

DHI

DEUTSCHES HANDWERKSINSTITUT

Martin Burgi

**Auswirkungen des neuen
Unterschwellenvergaberechts
auf das Handwerk**

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



DHKT
DEUTSCHER
HANDWERKSKAMMERTAG

sowie die
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer

Martin Burgi

**Auswirkungen des neuen
Unterswellenvergaberechts
auf das Handwerk**

© Copyright 2018 Ludwig-Fröhler-Institut
für Handwerkswissenschaften, München
Bereich Handwerksrecht (HRI)
Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut*

ISBN: 978-3-7734-0344-5

Kommisionsverlag: Gildebuchverlag GmbH
22605 Hamburg

Druck: Griebisch & Rochol Druck GmbH
59069 Hamm

* Das Deutsche Handwerksinstitut e.V. wird gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie auf Grund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages sowie von den Wirtschaftsministerien der Bundesländer und vom Deutschen Handwerkskammertag.

**Auswirkungen des neuen
Unterswellenvergaberechts
auf das Handwerk**

Was ändert sich? Was ist zu beachten?

von

Professor Dr. Martin Burgi

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht
und Leiter der Forschungsstelle für Vergaberecht und
Verwaltungskooperationen (FVV) an der Ludwig-
Maximilians-Universität München

Gliederung

Einführung: Neue Rechts(un)sicherheit(en), Chancen und Gefahrenpotenziale	8
A. Ziele und Struktur der Reform im Überblick.....	9
I. Vorheriger Entwicklungsstand	9
II. Unterschwellenvergabeordnung (UVgO).....	10
III. VOB/A neu	12
IV. Anknüpfung in den Haushaltsgesetzen.....	12
1. Bundesebene.....	13
2. Ebene der Länder und Kommunen	14
B. Anwendungsbereich des künftigen Unterschwellenvergaberechts	15
I. Auftrags-, nicht auch Konzessionsvergabe	15
II. Grundsätzlich nur für Gebietskörperschaften.....	16
C. Die neuen Grundsätze des Vergabeverfahrens.....	16
I. Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 UVgO)	17
II. Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 UVgO).....	18
D. Relevante Veränderungen bei Unteraufträgen, Eignungsleihe und Bietergemeinschaft.....	19
I. Unteraufträge und Eignungsleihe.....	19
II. Selbstausführungsgebot.....	22
III. Bietergemeinschaft	25
E. Qualität und Nachhaltigkeit vermittelt der Leistungsbeschreibung	26
I. Überblick über die neuen Regelungen	26
II. Leistungsbeschreibung mit Leistungs- oder zusätzlichen Funktionsanforderungen	27
III. Inhaltliche und nachweisbezogene Anforderungen	29
1. Bezugnahme auf technische Anforderungen	32
2. Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen.....	33
3. Nachweisführung durch Gütezeichen.....	33

IV. Zulassung von Nebenangeboten.....	34
V. Innovationsförderung im Unterschwellenbereich.....	36
F. Relevante Veränderungen im Vergabeverfahren	38
I. Wegfall des Vorrangs des offenen Verfahrens nach der UVgO.....	38
II. Signifikante Verfahrenserleichterungen	39
1. Überblick und Relevanz für den Mittelstand.....	39
2. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb.....	41
3. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb	41
4. Direktkauf bzw. Freihändige Vergabe	42
III. Präzisierung der Bestimmungen über Losvergabe und Loslimitierung (Mittelstandsförderung)	42
IV. Erleichterungen beim Umgang mit Nachweisen.....	44
1. Nachweise für die Erfüllung der Eignungs- kriterien bzw. das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen....	45
2. Nachforderung von Unterlagen.....	46
V. Herausforderung E-Vergabe nun auch im Unterschwellenbereich	47
G. Qualität und Kundennähe als handwerksaffine Kriterien	49
I. Auf der Ebene der Eignungskriterien bzw. der Ausschlussgründe	49
1. Nichtvorliegen von Ausschlussgründen	50
2. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung bzw. Fachkunde.....	50
3. Leistungsfähigkeit.....	51
4. Abschwächung des bisherigen Verbots „kein Mehr an Eignung“ in der UVgO	51
II. Auf der Ebene der Zuschlagskriterien	52
H. Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke als Chance bzw. Gefahr für das Handwerk	54
I. Überblick und bisherige Rechtslage.....	54
II. Neue Akzente in UVgO und VOB/A.....	55
I. Künftige Rechtsschutzsituation von Bietern aus dem Handwerk im Unterschwellenbereich	57
I. Überblick	57
II. Bestehender Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten.....	59
Zusammenfassung	60

Einführung: Neue Rechts(un)sicherheit(en), Chancen und Gefahrenpotenziale

Die vorliegende Untersuchung unternimmt es, im Anschluss an die dem Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte gewidmete Veröffentlichung aus dem Jahre 2016 das seit dieser Zeit ebenfalls reformierte Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte aus der Perspektive des Handwerks vorzustellen. Sie konzentriert sich wiederum auf diejenigen Neuerungen des künftigen Rechtsrahmens, durch die bestehende Rechtsunsicherheiten mit Relevanz für das Handwerk entweder beseitigt oder neue Rechtsunsicherheiten geschaffen worden sind. Des Weiteren werden solche Neuregelungen behandelt, die aus der Sicht des Handwerks entweder Chancen (im Sinne einer Verbesserung der bisherigen Rechtslage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Handwerksbetriebe) bieten oder aber (neue) Gefahrenpotenziale schaffen könnten.

Typischerweise sind Handwerksbetriebe bei der Erbringung von Bauleistungen beteiligt, es gibt aber auch Dienstleistungserbringer aus dem Handwerk (etwa bei den Reinigungsdienstleistungen oder den Catering-Leistungen) sowie die Erbringung von Lieferleistungen (etwa bei den Gesundheitshandwerken). Viele der Rechtsprobleme sind identisch mit denen anderer kleinerer und mittlerer Unternehmen, wobei sich die Handwerksbetriebe noch einmal durch das besondere Maß an persönlicher Fachkunde der Betriebsinhaber bzw. -leiter und eben durch die Handwerklichkeit der Leistungen von jenen unterscheiden.¹

Im Aufbau folgt die hier vorgelegte Untersuchung dem zeitlichen Ablauf eines Vergabeverfahrens. Daher werden im Anschluss an die Allgemeinen Teile betreffend den Anwendungsbereich und die neuen Grundsätze des Vergabeverfahrens (B und C) die relevanten Veränderungen bei Nachunternehmerschaft, Eignungsleihe und Bietergemeinschaft (D), bei der Leistungsbeschreibung (E) und im Vergabeverfahren im engeren Sinne (F) beschrieben, sodann geht es um Qualität und Kundennähe als handwerksaffine Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien (G) sowie schließlich um die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke aus der Perspektive des Handwerks (H) sowie um den hier ja stets prekären Rechtsschutz (I). Vorab soll die Entwicklung des neuen Unterschwellen-

¹ Vgl. nur allgemein Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2015, Rn. 468.

vergaberechts, dessen gegenwärtiger Bestand und vor allem die Frage, ob und in welchem Umfang die neuen Rechtsregeln überhaupt beachtlich sind, erörtert werden (A). Für wertvolle Unterstützung ist Herrn stud. iur. *Patrick Zimmermann* sehr zu danken.

