutige Leistungsbeschreibung vorliegen wird, werden Verhandlungen erforderlich werden, wobei der Aufwand wie gesagt in keinem Verhältnis zur wirtschaftlichen Bedeutung steht und gerade die Interessen der Auftraggeber an einem schnellen Zugriff auf freiberufliche Leistungen massiv beeinträchtigt.

§ 12 Abs. 3 S. 2 UgVO-E sieht „für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen, die nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden“ zwar eine Erleichterung insoweit vor, als hier die Aufforderung eines einzigen Unternehmens zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen ausreichend sein soll. Die Möglichkeit der Direktvergabe sollte aber nicht auf Leistungen beschränkt werden, „die nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden“; dieses Kriterium ist untauglich zur Rechtfertigung einer Differenzierung der Vergaberegimes unter verschiedenen Arten freiberuflicher Dienstleistungen. Diese Regelung ist zudem sehr unklar formuliert. So stellt sich die Frage, ob sie nur eingreifen soll, wo aufgrund der gesetzlichen Regelung ein Preiswettbewerb ausgeschlossen ist. Dann wäre sie weitgehend bedeutungslos. Die HOAI ermöglicht durchaus einen Preiswettbewerb im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze (vgl. nur § 7 Abs. 1 HOAI). Auch Anwaltsgebühren nach dem RVG sind in vielen Fällen Rahmengebühren. Soll die Regelung demgegenüber auch dort gelten, wo ein (ggf. eingeschränkter) Preiswettbewerb möglich ist, ist nicht erklärlich, wieso die Verfahrenserleichterung

gerade an die Abrechnung nach einer Gebühren- oder Honorarordnung anknüpft. Oberhalb der Schwellenwerte wird eine gesetzliche Festlegung des Honorars gerade nicht als Hindernis für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren angesehen. Für Architekten- und Ingenieurleistungen verlangt § 76 Abs. 1 VgV diesbezüglich ausdrücklich einen Leistungswettbewerb.

Völlig unklar ist auch, ob es sich auch dort um eine Abrechnung nach einer gesetzlichen Gebührenordnung handelt, wo das Gesetz keinen konkreten Rahmen vorgibt, sondern nur allgemeine Maßstäbe, ob es also nur darum gehen soll, dass der Auftrag auf der Grundlage einer solchen Gebührenordnung vergeben wird. Dies betrifft sehr viele anwaltliche Dienstleistungen, nämlich die Beratung im außergerichtlichen Bereich. Dort verweist § 34 Abs. 1 RVG auf den Inhalt der getroffenen Gebührenvereinbarung und ansonsten auf das bürgerliche Recht. Da sowohl in diesem Fall als auch bei Rahmengebühren ein Preiswettbewerb grundsätzlich denkbar wäre, wäre es allerdings widersprüchlich, diese Fälle unterschiedlich zu behandeln. Damit zeigt sich, dass die Regelungstechnik des Entwurfs, freiberufliche Leistungen zunächst einzubeziehen und dann inkonsequent herausgegriffene Leistungen gleichsam durch die Hintertür wieder von einem formalisierten Wettbewerb auszunehmen, im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nur zu Auslegungsstreitigkeiten und Wertungswidersprüchen führt. Der Deutsche Anwaltverein lehnt es deshalb aus grundsätzlichen Erwägungen ab, hier an eine Gebühren- oder Honorarordnung anzuknüpfen.

- 2.6 Die Widersprüchlichkeit des Entwurfs zeigt sich auch in einem anderen Aspekt: Freiberufliche Leistungen können nach dem Entwurf im Wege der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden (§ 8 Abs. 4 Nr. 4 UVgO-E), während für besondere und soziale Dienstleistungen nach § 49 UVgO-E immer mindestens die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb vorgesehen ist (entgegen § 8 Abs. 4 UVgO-E). Einige freiberufliche Leistungen gehören indes zu den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen im Sinne von § 130 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU. Das betrifft z.B. administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich ebenso wie die schon erwähnten juristischen Dienstleistungen. Für die Vergabe von Aufträgen

für soziale und andere besondere Dienstleistungen will § 49 Abs. 1 UVgO-E „abweichend von § 8 Abs. 2“ stets auch die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb zulassen. Sieht man angesichts dessen § 49 Abs. 1 UVgO-E als Spezialvorschrift für besondere Dienstleistungen an, so ist dies aber gerade keine Erleichterung, sondern eine Verschärfung, da § 8 Abs. 4 Nr. 4 UgVO-E bei freiberuflichen Leistungen generell auch die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb ermöglicht. Eine systematische einwandfreie Lösung würde sich demgegenüber ergeben, wenn – wie nach dem bisherigen Recht – freiberufliche Leistungen von vornherein von dem formalisierten Vergaberegime für Dienstleistungen ausgenommen werden.

Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass die öffentlichen Auftraggeber ebenso wie die Marktteilnehmer mit dem gegenwärtigen Rechtszustand gut und effektiv umgehen können. Die öffentlichen Auftraggeber können, wo das angezeigt erscheint, bereits jetzt Wettbewerbe auch für unterschwellige Aufträge über freiberufliche Leistungen durchführen, sie müssen es aber nicht. Wo sich ein solcher Wettbewerb trotz des erheblichen zusätzlichen Verfahrensaufwands anbietet, hängt in erster Linie von der Leistung ab, etwa vom Ausmaß einer möglichen Beschreibung bzw. Standardisierung aufgrund vorgegebener Leistungsbilder, aber auch von der erforderlichen Spezialisierung der Leistungserbringer und der Verfahrenssituation.

3. Weitere Detailregelungen

- 3.1 Den persönlichen Anwendungsbereich der UVgO-E regelt ausschließlich das Haushaltsrecht. Vom Verweis auf die Begriffsbestimmungen des GWB in § 1 Abs. 4 UVgO-E müssen deshalb die §§ 98 und 99 GWB ausdrücklich ausgenommen werden. Zudem entstehen Missverständnisse, wenn teilweise vom „öffentlichen Auftraggeber“, teilweise vom „Auftraggeber“ gesprochen wird.

§ 1 Abs. 4 UVgO-E verweist auf die Begriffsbestimmungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und auf die Begriffsbestimmungen der Vergabeverordnung, soweit die UVgO nichts Abweichendes bestimmt. In den §§ 98 bis 102 GWB sind die Begriffe des Auftraggebers, des öffentlichen Auftraggebers, des Sektorenauftraggebers, des Konzessionsgebers und der

Sektorentätigkeiten geregelt. Aus § 1 UVgO-E, der den Anwendungsbereich regeln soll, geht nicht hervor, für welchen dieser Auftraggeber (siehe den umfassenden Begriff in § 98 GWB) die UVgO Anwendung finden soll. In den nachfolgenden Paragrafen (siehe etwa § 3 und § 4 UVgO-E) wird allgemein und überwiegend der Begriff des „Auftraggebers“ verwendet. Damit ist nach § 98 GWB, auf den § 1 Abs. 4 UVgO-E verweist, sowohl der öffentliche Auftraggeber als auch der Sektorenauftraggeber als auch der Konzessionsgeber gemeint. Vereinzelt (siehe etwa § 8 Abs. 4 UVgO-E) wird auch der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ verwendet. Damit wird auf § 99 GWB verwiesen.

Aus der Verwendung des Begriffs des öffentlichen Auftrags in § 2 Abs. 1 UVgO-E, der nach seiner Überschrift nicht den Anwendungsbereich, sondern die Grundsätze der Vergabe regelt, ergibt sich keine größere Klarheit. § 103 GWB definiert den Begriff der öffentlichen Aufträge als entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführungen von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Auch wenn § 2 Abs. 1 UVgO-E und der dort verwendete Begriff der „öffentlichen Aufträge“ zur Bestimmung des Anwendungsbereichs herangezogen werden, soll also die UVgO auch für die Sektorenauftraggeber gelten.

- 3.2 Nach § 2 Abs. 5 UVgO-E sollen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Vorschriften über die Preise bei öffentlichen Aufträgen zu beachten sein. Gemeint ist dabei offensichtlich der Hinweis auf die VO/PR 30/53, die Preise bei öffentlichen Aufträgen betrifft. Der persönliche wie der sachliche Anwendungsbereich der VO/PR 30/53 ist jedoch ein anderer als der in § 1 UVgO-E vorausgesetzte Anwendungsbereich der Unterschwellenvergabeordnung. Für die Normadressaten des öffentlichen Preisrechts gilt dieses ohnehin, eines klarstellenden Verweises bedarf es nicht. § 2 Abs. 5 UVgO-E wirft die Frage auf, ob damit auch für diejenigen öffentlichen Aufträge, die nicht Normadressaten des Preisrechts sind und für solche Aufträge, die keine Aufträge im Sinne des Preisrechts sind, preisrechtliche Vorschriften gelten sollen, mit anderen Worten, ob der Verweis deklaratorisch oder konstitutiv ist. Diese Auslegungsunsicherheiten, die es auch schon im Rahmen der früheren VOL/A gab, können durch Streichung der Vorschrift vermieden werden.

