



Ausschuss der Verbände und Kammern
der Ingenieure und Architekten
für die Honorarordnung e.V.

Stellungnahme zur Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – 14.10.2016

Das Ziel einer Angleichung der Strukturen bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Ober- und Unterschwellenbereich ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings unterscheiden sich jedoch das Oberschwellen- und Unterschwellenvergaberecht in ganz wesentlichen Punkten bereits dem Grunde nach: Während das Unterschwellenvergaberecht das Ziel einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung und Beschaffung verfolgt, liegt das Ziel des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte gerade nicht in der Schonung öffentlicher Ressourcen, sondern im Wettbewerbsprinzip, was nicht zuletzt im rechtlich überprüfbaren Anspruch auf Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen des GWB zum Ausdruck kommt.

Infolgedessen enthält die VOL/A für den Unterschwellenbereich bislang bereits aus Kostengesichtspunkten einfachere und flexiblere Regelungen sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer als dies im Oberschwellenbereich der Fall ist.

Eine Eins-zu-Eins-Übertragung der Regelungen aus dem Oberschwellenbereich, wie in dem vorliegenden Diskussionsentwurf für eine Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) weitestgehend erfolgt, führt zu einem unnötigen Mehr an Regulierung und Kosten sowie einem Weniger an Flexibilität und erscheint daher mit der Zielsetzung des Unterschwellenvergaberechts nicht vereinbar.

Zum einen beruht dies zunächst auf der Erweiterung des Anwendungsbereichs auf freiberufliche Leistungen bei gleichzeitiger Einschränkung von Direktaufträgen *auf ...bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1.000 Euro ohne Umsatzsteuer (§ 14 UVgO)*. Dann auch auf der Notwendigkeit, Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren zu vergeben.

Zwar besteht kein direkter Zwang für den Auftraggeber, die Verfahrensart Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb, anzuwenden. § 8 Abs.4 lautet: *Der öffentliche Auftraggeber kann...* In der Konsequenz entsteht aber nach unserer Auffassung eine faktische Verpflichtung zur Anwendung dieses Verfahrens.

Architekten und Ingenieure haben Aufgaben zu erfüllen, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist (§ 73 Abs.1, VgV). Ihre Leistungen

können daher nicht in öffentlicher oder beschränkter Ausschreibung vergeben werden.

In Abwandlung findet sich der Verordnungstext, § 73 Abs. 1, VgV, auch in § 8 Abs. 4, Ziff. 3. UVgO wieder. Allerdings mit einer etwas einschränkenden Ergänzung: *Die Leistung...., vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können.*

Weiter begründen die folgenden Punkte aus § 8 Abs.4 UVgO die Notwendigkeit, Architekten und Ingenieurleistungen im Verhandlungsverfahren zu vergeben, wenn

1. der Auftrag konzeptionelle oder Innovative Lösungen umfasst,
4. die Leistung im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen erbracht wird.

Für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen fehlen aber grundsätzlich erforderliche Festlegungen zu Themen wie: Berufsqualifikation, Vergabe im Leistungswettbewerb, Eignung, Referenzen, Planungswettbewerb, angemessene Vergütungsfestsetzung für die Erarbeitung von Lösungsvorschlägen, kleinere Büros/ Berufsanfänger.

Damit erscheint der vorliegende Diskussionsentwurf der Unterschwellenvergabeordnung sowohl für Auftraggeber als auch für Ingenieure und Architekten sehr problematisch.

Im Einzelnen:

Zu § 1 - Gegenstand und Anwendungsbereich

„(1) Diese Verfahrensordnung trifft nähere Bestimmungen über das einzuhaltende Verfahren bei der Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und Rahmenvereinbarungen, die nicht dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegen, weil ihr geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer die Schwellenwerte gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterschreitet.

(2) Diese Verfahrensordnung ist ungeachtet des Erreichens des Schwellenwerts gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ferner nicht auf Sachverhalte anzuwenden, für die das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in den §§ 107, 108, 109, 116, 117 oder 145 Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorsieht.

(3) Die Regelung zu vorbehaltenen Aufträgen nach § 118 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist auch im Geltungsbereich dieser Verfahrensordnung entsprechend anzuwenden.