A. Ziele und Struktur der Reform im Überblick

I. Vorheriger Entwicklungsstand

Sind die sich aus § 106 GWB ergebenden Schwellenwerte² unterschritten (bei Bauaufträgen ab 2018 5.548.000 Euro, bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 221.000 Euro), sind die EU-Vergaberichtlinien und demzufolge auch die §§ 97 ff. GWB sowie die Vergabeverordnung (VgV) und auch die VOB/A-EU nicht anwendbar. Die dann geltenden Vergaberegeln sind nicht Teil des bundesweit geregelten Wirtschaftsrechts, sondern ergeben sich in Abhängigkeit davon, ob der Bund, ein Land oder insbesondere die Kommunen Auftraggeber sind und in ihrem Haushaltsrecht entsprechende Regelungen getroffen haben. Der Eindruck, dass man es hier mit einer sehr zersplitterten Rechtslage zu tun habe, trägt aber, weil die jeweiligen Haushaltsgesetze bislang weitgehend übereinstimmend auf die jeweils ersten Abschnitte der VOL/A und der VOB/A (nachfolgend: VOB/A a.F.) verwiesen haben bzw. (sofern noch keine Reform erfolgt ist; dazu IV) gegenwärtig noch verweisen. Durchgehend fehlte die das GWB-Vergaberecht ja zentral prägende Einräumung eines subjektiven Rechts auf die Einhaltung der Vergabevorschriften (vgl. demgegenüber § 97 Abs. 6 GWB). In der Konsequenz dessen gab es auch keine Regelungen über ein Nachprüfungsverfahren. Nach Schätzungen erfolgen 90 % der Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte.³

Die zuletzt, d.h. bis zu der im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehenden Reform geltende Fassung der VOL/A datierte vom 20.11.2009.⁴ Sie bestand aus zwei Abschnitten, wobei im vorliegenden Zusammenhang Abschnitt 1 maßgeblich ist, der den Rechtsrahmen für Auftragsver-

² Näher zu deren Festlegung vgl. § 3 VgV, und dazu *Kau*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 2018, § 3 VgV (i.E.).

³ So das Bundeswirtschaftsministerium in dem am 15.6.2010 vorgelegten Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“, S. 2.

⁴ Bekanntgemacht im Bundesanzeiger Nr. 196a v. 29.12.1999.

gaben unterhalb der Schwellenwerte beinhaltete. Der zweite Abschnitt, der seinerzeit bereits umbenannt wurde in „VOL/A-EG“, war seit Frühjahr 2016 nicht mehr relevant, weil die in ihm enthaltenen Regelungen für die Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte in das GWB bzw. die VgV übertragen worden sind.

Die VOB/A galt bis zur Reform zuletzt in der Fassung der Ausgabe 2012.⁵ Ihr sog. Erster Abschnitt enthielt die sog. Basisparagrafen, die ausschließlich für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte relevant waren.

Eine zentrale Zielsetzung dieses Regelungskonzeptes bestand darin, dem Praktiker, der sowohl mit Vergaben oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte befasst ist, einen vertrauten Zugang zu eröffnen. Vor allem bei Auftraggebern, bei denen Vergaben oberhalb der Schwellenwerte weitaus seltener vorkommen, erschien die Unterteilung zwischen Basisparagrafen und EG- bzw. EU-Paragrafen durchaus sinnvoll. Allerdings ist diese Zielsetzung kaum mehr zu gewährleisten, seitdem das Oberschwellenvergaberecht infolge der Umsetzung der Vorgaben aus der Vergaberichtlinie 2014/24/EU grundlegend neu strukturiert worden ist.⁶ Dadurch ist umgekehrt vielmehr die Frage intensiver gestellt worden, ob nicht das Recht der Unterschwellenvergabe stärker an jene neuen Strukturen und Inhalte angepasst werden müsste. So zielt das Bundeswirtschaftsministerium mit der Erarbeitung einer „Unterschwellenvergabeordnung“ (dazu näher sogleich II) von Anfang an darauf ab, einen „möglichst weitreichenden Gleichlauf der Rechtslage oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte zu erreichen.“ Dieses Anliegen ist teilweise auf Kritik gestoßen,⁷ für den Baubereich wurde es durch den für die VOB/A zuständigen Ausschuss von vornherein gar nicht verfolgt.

Die nunmehr geschaffene Rechtslage lässt sich mithin dahingehend charakterisieren, dass im Anwendungsbereich der Unterschwellenvergabeordnung (betreffend Lieferungen und Dienstleistungen) eine stärkere Orientierung am neuen Oberschwellenvergaberecht entstanden ist, während im Baubereich unverändert eine stärkere Orientierung an der früheren Welt der Vergabeordnungen erkennbar ist.

⁵ BAnz AT 13.7.2012, B3.

⁶ Vgl. dazu *Burgi*, Auswirkungen des neuen Vergaberechts auf das Handwerk, 2016, S. 9 ff.

⁷ Vgl. stellvertretend die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Vergaberecht, VergabeR 2016, 701.

II. Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), das bereits die Federführung bei der Reform des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte innegehabt hat, legte am 31.8.2016 einen Diskussionsentwurf einer „Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)“ vor, mit dem Ziel, damit den ersten Abschnitt der VOL/A für Vergaben außerhalb des Baubereichs unterhalb der Schwellenwerte abzulösen. Nach verschiedenen kleineren Änderungen konnte dieses Regelwerk im Bundesanzeiger veröffentlicht werden (BAnz AT 07.02.2017, B1). Hierdurch wird explizit die VOL/A (Ausgabe 2009) ersetzt. Bereits auf der einleitenden Seite dieses Dokuments findet sich der Satz: „Die UVgO orientiert sich strukturell an der für öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Vergabeverordnung von April 2016“. Ebenfalls im Bundesanzeiger vom 7.2.2017 (BAnz AT 07.02.2017, B2) hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie „Erläuterungen zur Verfahrensordnung für die UVgO“ bekannt gemacht, auf die bei Interpretationsschwierigkeiten zurückgegriffen werden kann. Die Fachzeitschrift „NZBau“ hat in ihren Umschlagseiten (NZBau aktuell) zu Heft 1/2017 eine instruktive Synopse zum Vergleich der jeweils vergleichbaren Regelungen in der VOL/A, in der VgV und dem GWB veröffentlicht.

Ebenso wie bereits bei der VOL/A (und auch bei der VOB/A) handelt es sich auch bei der UVgO um ein Regelwerk, das nicht aus sich heraus Geltung beansprucht und insbesondere nicht etwa den Charakter einer Rechtsverordnung trägt. Weiterhin bedarf es mithin eines Tätigwerdens des jeweiligen Haushaltsgesetzgebers (dazu IV). Aufgrund des Anliegens der Orientierung an der Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte, ist die UVgO gänzlich anders aufgebaut und wesentlich umfangreicher als die VOL/A; insgesamt besteht sie aus 54 verschiedenen Vorschriften, jeweils mit Unterabsätzen. Die UVgO ist in vier Abschnitte unterteilt und wurde in mehreren Einführungsaufsätzen vorgestellt.⁸ Auch befassen sich mit ihr bereits erste Kommentarwerke.⁹ Ferner gibt es in der Reihe „Praxis Wissen Vergaberecht“ bereits ein kurzes Er-

⁸ Lausen, NZBau 2017, 3; Probst/Winters, VergabeR 2017, 311; Portz, KommJur 2017, 321.

⁹ So enthalten die aktuellen Auflagen der Kommentare *Willenbruch/Wieddekind* (Kompaktkommentar Vergaberecht, 4. Auflage 2017) und *Müller-Wrede* (VgV/UVgO, 2017) ebenso diesbezügliche Erläuterungen wie (teilweise) der Beck'sche Online-Kommentar zum Vergaberecht und der *Juris PK-Vergaberecht* (hrsg. von Heiermann/Zeiss/Summa).