- 3.3 Keine wörtliche Übernahme der Vorschriften aus der VgV sind die Maßgaben zur E-Vergabe in § 7 UVgO-E und in § 38 UVgO-E. Das Fristenkonzept ist ein gänzlich anderes als oberhalb der Schwellenwerte und auch ein anderes als in dem im Juni veröffentlichten neugefassten 1. Abschnitt der VOB/A. Ein Ermessen des Auftraggebers zur Festlegung der Kommunikationsmittel besteht nur noch bis zum 31.12.2018, danach muss der Auftraggeber die Einreichung von in elektronischer Form übersandten Teilnahmeanträgen und Angeboten akzeptieren, ab 01.01.2021 soll dies obligatorisch werden. Der Deutsche Anwaltverein plädiert dafür, dem Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte mehr Flexibilität zu erlauben und grundsätzlich die Anwendung elektronischer Mittel – wie in der VOB/A für wesentlich großvolumigere Aufträge auch – in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen. § 11 Abs. 1 VOB/A gibt ohne Befristung dem Auftraggeber die Möglichkeit, den Kommunikationsweg festzulegen.
- 3.4 Die Vorschrift über Rahmenvereinbarungen in § 15 UVgO-E ist ungenau. Statt wie in § 103 Abs. 5 GWB anzuordnen, dass für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen die Vorschriften über die Vergabe von Aufträgen entsprechend gelten, formuliert § 15 Abs. 2 UVgO-E, der Abschluss einer Rahmenvereinbarung erfolge im Wege der nach dieser Verfahrensordnung anwendbaren Verfahrensart. Die Formulierung weckt das Missverständnis, eine Rahmenvereinbarung könne nach freier Wahl des Auftraggebers in einem beliebigen Verfahren vergeben werden. Auch warum die Laufzeit bei unterschwelligen Aufträgen sechs statt wie im Oberschwellenbereich vier Jahre betragen soll, erklärt sich nicht.
- 3.5 Die Regelung in § 21 Abs. 2 UVgO-E ist – ebenso wie die Regelung in § 29 Abs. 2 VgV – „systemfremd“. Hinzu kommt allerdings bei § 21 Abs. 2 UVgO-E, dass er in der Formulierung auch noch von § 29 Abs. 2 VgV abweicht. Nach § 29 Abs. 2 VgV gilt die Regelverpflichtung zur Einbeziehung der VOL/B nicht für die Vergabe von Aufträgen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Losung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Warum der letzte Halbsatz des § 29 Abs. 2 VgV in § 21 Abs. 2 UVgO-E entfallen ist, erschließt sich nicht.

- 3.6 § 25 Abs. 1 Satz 1 UVgO-E weicht ebenfalls – geringfügig – von § 35 Abs. 1 Satz 1 VgV ab. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber Nebenangebote auch vorschreiben. Diese Möglichkeit ist in § 25 Abs. 1 Satz 1 UVgO-E nicht vorgesehen. Die Abweichung leuchtet nicht ein.

In § 25 Abs. 2 UVgO-E ist – im Vergleich zu § 35 Abs. 2 VgV – die Regelung entfallen, dass die Zuschlagskriterien so festzulegen sind, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind. Ein Grund für diese Abweichung ist nicht ersichtlich.

- 3.7 Die Regelung in § 29 Abs. 1 UVgO-E, dass der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse angeben muss, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können, ist – ebenso wie die entsprechende Regelung in § 41 Abs. 1 VgV – kritisch zu sehen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn es bei der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Unterschwellenvergabe auf freiberufliche Leistungen und auf Aufträge für soziale und andere besondere Dienstleistungen bleibt.

Unterhalb der Schwellenwerte besteht auch nicht die Möglichkeit einer qualifizierten Vorinformation i.S.d. § 38 Abs. 4 VgV mit Aufruf zur Interessensbekundung mit der Möglichkeit, die elektronische Adresse, an der die Vergabeunterlagen abgerufen werden können, im Rahmen der Aufforderung zur Interessensbestätigung nur einem begrenzten Kreis von Unternehmen bekannt zu machen.

- 3.8 Nach wie vor defizitär ist die Informationsverpflichtung des Auftraggebers. Wenn schon das Regelungskonzept des Oberschwellenvergaberechts weitgehend übernommen wird, fragt sich, warum nicht auch hier mindestens eine Vorinformationspflicht eingeführt wird, die den Auftraggeber verpflichtet, nicht nur den vergebenen Auftrag, sondern mit Wartefrist auch die Absicht, den Zuschlag zu erteilen, den Bietern mitzuteilen (§ 46 UVgO-E).

- 3.9 Nicht erfindlich ist, warum in § 35 Abs. 3 UVgO-E die Einheitliche Europäische Eigenerklärung erwähnt wird, die nach der Richtlinie 2014/24/EU nur oberhalb der Schwellenwerte zu akzeptieren ist. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung

ist nach Auffassung des Deutschen Anwaltsvereins ein mit unnötiger Bürokratie verbundenes, nicht praxisgerechtes und kompliziertes Nachweisinstrument, dessen Akzeptanz unterhalb der Schwellenwerte nicht verbindlich vorgegeben, sondern in das Ermessen des Auftraggebers gestellt werden sollte.

- 3.10 Nach § 26 UVgO-E soll der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung verlangen können, dass der Bieter die Unterauftragnehmer benennt und nachweist, dass ihm deren Mittel zur Verfügung stehen. Diese Benennung von Unterauftragnehmern ist oftmals weder möglich noch zumutbar. Auf diese Vorgabe sollte unterhalb der Schwelle verzichtet werden.

Nach § 26 Abs. 6 UVgO-E kann der Auftraggeber vorschreiben, dass bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen. § 47 Abs. 5 VgV trifft eine entsprechende Regelung im Zusammenhang mit der Eignungsleihe. Dort ist sie allerdings beschränkt auf bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen oder kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag.

- 3.11 § 47 UVgO-E verweist für die Auftragsänderungen auf § 132 GWB. § 22 VOB/A 2016 beschreitet einen einfacheren Weg, der für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte angemessen erscheint. Der Deutsche Anwaltverein empfiehlt, sich an dieser Regelung zu orientieren.