(4) Die Begriffsbestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Vergabeverordnung sind auch für diese Verfahrensordnung maßgeblich, soweit diese Verfahrensordnung nichts Abweichendes bestimmt.“

Entgegen § 1 VOL/A, der ausdrücklich Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten wurden, aus dem Anwendungsbereich der VOL/A ausgeschlossen hat, ist die Vergabe freiberuflicher Leistungen und damit die Vergabe von Ingenieur- und Architektenleistungen im Ausnahmekatalog des § 1 Abs. 2 UVgO nicht aufgeführt. Damit wären diese Leistungen nunmehr Gegenstand des Vergaberechts. Dies läuft jedoch dem seitens der Bundesregierung vorgegebenen Ziel der Reform des gesamten Vergaberechts und hier nunmehr des Unterschwellenbereichs zuwider, Vergabeverfahren effizienter und flexibler zu gestalten sowie allgemein zu vereinfachen, so dass insbesondere auch die Teilnahme kleinerer und mittlerer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren erleichtert wird (vgl. BT-Drucksache 18/7318 v. 20.01.2016).

Denn die aktuell vorgenommene und nicht erforderliche Ausdehnung bestimmter Regelungen aus dem Oberschwellenbereich auf freiberufliche Leistungen im Unterschwellenbereich könnte gerade für junge Büros bzw. kleinere Bürostrukturen zu Nachteilen führen, da der für sie nunmehr erforderliche Aufwand im Rahmen eines Vergabeverfahrens in keinem Verhältnis gemessen an der Auftragssumme steht. Diese Büros sind jedoch in besonderer Weise von kleinen Aufträgen abhängig, um sich Referenzen zu verschaffen und sich auf dem Markt zu etablieren.

Gleichzeitig können die Regelungsvorschläge des UVgO jedoch auch einen unverhältnismäßig hohen (Verwaltungs-)Aufwand bzw. weitaus höheren Aufwand als bislang und damit auch höhere Kosten für öffentliche Auftraggeber nach sich ziehen. Dies wiederum dürfte in Widerspruch zu den dem Haushaltsrecht zugrundeliegenden Prinzipien stehen, die vorrangig von der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung und Beschaffung abhängig sind und - nicht zuletzt aufgrund einer Konzentration des Großteils der kommunaler Vergaben auf den Unterschwellenbereich – besonders von dem vorliegenden Regelungsentwurf betroffen sein dürften.

Daher sollte aus Sicht des AHO die Vergabe freiberuflicher Leistungen analog des aktuell gültigen § 1 VOL/A in die Ausnahmegesetzgebung von § 1 Abs. 2 UVgO übernommen werden und die Übertragung von Regelungen aus dem Oberschwellenvergaberecht im Rahmen einer UVgO grundsätzlich auf solche Bereiche beschränkt

werden, die mit mehr Transparenz und Flexibilität sowohl für Ingenieure und Architekten - und dabei gerade auch kleinere und mittlere Büroeinheiten - einher gehen.

Sollte gleichwohl an der aus unserer Sicht entbehrlichen Aufnahme der freiberuflichen Leistungen in den Anwendungsbereich der UVgO festgehalten werden, möchten wir im Weiteren insbesondere auf folgende Punkte hinweisen.

Zu § 2 - Grundsätze der Vergabe

„(1) - (4) [...]“

(5) Bei der Vergabe sind die Vorschriften über die Preise bei öffentlichen Aufträgen zu beachten.“

Hinsichtlich der Vorschriften über die Preise bitten wir um Klarstellung.

Zu § 12 - Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb

„(1) - (2) [...]“

(3) Im Falle einer Verhandlungsvergabe nach § 8 Absatz 4 Nummer 10 bis 14 darf auch nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert werden. Dies gilt auch für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen, die nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden.“

Die Regelung zur Aufforderung nur eines Unternehmens zu Verhandlungen ist im Sinne der Flexibilität der Auftragsvergabe zu begrüßen. Auch der konkrete Bezug zu Gebühren- und Honorarordnungen und damit im Falle freiberuflicher Planungsleistungen zur HOAI, ist positiv.

In § 12 Abs. 3 S. 2 wird auf „verbindliche Gebühren- und Honorarordnungen“ Bezug genommen. Unklar ist allerdings, ob sich der Wortlaut der Regelung auf die HOAI inklusive aller Anlagen und damit insbesondere auch auf die unverbindlichen Planungsleistungen der Anlage 1 HOAI bezieht, oder nur auf die verbindlich geregelten Teile.

Nach Auffassung des AHO sollte sich die Möglichkeit, im Falle einer Vergabe nach § 8 Abs. 4 Nr. 10 bis 14 UVgO auch nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufzufordern, nach § 12 Abs. 3 S. 2 UVgO auf sämtliche freiberufliche Leistungen nach der HOAI beziehen, d.h. insbesondere auch auf die unverbindlichen Planungsleistungen der Anlage 1 und der Örtlichen Bauüberwachung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen.