III. VOB/A neu

Mit dem insoweit durchaus entgegengesetzten Ziel, die VOB/A in ihrem Gleichlauf strukturell zu erhalten, hat der für die Fortschreibung der VOB/A zuständige Hauptausschuss Allgemeines des Deutschen Vergabeausschusses in seiner 95. Sitzung am 11.5.2016 mehrere Änderungen im Ersten Abschnitt der VOB/A beschlossen. Diese wurden in der 96. Sitzung am 7.6.2016 beraten. Der Text des geänderten Abschnittes 1 wurde sodann im Bundesanzeiger veröffentlicht am 1.7.2016 (B4). Gegenüber der Fassung vom 7.1.2016 (BANz AT 19.1.2016, B3) betreffen die wichtigsten Änderungen die E-Vergabe (dazu inhaltlich F V). Aufgrund der Orientierung an den VOB/A-Strukturen fallen die strukturellen und weitgehend auch die inhaltlichen Änderungen insoweit nicht so stark aus wie im Anwendungsbereich der UVgO. Vergleichbar hat sich aber auch hier das Anliegen ausgewirkt, innerhalb des Baubereichs möglichst vergleichbare Strukturen zu enthalten; dass die VOB/A sich deutlich von der UVgO unterscheidet, liegt mithin in erster Linie daran, dass auch oberhalb der Schwellenwerte eine andere Struktur im Vergleich zwischen der VOB/A-EU und der VgV besteht. Die Rechtsanwender, auch die des Handwerks, sind mithin weiterhin, und vermutlich für lange Zeit, mit einer gespaltenen Rechtslage (ober- und unterhalb der Schwellenwerte sowie im Baubereich bzw. außerhalb des Baubereichs) konfrontiert.

IV. Anknüpfung in den Haushaltsgesetzen

Wie bereits festgestellt, handelt es sich sowohl bei der UVgO als auch bei der VOB/A zunächst lediglich um interne (wenngleich publizierte) Regelwerke. Sie entfalten solange weder für Auftraggeber noch für Bieter Rechtswirkungen, bis nicht die jeweils zuständigen Haushaltsgesetzgeber (getrennt nach Bund und Ländern) entsprechende Regelungen erlassen haben. Hinzu kommt in den meisten Ländern, dass es bislang (und voraussichtlich auch künftig) unterschiedliche Anknüpfungsregelungen betreffend die Stellen der Landesverwaltung einerseits oder die kommunalen Stellen andererseits gegeben hat und

¹⁰ UVgO und VOL/B, 2018.

weiterhin geben wird. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt (Dezember 2017) haben lediglich die Haushaltsgesetzgeber auf Bundesebene (dazu sogleich 1) und im Bereich der Flächenstaaten der Freistaat Bayern (dazu 2) Anknüpfungsregelungen verabschiedet. Die Entwicklung in den anderen Bundesländern dürfte sich in ähnlichen Bahnen bewegen, bleibt aber letzten Endes abzuwarten, bzw. muss abgewartet werden. Einer der Gründe dafür, dass die anderen Bundesländer noch keine Anknüpfungsregeln verabschiedet haben, dürfte darin liegen, dass sie ihre bestehenden Landesvergabegesetze (in Bayern gibt es hingegen kein Landesvergabegesetz) anpassen bzw. hierfür nutzen oder auch beseitigen müssen.¹¹

1. Bundesebene

Mit dem Ziel, auch im Unterschwellenbereich den Vorrang des offenen Verfahrens einführen zu können (dazu noch in der Sache F I), sah sich der Bundesgesetzgeber dazu veranlasst, zunächst die §§ 30 Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) und 55 Abs. 1 Bundeshaushaltsordnung (BHO) zu ändern. Dies geschah mit dem „Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften“ in Art. 10 bzw. 11 Nr. 5 dieses Gesetzes.¹² § 55 Abs. 1 BHO lautet seither: „Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Teilnahmewettbewerb ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt und zur Abgabe von Angeboten auffordert.“

Das Bundesministerium der Finanzen hat sodann die Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO neu gefasst (VV-BHO) und dies mit BMF-Rundschreiben vom 1.9.2017 (II A 3–H 1012-6/16/10003:003) bekannt gemacht. Danach wird für die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb

¹¹ Vgl. als Gesamtüberblick über die zum Zeitpunkt Mitte 2017 bestehenden Landesvergabegesetze, die jeweils neben Aussagen über die Verfolgung sozialer und ökologischer Zwecke bei der Beschaffungstätigkeit auch verschiedene Anknüpfungsbestimmungen betreffend die Unterschwellenvergabe enthielten, *Mertens*, in: *Gabriel/Krohn/Neun* (Hrsg.), *Handbuch des Vergaberechts*, 2. Auflage 2017, § 88.

¹² BGBl. I, S. 3122, v. 17.8.2017.

der Schwellenwerte für Auftraggeber des Bundes sowohl die UVgO als auch die VOB/A für anwendbar erklärt (gemäß Ziffer 2 dieses Schreibens), und zwar ohne jede Einschränkung. Seit 2.9.2017 gilt mithin für die Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen des Bundes unterhalb der Schwellenwerte die UVgO. Für die Vergabe von Bauaufträgen bleibt es bei der Anwendung der bereits seit Sommer 2016 maßgeblichen Fassung der VOB/A.

2. Ebene der Länder und Kommunen

Die Bayerische Staatsregierung hat am 14.11.2017 die „Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA)“ bekannt gemacht,¹³ welche wiederum auf der auch in Bayern entsprechend veränderten Neufassung des § 55 der Bayerischen Haushaltsordnung beruht. Danach wird für die Landesbehörden in Bayern die UVgO eingeführt, während es für den Baubereich bei der zuvor bestehenden Rechtslage (durch entsprechende Verwaltungsvorschriften begründet) bleibt. Die VVöA enthält allerdings verschiedene Modifikationen in Bezug auf Inhalte der UVgO. So finden sich Bestimmungen zum Umgang mit Nachunternehmern, eine Wertgrenze für die Verhandlungsvergabe (dazu noch F II 3) und mehrere nähere Bestimmungen zur „Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen“ (Ziffer 2; dazu noch F III) sowie zur Berücksichtigung „bevorzugter Bieter“, namentlich von Werkstätten für behinderte Menschen (Ziffer 3). Ab dem 1.1.2018 ist aber jedenfalls für die Landesbehörden in Bayern die UVgO maßgeblich und die VOL/A hinfällig geworden.

Für den Bereich der Kommunen ist eine eigenständige Anknüpfung geplant. Insoweit hat der Gesetzgeber bereits Änderungen in den §§ 31 Kommunale Haushaltsverordnung-Kameralistik und 30 Kommunale Haushaltsverordnung-Doppik beschlossen, die der Änderung des § 55 LHO entsprechen. Nähere inhaltliche Aussagen sollen sodann in einer „Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr“ niedergelegt werden, die sich gegenwärtig (Stand Dezember 2017) in der Verbändeanhörung befindet (Az. IB3-1512-31-19). Interessanterweise soll für die Kommunen von einer Verpflichtung zur Anwendung der UVgO abgesehen werden, vielmehr deren Anwendung „zur Vermeidung von rechtlichen Risiken ... (ledig-

¹³ AllIMBl. Nr. 11/2017, S. 507.

lich) empfohlen werden.“ Für den Baubereich soll hingegen der Wegfall des Vorrangs der Öffentlichen Ausschreibung übernommen werden, obwohl die VOB/A dieses (im Unterschied zur UVgO) gerade nicht enthält (dazu noch unten F I).

Fazit: Möchte ein einzelner Auftraggeber bzw. ein einzelner Handwerksbetrieb konkret wissen, welche Vorschriften für die infrage stehende Auftragsvergabe maßgeblich sind, müssen die jeweiligen Anknüpfungsregeln im Haushaltsrecht des jeweiligen Landes, ggf. differenziert danach, ob es sich um eine Auftragsvergabe durch Landes- oder durch Kommunalbehörden handelt, zu Rate gezogen werden. Erst dann kann abschließend über das Eingreifen einzelner Bestimmungen der UVgO bzw. der VOB/A Klarheit hergestellt werden. Die nachfolgende Darstellung in den Abschnitten B bis I kann sich mit diesen Einzelheiten nicht mehr befassen. Sie unterstellt das vollumfängliche Eingreifen sowohl der UVgO als auch der VOB/A.

B. Anwendungsbereich des künftigen Unterschwellenvergaberechts

I. Auftrags-, nicht auch Konzessionsvergabe

Das Oberschwellenvergaberecht hat in Umsetzung der EU-Richtlinien 2014 (konkret der Richtlinie über die Konzessionsvergabe (2014/93/EU)) erstmals auch Regelungen über die Vergabe von Konzessionen vorgesehen.¹⁴ Der Unterschied zwischen einer Konzession und einem Auftrag besteht darin, dass es sich beim öffentlichen Auftrag um einen vertraglich geregelten „Einkauf“ von Leistungen handelt, dem ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer zugrunde liegt. Hingegen besteht die Gegenleistung gegenüber einem Konzessionär in der (exklusiven) Einräumung eines (Nutzungs-) Rechts zur wirtschaftlichen Verwertung der eigenen Leistung über einen bestimmten Zeitraum. Dies erklärt, warum das Unterschwellenvergaberecht auf die Vergabe von Konzessionen nicht anwendbar ist, denn infolge der Verankerung im Haushaltsrecht fehlt es an einem insoweit maßgeblichen Abfluss von Haushaltsmitteln. Sowohl die UVgO (vgl. § 1 Abs. 1) als auch die VOB/A betreffen mithin nur die Vergabe

¹⁴ Vgl. zu ihnen *Burigi*, Auswirkungen, S. 17 f.

von Aufträgen. Immerhin verweist allerdings § 23 VOB/A in Abs. 2 mit Blick auf „Baukonzessionen“ „sinngemäß“ auf die §§ 1-22 der VOB/A. Hierin liegt aber keine Änderung der Rechtslage, weil sich eine entsprechende Bestimmung bereits früher in der VOB/A befunden hatte.

II. Grundsätzlich nur für Gebietskörperschaften

Oberhalb der Schwellenwerte zieht § 99 GWB den Kreis der „öffentlichen Auftraggeber“ in Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben sehr weit, indem er neben den Gebietskörperschaften (in Nr. 1; also Bund, Länder und Kommunen) insbesondere auch öffentliche Unternehmen, Universitäten oder andere in irgendeiner Weise staatlich beherrschte bzw. finanzierte Einheiten in den Auftraggeberbegriff einbezieht (v.a. durch Nr. 2).

Unterhalb der Schwellenwerte fehlt eine entsprechende Ausdehnung. In seinen Erläuterungen zur UVgO hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ausdrücklich festgestellt, dass „der personale Anwendungsbereich der UVgO über den Anwendungsbefehl von Bund und Ländern gesondert festgelegt werden“ müsste; aus sich heraus enthält mithin weder die UVgO noch die VOB/A eine Einbeziehung von Auftraggebern jenseits der Gebietskörperschaften.

Im Hinblick auf private Unternehmen, denen durch Nebenbestimmungen zu einem Zuwendungsbescheid auf der Grundlage der §§ 44 BHO bzw. LHO die Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften zur Auflage gemacht worden ist, hängt die Frage nach der Pflicht zur Beachtung der UVgO bzw. der VOB/A davon ab, wie die jeweilige Nebenbestimmung formuliert ist. Bislang verpflichten Nebenbestimmungen in Zuwendungsbescheiden typischerweise zur Einhaltung der VOB/A (sodass sich insoweit nichts ändern dürfte), bzw. zur Einhaltung der VOL/A. Insoweit müsste eine Anpassung des jeweils maßgeblichen Zuwendungsrechts erfolgen.¹⁵

C. Die neuen Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 2 Abs. 1 bis 4 UVgO¹⁶ ist § 97 Abs. 1 bis 4 S. 1 GWB nachgebildet

¹⁵ Zu den Grundsätzen dieses Rechtsgebiets vgl. an dieser Stelle nur *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 22 Rn. 10 ff.

¹⁶ Ausführlich zu § 2 UVgO *Lux/Fehns-Böer/Müller-Wrede/Pauka*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, §

und soll für den Unterschwellenbereich die gleichen Grundsätze des Vergabeverfahrens wie oberhalb der Schwellenwerte festlegen¹⁷, insbesondere Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung. § 2 UVgO entspricht zudem weitgehend § 2 VOL/A Abschnitt 1 (im Folgenden: VOL/A) bzw. § 2 VOB/A Abschnitt 1 a.F. (im Folgenden: VOB/A a.F.). § 2 VOB/A Abschnitt 1 (im Folgenden: VOB/A) weist keine Änderung gegenüber § 2 VOB/A a.F. auf.

Die Auslegung des § 2 Abs. 1 bis 4 UVgO orientiert sich grundsätzlich an der Auslegung des § 97 Abs. 1 bis 4 S. 1 GWB im Bereich oberhalb der Schwellenwerte. Die Rechtsprechung hat aus diesen drei Grundsätzen, insbesondere aus dem Wettbewerbsgrundsatz, verschiedene konkrete Pflichten abgeleitet,¹⁸ wobei die Vergabegrundsätze bei der Auslegung der einzelnen konkreten Vergabebestimmungen entweder auf der Tatbestandsseite (bei unbestimmten Rechtsbegriffen) bzw. auf der Rechtsfolgenreite als Direktiven zu berücksichtigen sind. Von diesen bieterschützenden Direktiven profitieren weiterhin auch die Handwerksbetriebe.

Andererseits muss die Auslegung von § 2 UVgO der Anwendung im nationalen Rahmen Rechnung tragen¹⁹: So dürfen etwa Bieter aus unterschiedlichen Bundesländern, Bezirken etc. nicht ungleich behandelt werden. Gleichfalls verbietet § 6 Abs. 1 VOB/A aus Wettbewerbsgründen Beschränkungen auf Bieter aus bestimmten Regionen oder Orten.

Sowohl im Oberschwellenbereich (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) als auch im Unterschwellenbereich (§ 2 Abs. 1 S. 2 UVgO) neu hinzugekommen sind die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit“, die näher zu beleuchten sind.

I. Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 UVgO)

§ 2 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 UVgO ist identisch mit § 97 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GWB. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist nunmehr an prominenter Stelle für den Unterschwellenbereich geregelt, während er zuvor nur vereinzelt in der VOL/A angedeutet war²⁰: So waren nach § 2 Abs. 1 S. 1 VOL/A

2 UVgO Rn. 1 ff.

¹⁷ S. *BMWi*, Erläuterungen, S. 2; *Lausen*, NZBau 2017, 3 (5); *Muñoz*, in: Goede/Stoye/Stolz (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Vergaberecht, 8. Kap. Rn. 37; zu den Grundsätzen der Vergabe s. *Burgi*, Vergaberecht, § 6.

¹⁸ Näher hierzu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 6 Rn. 14 ff.