Zu § 14 - Direktauftrag

„Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1 000 Euro ohne Umsatzsteuer können unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens beschafft werden (Direktauftrag). Der Auftraggeber soll zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln.“

Da entgegen § 1 VOL/A freiberufliche Leistungen in der UVgO nicht ausdrücklich ausgenommen sind, ist nach dem Wortlaut der Regelung unklar, ob § 14 UVgO im Gegensatz zu den Direktkäufen nach § 3 Abs. 6 VOL/A nunmehr auch auf freiberufliche Leistungen Anwendung finden soll. Hier bitten wir um Klarstellung.

Soweit § 14 mit der UVgO entgegen der bisherigen Regelung in der VOL/A auch auf freiberufliche Leistungen anwendbar sein soll, sollte die Bagatellschwelle für Direktaufträge bei freiberuflichen Planungsleistungen in Orientierung an den Tafel Eingangswerten der HOAI mindestens mit 25.000,00 € angesetzt werden. Diese Größenordnung würde ferner mit den Informationspflichten in §§ 30, 46 und 38 Abs. 4 Nr. 1 in Einklang stehen.

Zu § 21 - Vergabeunterlagen

„(1) Die Vergabeunterlagen umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Sie bestehen in der Regel aus

1. [...],

2. der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung genannt, und

3. [...].

(2) [...].“

Die Bekanntgabe der Bewertung und Wichtung der Eignungs- und Zuschlagskriterien ist für die Entscheidung der Bewerber oder Bieter zur Teilnahme am Vergabeverfahren zwingend geboten.

Zu § 28 - Veröffentlichung von Auftragsbekanntmachungen

„(1) [...].

(2) Aus der Auftragsbekanntmachung müssen alle Angaben für eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe ersichtlich sein. Sie enthält mindestens:

1. - 12. [...],

13. die mit dem Angebot oder dem Teilnahmeantrag vorzulegenden Unterlagen, die der Auftraggeber für die Beurteilung der Eignung des Bewerbers oder Bieters und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen verlangt,

und

14. die Angabe der Zuschlagskriterien, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden.“

Bei den Unterlagen nach § 28 Abs. 2 Ziff. 13 UVgO müssen Angaben zu Bewertung und Wichtung angegeben werden.

Auch in § 28 Abs. 2 Ziff. 14 UVgO fehlt die Ergänzung, und deren Bewertung und Wichtung, wie nach § 43 Abs. 6 UVgO gefordert.

Zu § 30 - Vergabebekanntmachung

„(1) [...].

(2) Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, einzelne Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung

1. [...],

2. dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen,

3. - 4. [...].“

Der in § 30 Abs. 2 Ziff. 2 aufgeführte Grund ist zu unbestimmt und nicht ausreichend transparent.

Zu § 34 - Eignungsleihe

„(1) - (3) [...].

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten auch für Bewerber- oder Bietergemeinschaften.“

Aus redaktioneller Sicht könnten die Regelungen auch direkt in § 32 „Rechtsform von Unternehmen und Bietergemeinschaft“ aufgenommen werden, Hinweis auf diese Regelungen in § 34 Eignungsleihe.

Zu § 36 - Begrenzung der Anzahl der Bewerber

„(1) [...].

(2) Die vom Auftraggeber vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein. In jedem Fall muss die vorgesehene Mindestzahl ausreichend hoch sein, sodass der Wettbewerb gewährleistet ist. Sofern die Zahl geeigneter Bewerber unter der Mindestzahl liegt, kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren fortführen, indem er alle Bewerber einlädt, die über die geforderte Eignung verfügen. Unternehmen, die sich nicht um die Teilnahme beworben haben, oder Bewerber, die nicht über die geforderte Eignung verfügen, dürfen nicht zugelassen werden.“

Die Regelung des § 36 Abs. 2 S. 3 UVgO geht unserer Ansicht nach ins Leere, da Bewerber, die über die geforderte Eignung verfügen, denotwendig geeignet sind. Es gibt daher entweder eine genügende Anzahl von Bietern oder nicht.