¹⁹ S. *Muñoz*, in: Goede/Stoye/Stolz (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Vergaberecht, 2017, 8. Kap. Rn. 38.

²⁰ Vgl. *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 2 UVgO Rn. 32.

Aufträge „zu angemessenen Preisen“ zu vergeben und nach § 18 Abs. 1 S. 1 VOL/A erfolgte die Zuschlagserteilung auf das „wirtschaftlichste Angebot“ (jetzt: § 43 Abs. 1, 2 UVgO). § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A fordert die Vergabe von Bauleistungen „zu angemessenen Preisen“.

Seine haushaltsrechtliche Verankerung findet der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz für das Vergabeverfahren in § 30 HGrG i.V.m. § 6 Abs. 1 HGrG sowie in § 55 Abs. 1 BHO i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 BHO bzw. den jeweils entsprechenden Vorschriften in den Landeshaushaltsordnungen.²¹

Der neue Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bietet für das Handwerk auch unterhalb der Schwellenwerte die Chance, dass mehr Auftraggeber nicht mehr ausschließlich die Kosten des jeweils beschafften Gegenstandes, sondern die Kosten des gesamten Vergabeverfahrens in den Blick nehmen. Dies zielt auf einen kritischeren Umgang mit bürokratischen Formalien, wovon Auftraggeber wie Bieter gleichermaßen profitieren würden.

II. Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 UVgO)

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist in § 2 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 UVgO, der § 97 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GWB entspricht, auch für den Unterschwellenbereich erstmals ausdrücklich geregelt²²; in der VOB/A findet sich weiterhin keine entsprechende Regelung. Dieser im Unions- und Verfassungsrecht wurzelnde Grundsatz²³ kann auf allen Stufen des Vergabeverfahrens (Leistungsbeschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Ausführungsbedingungen) relevant werden.²⁴ Eine gesteigerte Relevanz wird im Hinblick auf die durch den Auftraggeber aufzustellenden Eignungskriterien und die sog. obligatorischen und fakultativen Ausschlussgründe (§ 31 Abs. 1 UVgO i.V.m. §§ 123, 124 GWB) zu erwarten sein (vgl. zu ihnen G I).²⁵ Die vom Auftraggeber aufgestellten Eignungskriterien müssen nach § 33 Abs. 1 S. 2 UVgO „in einem angemessenen Verhältnis“ zum Auftragsgegenstand stehen (Zumutbarkeit bzw. Angemessenheit als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes). Weiter müssen mögliche mildere, aber gleich

²¹ S. auch *Lausen*, NZBau 2017, 3; *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 2 UVgO Rn. 32.

²² Vgl. *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 2 UVgO Rn. 36.

²³ Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 24; *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 2 UVgO Rn. 36; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage 2017, § 1 Rn. 45, der die Entbehrlichkeit einer expliziten Regelung für die Geltung auch unterhalb der Schwellenwerte annimmt.

²⁴ Zu Beispielen s. *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 25; *Burgi*, Auswirkungen, S. 16 f.

²⁵ Vgl. *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 2 UVgO Rn. 37.

effektive Maßnahmen gegenüber einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren geprüft werden (Erforderlichkeit).²⁶

Aus der Sicht des Handwerks verbinden sich mit der Anwendung dieses neuen Grundsatzes Chancen wie Gefahren: So wünschenswert es einerseits auch aus der Sicht von Handwerksunternehmen ist, von übermäßigen Nachweispflichten verschont zu bleiben, so rasch kann ein zu großzügiger Umgang des Auftraggebers insbesondere mit Fachkundenachweisen (künftig: Befähigungsnachweisen), §§ 31 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 2, 33 Abs. 1 S. 1 UVgO, auch zulasten der typischerweise besonders fachkundigen (bzw. befähigten) Bieter aus dem Handwerk führen. Während sich in § 46 Abs. 3 VgV für den Oberschwellenbereich eine konkrete Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beim Umgang mit Nachweisen findet, besteht für Auftraggeber im Rahmen des § 35 UVgO ein größerer Spielraum²⁷; hierauf ist zu F IV zurückzukommen.

D. Relevante Veränderungen bei Unteraufträgen, Eignungsleihe und Bietergemeinschaft

I. Unteraufträge und Eignungsleihe

Während die Bietergemeinschaft (dazu III) eine gemeinschaftliche Verpflichtung gegenüber dem Auftraggeber anstrebt, verpflichtet sich ein Nachunternehmer (synonym: „Unterauftragnehmer“, „Subunternehmer“) lediglich dem Bieter gegenüber, welcher weiterhin allein Vertragspartner des Auftraggebers (und mithin Auftragnehmer) wird. Das Ziel des Bieters bei der Nachunternehmerschaft ist die Erschließung von ihm selbst fehlenden Ressourcen technischer oder finanzieller Art bzw. von Know-how oder auch die Schließung von Kapazitätslücken. Daneben kann es ihm um die Verbesserung der Qualität seines Angebots und/oder um die Preise gehen. Als Nachunternehmerkandidaten kommen vielfach auch Handwerksbetriebe in Betracht, denen dieses Institut eine wertvolle Chance eröffnet, überhaupt an einen öffentlichen Auftrag zu kommen. Insofern ist die Nachunternehmerschaft ein Instrument zur Handwerksförderung qua Marktzutritt.²⁸ Dem steht das Risiko des Auftraggebers gegenüber, einen nicht gleichermaßen ge-

²⁶ Vgl. *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 2 UVgO Rn. 37.

²⁷ Vgl. *Probst/Winters*, VergabeR 2017, 311 (318 f.).

²⁸ Näher *Terwiesche*, VergabeR 2009, 26 (37).

prüfen und kontrollierbaren Leistungserbringer gewissermaßen untergeschoben zu bekommen.

In der VOL/A fand sich keine Regelung zur Nachunternehmerschaft. Im neuen Recht ist die Nachunternehmerschaft oberhalb der Schwellenwerte in § 36 VgV geregelt. Hiermit stimmt der für den Unterschwellenbereich maßgebliche § 26 UVgO im Wesentlichen überein.

In der VOB/A gibt es weiterhin keine § 36 VgV oder § 26 UVgO entsprechende Regelung. Allerdings enthalten § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A (vorher: § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A a.F.), § 8a Abs. 4 Nr. 1 lit. c) VOB/A (vorher: § 8 Abs. 6 Nr. 1 lit. c) VOB/A a.F.) und § 20 Abs. 1 Nr. 8 VOB/A (vorher: § 20 Abs. 1 Nr. 8 VOB/A a.F.) verschiedene Vorgaben zum Nachunternehmerinsatz im Rahmen der Vergabeunterlagen, Vertragsbedingungen und Dokumentation, die zwar die Statthaftigkeit nicht regeln, aber doch implizit voraussetzen. Für die Nachunternehmerschaft ist nur dort Raum, wo das Selbstausführungsgebot (s. sogleich II) nicht greift (Entweder/Oder-Verhältnis).²⁹ Jenseits der erforderlichen Eigenleistungsquote (von Generalunternehmern) besteht Raum für die Nachunternehmerschaft – auch im Kontext mit den §§ 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B, 4 Nr. 4 VOL/B – soweit der Auftraggeber dem vorher zustimmt. Hauptstreitpunkt ist mithin die Frage nach der Höhe einer (noch) zulässigen Eigenleistungsquote.³⁰

In den Verwaltungsvorschriften der Länder werden diese Vorgaben konkretisiert. So hat der Auftraggeber bei Aufträgen mit Nachunternehmerleistungen in den Ausschreibungsunterlagen nach Ziffer 2.3 S. 1 der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) Bayern festzulegen, dass der Auftragnehmer bei dessen Einholung von Angeboten für die Unteraufträge „regelmäßig KMU angemessen beteiligen soll“. Die Anforderungen an die Nachunternehmerschaft aus §§ 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B, 4 Nr. 4 VOL/B bleiben unberührt (Ziffer 2.3 S. 2 VVöA Bayern), d.h. insoweit ist die Nachunternehmerschaft bei vorheriger Zustimmung des Auftraggebers statthaft. Zudem hat der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen die Verpflichtung aufzustellen, dass VOB/B und VOL/A Vertragsbestandteil zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer werden und keine abweichenden, ungünstigeren

²⁹ Vgl. hierzu schon *Conrad*, VergabeR 2012, 15 (16).

³⁰ S. hierzu auch *Leinemann/Büdenbender/Offermann*, in: *Leinemann* (Hrsg.), *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, 6. Auflage 2016, Kap. 5.9, Rn. 1167.

Regelungen zulasten des Nachunternehmers getroffen werden (Ziffer 2.3 S. 3 VVöA Bayern). Die Ziffern 2.4 und 2.6. VVöA Bayern etablieren weitere Anforderungen, nämlich bei Beteiligung ausländischer Auftragnehmer oder Nachunternehmer eine Nachweispflicht für die Arbeitserlaubnis ausländischer Arbeitnehmer bzw. bei Bauleistungen das Einfordern von Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, das Zahlen von Steuern und Sozialabgaben sowie das Einhalten gewerbe-rechtlicher Vorschriften (auch) durch den Nachunternehmer.

Von der in § 26 UVgO geregelten Nachunternehmerschaft unterscheidet sich die sog. Eignungsleihe. Sie entsteht dadurch, dass der Auftraggeber für die „wirtschaftliche, finanzielle, technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ (also für die Eignungskriterien; vgl. G I u. II) Nachweise verlangt und der Bieter sich zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen stützen möchte (z.B. auf einen finanziell ein-stehenden Mutterkonzern oder einen Geräteverleiher). Die Eignungsleihe ist im Unterschied zur Nachunternehmerschaft³¹ ausschließlich im Verfahrensstadium der Eignungsprüfung relevant und sie impliziert keine veränderte Binnenstruktur. Eignungsleihgeber kann ein Nachunternehmer sein, es kommen aber auch sonstige Dritte in Betracht, namentlich aus einem Konzernverbund. Die dadurch modifizierten Anforderungen an die Eignungsprüfung sind oberhalb der Schwellenwerte in §§ 47 VgV, 6d VOB/A-EU geregelt. Danach sind Nachunternehmerschaft und Eignungsleihe statthaft, was sich explizit aus §§ 36, 47 VgV, 6d VOB/A-EU ergibt.

Während VOL/A und VOB/A a.F. keine Regelung der Eignungsleihe enthielten, wird diese nunmehr im Unterschwellenbereich durch § 34 UVgO erfasst, der § 47 VgV nachgebildet ist. Eine § 6d VOB/A-EU vergleichbare Regelung findet sich in der VOB/A auch in der neuen Fassung nicht. Ein Erst-recht-Schluss aus der grundsätzlichen Statthaftigkeit des Nachunternehmereinsatzes im Rahmen der VOB/A auf die Statthaftigkeit der Eignungsleihe ist abzulehnen, da die Eignungsleihe nicht „wesensgleiches Minus“ zur Nachunternehmerschaft, sondern etwas qualitativ anderes ist.³² Allerdings wird

³¹ Vgl. *Conrad*, VergabeR 2012, 15. Als anschauliches Beispiel aus der Praxis: OLG München, NZBau 2015, 711 (S-Bahn Nürnberg). Jüngst zum Rechtsrahmen oberhalb der Schwellenwerte *Fock/Geuenich-Schmitt*, VergabeR 2017, 422 ff.

³² S. dazu schon *Conrad*, VergabeR 2012, 15 (16 ff.) im Anschluss an OLG Düsseldorf, NZBau 2011, 54.

auch der Fall, dass im Baubereich – zumal unterhalb der Schwellenwerte und *in praxi* überwiegend national geprägten Sachverhalten – der Eignungsnachweis des Bieters nur mittels Eignungsleihe gelingen kann, seltener vorkommen als bei Liefer- und Dienstleistungen.

Erforderlich ist, dass der Auftragnehmer einen determinierenden Einfluss behalten und auch ausüben muss. Dies hatte das OLG Düsseldorf nach intensiver Prüfung im Jahre 2010 dem Architekten des „Berliner Stadtschlusses“ im Verhältnis zu der von diesem eingeschalteten Projektgesellschaft bescheinigt.³³ Wie die Nachunternehmerschaft als solche ist auch die sog. Mehrfachbeteiligung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. In Fällen dieser Art tritt ein- und dasselbe Unternehmen zugleich als Nachunternehmer und selbst als Bieter auf, u.U. sogar wechselseitig (sog. Überkreuzbeteiligung), soweit nicht durch die Weitergabe von Kenntnissen zwischen den verschiedenen Akteuren der Grundsatz des Geheimwettbewerbs beeinträchtigt ist.³⁴

Greifen Bieter „zum Nachweis ihrer Eignung“ auf andere Unternehmen zurück (gleichgültig ob diese Nachunternehmer oder bloß im Wege der Eignungsleihe gewonnene Unternehmen sind), verändern sich die Inhalte und vor allem der Ablauf der Prüfung der Eignung.

§ 34 UVgO normiert – weitgehend parallel zu §§ 47 VgV, 6d VOB/A EU – für den Fall der Eignungsleihe folgende Anforderungen:

- Der Bieter muss nachweisen, dass ihm die „erforderlichen Mittel“, d.h. die Kapazitäten des Dritten, auch tatsächlich zur Verfügung stehen (Verfügbarkeitserklärung, § 34 Abs. 1 S. 1 UVgO).
- Der Bieter muss ferner die Eignung des Dritten und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB nachweisen (§ 34 Abs. 2 S. 1 UVgO). Andernfalls kann bzw. muss die Ersetzung des ursprünglich vorgesehenen Dritten verlangt werden, § 34 Abs. 2 S. 2 UVgO i.V.m. § 26 Abs. 5 S. 1, 2 UVgO.

Gemäß § 34 Abs. 3 UVgO kann der Auftraggeber eine „gesamtschuldnerische Haftung“ von Bieter und Drittem verlangen. Insgesamt hat die Neuregelung verschiedene bisher bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigt.³⁵

³³ OLG Düsseldorf, NZBau 2010, 393 m. Anm. *Prieß/Hölzl*, NZBau 2010, 354 (358).

³⁴ Vgl. dazu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 6 Rn. 20.

³⁵ Vgl. zu diesen *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 9 Rn. 17 m.w.N.

II. Selbstausführungsgebot

Je nach Konstellation kann es für Handwerksbetriebe interessant sein, über eine Nachunternehmerschaft bzw. im Wege der Eignungsleihe oder auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft (III) überhaupt in die Erbringung eines öffentlichen Auftrags einbezogen zu werden – oder aber, umgekehrt, erhöhte Chancen zu bekommen, selbst der eigentliche Bieter zu werden, weil größere Konkurrenten bzw. industrieller organisierte Konkurrenten oder Generalunternehmer eine bestimmte Schlüsselaktivität selbst nicht mit der gleichen Fachkunde und Leistungsfähigkeit erbringen können, weswegen der Auftraggeber sich dazu entschließt, ein sog. Selbstausführungsgebot anzuordnen.