Zu § 40 - Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote

„(1) [...]“

(2) Die Öffnung der Angebote wird von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam an einem Termin unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchgeführt. Bieter sind nicht zugelassen.“

Aus unserer Sicht bestehen an § 40 Abs. 2 S. 2 UVgO Zweifel am Transparenzgebot. Bei der Vergabe von Bauleistungen dürfen die Bieter im Unterschwellenbereich zugegen sein (vgl. § 14 VOB/A).

Zu § 44 - Ungewöhnlich niedrige Angebote

„(1) Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebots, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung.“

(2) Der Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebots und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen. Die Prüfung kann insbesondere betreffen:

1. die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung,

2. die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt,

3. die Besonderheiten der angebotenen Leistung,

4. die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften, oder

5. die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen.

(3) Kann der Auftraggeber nach der Prüfung gemäß den Absätzen 1 und 2 die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen. Der Auftraggeber lehnt das Angebot ab, wenn er festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebots ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 nicht eingehalten werden. Der Auftraggeber lehnt das Angebot auch dann ab, wenn der Bieter an der Aufklärung nach den Absätzen 1 und 2 nicht mitwirkt.

(4) Stellt der Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so lehnt der Auftraggeber das Angebot nur dann ab, wenn der Bieter nicht innerhalb einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nachweisen kann, dass die staatliche Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde.“

Die hier gewählte Begrifflichkeit „ungewöhnlich niedrig“ wird als zu unbestimmt erachtet und sollte mit Blick auf eine nur gerichtlich zu klärende Nachprüfbarkeit geän-

dert werden. Wir schlagen daher die Aufnahme des folgenden Wortlauts vor, der einen konkreten Anhaltspunkt für die Berechnung sicherstellen würde:

„Mindestsätze der Honorar- und Preisverordnungen sowie sonstige Preisvorschriften dürfen nicht unterschritten werden.“

Zu § 46 - Unterrichtung der Bewerber und Bieter

„(1) Der Auftraggeber teilt jedem Bewerber und jedem Bieter unverzüglich seine Entscheidung über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Zuschlagserteilung mit. Gleiches gilt für die Entscheidung, ein Vergabeverfahren aufzuheben oder erneut einzuleiten einschließlich der Gründe dafür, sofern eine Auftragsbekanntmachung veröffentlicht wurde. Der Auftraggeber unterrichtet auf Verlangen des Bewerbers oder Bieters unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des Antrags die nicht berücksichtigten Bieter über die wesentlichen Gründe für die Ablehnung ihres Angebots, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie den Namen des erfolgreichen Bieters, und die nicht berücksichtigten Bewerber über die wesentlichen Gründe ihrer Nichtberücksichtigung.“

(2) Die Auftraggeber informieren nach Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb für die Dauer von drei Monaten über jeden vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25 000 Euro ohne Umsatzsteuer auf Internetportalen oder ihren Internetseiten. Diese Information enthält mindestens folgende Angaben:

- 1. Name des Auftraggebers und dessen Beschaffungsstelle sowie deren Adressdaten,*
- 2. Name des beauftragten Unternehmens; soweit es sich um eine natürliche Person handelt, ist deren Einwilligung einzuholen oder die Angabe zu anonymisieren,*
- 3. Vergabeart,*
- 4. Art und Umfang der Leistung,*
- 5. Zeitraum der Leistungserbringung.*

(3) § 30 Absatz 2 [Vergabebekanntmachung] gilt für Informationen nach Absatz 1 Satz 3 entsprechend.“

Zur Gewährleistung der Transparenz sollte sich die Unterrichtung der Bewerber und Bieter bei der öffentlichen Vergabe auch auf den Preis erstrecken.

Zu § 48 - Aufhebung von Vergabeverfahren

„(1) Der Auftraggeber ist berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn

- 1. kein Angebot eines geeigneten und nicht ausgeschlossenen Bieters eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht,*
- 2. sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat,*
- 3. kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder*

4. andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Im Übrigen ist der Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, den Zuschlag zu erteilen.

(2) [...]“

Die Erweiterung des bisherigen § 17 VOL/A um den nunmehr aufgeführten Satz 2 in § 48 Abs. 1 UVgO ist nicht nachvollziehbar und zu weitgehend. Aufgrund der mit dieser Formulierung einher gehenden Gefahr der Willkür, plädieren wir für eine Streichung des § 48 Abs. 1 S. 2 UVgO.

Zu § 49 - Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen

In redaktioneller Hinsicht schlagen wir die Übernahme des § 49 Abs.1 UVgO:
stehen stets auch die Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb nach seiner Wahl zur Verfügung in die Regelung des § 8 Abs.4 UVgO vor.