Dies wurde unter Geltung des europäischen Vergaberechts lange Zeit für unstatthaft gehalten,³⁶ bis der EuGH in seinem Urteil vom 10.10.2013³⁷ den Weg zu einer großzügigeren Sichtweise gebahnt hatte. Daran anknüpfend, eröffnet Art. 63 Abs. 2 der VRL die Möglichkeit für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, ein Selbstausführungsgebot bei der jeweiligen Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien oberhalb der Schwellenwerte vorzusehen. Der deutsche Gesetzgeber hat hiervon mit den §§ 47 Abs. 5 VgV, 6d Abs. 4 VOB/A-EU Gebrauch gemacht. Hiervon könnten die betreffenden Handwerksunternehmen in erheblichem Maße profitieren. Die Definition des Merkmals der „kritischen Aufgaben“ ist bei teleologischer Auslegung daran auszurichten, bestimmte Schlüsselgewerke nicht in eine Nachunternehmerstruktur geben zu wollen, sondern hierauf den direkten Zugriff behalten zu können, wobei ein gewisser Beurteilungsspielraum zugunsten der öffentlichen Auftraggeber besteht.

Im Unterschwellenbereich wird in § 26 Abs. 6 UVgO ein umfassendes Selbstausführungsgebot („alle oder bestimmte Aufgaben“) geregelt, das im Gegensatz zu § 47 Abs. 5 VgV nicht auf „kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen“ bzw. „kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag“ beschränkt ist.³⁸ Der Auftraggeber kann die unmittelbare Leistungserbringung durch den

³⁶ EuGH, C-176/98, Slg. 1999, I_8607 (Holst Italia); EuGH, C-314/01, NZBau 2004, 340 (Siemens).

³⁷ EuGH, C-94/12, VergabeR 2014, 134 (Swm Costruzioni) m. Anm. Trautner.

³⁸ S. *BMWi*, Erläuterungen, S. 6 f.; *Plauth*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 26 UVgO Rn. 18 f.; *Probst/Winters*, VergabeR 2017, 311 (317 f.).

Auftragnehmer (bzw. im Falle der Bietergemeinschaft durch einen Teilnehmer der Bietergemeinschaft) vorschreiben, mithin Nachunternehmerchaft und Eignungsleihe ausschließen. Dies ermöglicht Auftraggebern nach dem Wortlaut der Norm, Auftragnehmern eine erhebliche Eigenleistungsquote aufzugeben, mit unter Umständen existenzbedrohenden Folgen für Generalunternehmer.³⁹ Ein solches umfassendes Selbstausführungsgebot ist m.E. indes auch im Unterschwellenbereich mit Blick auf das primäre Unionsrecht problematisch.⁴⁰ So hat sich der EuGH⁴¹ in der Entscheidung vom 5.4.2017 in der Rechtssache „Borta“ unter anderem mit dem Selbstausführungsgebot im Unterschwellenbereich befasst. Mindestanforderung für die Zulässigkeit ist, dass der Auftraggeber jedenfalls ein aufgrund einer Einzelfallprüfung konkretes, nicht völlig unberechtigtes und nachvollziehbar begründetes Interesse an der Selbstausführung der Leistung oder eines Leistungsteils darlegen kann.⁴² Dieses Interesse ist abhängig vom Wirtschaftsbereich, der Art der Arbeiten und der Qualifikation der Unterauftragnehmer zu bestimmen.⁴³ Unzulässigkeit ist zumindest dann anzunehmen, wenn sich das Selbstausführungsgebot auf sekundäre und leicht substituierbare Teile der zu erbringenden Leistung richtet⁴⁴ oder allein damit begründet wird, die ordnungsgemäße Auftragsdurchführung sicherzustellen, indem die Praxis von Bietern unterbunden wird, die Aufträge erhalten, diese aber gleichwohl nicht selbst ausführen wollen.⁴⁵ Nicht zuletzt, weil § 26 Abs. 6 UVgO weitreichender als §§ 47 Abs. 5 VgV, 6d Abs. 4 VOB/A EU ist, wird auch hier zu verlangen sein, dass der Auftraggeber die entsprechenden Gründe in der Vergabedokumentation darlegen muss.

Ebenso wie schon § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A a.F. enthält der inhaltlich dahingehend unverändert gebliebene § 6 Abs. 3 **VOB/A** (s. dazu auch III) ein Selbstausführungsgebot, wonach sich nur Bieter am Vergabe-

³⁹ S. Probst/Winters, VergabeR 2017, 311 (318): „den Garaus machen“.

⁴⁰ In diese Richtung auch EuGH, C-298/15, VergabeR 2017, 448 (453 ff.; Rn. 46 ff., 54 ff.) (Borta) m. Anm. *Reidt*; und vertieft *Plauth*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 26 UVgO Rn. 21 m.w.N.; *Stoye/Brugger*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 26 UVgO Rn. 15.

⁴¹ EuGH, C-298/15, VergabeR 2017, 448 (Borta) m. Anm. *Reidt*.

⁴² *Plauth*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 26 UVgO Rn. 21 m.w.N.; *Stoye/Brugger*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 26 UVgO Rn. 15. Zum Rechtfertigungsbedürfnis für den öffentlichen Auftraggeber s. auch OLG Celle, NZBau 2016, 381 (385 und 4. Ls.).

⁴³ EuGH, C-298/15, VergabeR 2017, 448 (454; Rn. 55) (Borta) m. Anm. *Reidt*.

⁴⁴ *Stoye/Brugger*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 26 UVgO Rn. 15; s. schon *Stoye/Brugger*, VergabeR 2015, 647 (652) zu Art. 63 Abs. 2 VRL.

⁴⁵ EuGH, C-298/15, VergabeR 2017, 448 (454; Rn. 52 f.) (Borta) m. Anm. *Reidt*.

verfahren beteiligen können, wenn sie sich „gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen“. Nach § 6 Abs. 2 VOB/A gilt dies bei Bietergemeinschaften insoweit, als sie die Arbeiten – zumindest zum überwiegenden Teil – im eigenen Betrieb bzw. in den Betrieben der Mitglieder ausführen.⁴⁶ Auch hier ist eine primärrechtskonform reduzierende Auslegung nötig, d.h. den Interessen der Generalunternehmer ist dahingehend Rechnung zu tragen, dass die Anforderungen an die Eigenleistungsquote nicht überspannt werden. Vorgeschlagen wird hier eine Quote von ca. einem Drittel.⁴⁷

In den Verwaltungsvorschriften der Länder finden sich konkretisierende Regelungen zu § 6 Abs. 3 VOB/A. So ist nach Ziffer 2.5. S. 1 VVöA Bayern die Vergabe von Bauleistungen an sog. Generalübernehmer nicht zulässig. Generalübernehmer werden in Ziffer 2.5 S. 2 definiert als „Unternehmen, die Bauleistungen in Auftrag nehmen, ohne sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Bauleistungen zu befassen“, was wiederum an § 6 Abs. 3 VOB/A erinnert.

III. Bietergemeinschaft

Im Unterschied zur Nachunternehmerschaft strebt die Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaft eine gemeinschaftliche Verpflichtung gegenüber dem Auftraggeber an, beruhend auf einem gesellschaftsrechtlichen Verbund. Nach Zuschlagserteilung wird die erfolgreiche Bietergemeinschaft zur sog. Arbeitsgemeinschaft (ARGE). Aus der Sicht von Handwerksbetrieben verbindet sich auch hiermit die Chance zur Mitwirkung an größeren, aus eigener Kraft nicht zu stemmenden öffentlichen Aufträgen, insbesondere für Newcomer. Dem stehen als Nachteil erhöhte Transaktionskosten gegenüber.

Nach §§ 43 Abs. 2, 3 VgV, 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A-EU sind oberhalb der Schwellenwerte Bietergemeinschaften ohne weiteres den einzelnen Bewerbern gleichgestellt. Daneben bestehen freilich verschiedene formelle Anforderungen, vgl. § 43 Abs. 3 VgV. Keine inhaltlichen Änderungen haben sich im Hinblick auf die Prüfung der Eignungs- und

⁴⁶ Dazu *Werner*, in: Willenbruch/Wiedekind (Hrsg.), *Kompaktcommentar Vergaberecht*, 4. Auflage 2017, § 6 VOB/A Rn. 8.

⁴⁷ S. hierzu *Noch*, *Vergaberecht kompakt*, 7. Auflage 2016, Kap. B Rn. 304 m.w.N.; für den Oberschwellenbereich dagegen krit. ggü. einer genauen prozentualen Quote *Leinemann/Büdenbender/Offermann*, in: *Leinemann* (Hrsg.), *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, 6. Auflage 2016, Kap. 5.9 Rn. 1167 m.w.N.

Zuschlagskriterien beim Umgang mit Bietergemeinschaften ergeben.⁴⁸ Unterhalb der Schwellenwerte findet sich in § 32 Abs. 2, 3 UVgO eine nahezu mit § 43 Abs. 2, 3 VgV gleichlautende Regelung zu den Bietergemeinschaften. Zudem besteht § 6 Abs. 2 VOB/A, der gegenüber §§ 43 Abs. 2, 3 VgV, 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A-EU allerdings für die Gleichstellung von Bietergemeinschaft und Einzelbieter einschränkend und mit Blick auf das Selbstaussführungsgebot erfordert, dass die Bietergemeinschaft „die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben der Mitglieder ausführen“. In beiden Bereichen sind Bietergemeinschaften freilich auch ohne explizite Regelung als statthaft anzusehen.

E. Qualität und Nachhaltigkeit vermittelt der Leistungsbeschreibung

Wenn es der Anspruch des Handwerks ist, fachlich höchstqualifizierte Leistungen mit gleichermaßen technischer wie wirtschaftlicher Kompetenz und Potenz zu erbringen, dann ist der Rechtsrahmen der den Auftakt eines jeden Vergabeverfahrens bildenden „Leistungsbeschreibung“ von entscheidender Bedeutung. An der Leistungsbeschreibung zeigt sich, ob es einem Auftraggeber darum geht, qualitativ möglichst gehaltvolle und nachhaltige Leistungen zu erwerben, gleichzeitig wirken sich hier etwaige Nachlässigkeiten oder Oberflächlichkeiten dahingehend aus, im Verlaufe des Verfahrens dann eben auch nur entsprechende Angebote zu bekommen.

Mit der GWB-Novelle 2016 ist die Leistungsbeschreibung für den Oberschwellenbereich erstmals auf der Ebene des Gesetzes normiert worden. Unterhalb der Schwellenwerte wird die Leistungsbeschreibung nun von § 23 UVgO und § 7 VOB/A, die § 7 VOL/A bzw. § 7 VOB/A a.F. ablösen, geregelt. Sie bildet weiterhin den Bezugspunkt für die Formulierung der Eignungs- und der Zuschlagskriterien sowie für die abschließende Wertungsentscheidung.

I. Überblick über die neuen Regelungen

Mit der Leistungsbeschreibung werden Art und Zuschnitt des Auftragsgegenstandes den künftigen Bietern gegenüber kommuniziert.

⁴⁸ Vgl. zu den Einzelheiten *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 9 Rn. 22 m.w.N.

Eine korrekte Leistungsbeschreibung ist die Voraussetzung (aus der Sicht der Bieter) für die zuverlässige Ausarbeitung der Angebote und (aus der Sicht des Auftraggebers) für die Vergleichbarkeit der Angebote, deren zutreffende Wertung und schließlich für die reibungslose und technisch einwandfreie Ausführung der Leistung sowie deren vertragsgemäße und regelgerechte Abrechnung. Oberhalb der Schwellenwerte bringt das § 121 Abs. 1 S. 1 GWB mit der Formulierung, wonach der Auftragsgegenstand „so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben (ist), dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und alle Angebote miteinander verglichen werden können“ auf den Punkt. Hierbei handelt es sich auch um eine bieterschützende Vorschrift, deren Missachtung im Nachprüfungsverfahren gerügt werden kann.⁴⁹

Unterhalb der Schwellenwerte regelt § 23 UVgO die Leistungsbeschreibung weitgehend identisch zu § 121 Abs. 1, 2 GWB i.V.m. § 31 Abs. 2 bis 6 VgV. § 7 VOB/A ersetzt § 7 VOB/A a.F.

Je mehr eine kluge Vergabestelle in der Beachtung der Vergaberegeln nicht lediglich eine lästige Pflicht sieht, sondern die Auftragsvergabe als Mittel zur verbesserten Erfüllung ihrer Aufgaben begriff, desto mehr ist die Leistungsbeschreibung das zentrale Instrument, mit dem die Vergabestelle die sich aus den politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der jeweiligen Aufgabenerfüllung ergebenden Anforderungen gleichsam vergaberechtlich „übersetzt“.

II. Leistungsbeschreibung mit Leistungs- oder zusätzlichen Funktionsanforderungen

Oberhalb der Schwellenwerte werden in den §§ 121 Abs. 1 GWB, 31 Abs. 2 VgV ohne nähere Charakterisierung die Leistungsbeschreibung mit Leistungsanforderungen und die Leistungsbeschreibung mit Funktionsanforderungen gleichermaßen legitimiert. Die VOB/A-EU enthält insoweit eine differenziertere Regelung, indem sie in § 7b die soeben genannte erste Variante präziser als „Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“ charakterisiert und die zweite Alternative in § 7c als „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“. § 23 Abs. 1

⁴⁹ Als Zusammenfassung der diesbezüglichen Fehlerquellen vgl. *Laumann/Scherf*, VergabeR 2013, 539.

UVgO ist identisch mit § 121 Abs. 1 GWB. Auch § 7 Abs. 2 VOL/A enthielt eine ähnliche Differenzierung. § 7 VOB/A enthält mit § 7b VOB/A („Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“) und § 7c VOB/A („Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“) dagegen ebenso wie §§ 7, 7b, 7c VOB/A EU differenzierte Regelungen.

Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (oder auch konventionelle bzw. konstruktive Leistungsbeschreibung genannt)⁵⁰ besteht typischerweise aus einer konkreten Darstellung der zu erbringenden Leistungen im Einzelnen und einem in Teilleistungen gegliederten Leistungsverzeichnis (Beispiele: Tägliche Reinigung der Büroräume mit einem näher bezeichneten Reinigungsgrad; Errichtung der Sanitärwerke im ersten Obergeschoss anhand genau bezeichneter technischer Anforderungen etc.). Keine Leistungsbeschreibung wird auf diese Elemente verzichten können, weswegen die beiden Alternativen auch nicht in einem Entweder/Oder-Verhältnis zueinander stehen. Vielmehr ist die Frage, ob in Kombination mit einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis zusätzlich auch funktionale Anforderungen gestellt werden sollen, und es mithin um eine zugleich konstruktive und funktionale Leistungsbeschreibung geht. Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis kann nur dann vollständig auf funktionale Elemente verzichten, wenn es sich um die Beschaffung handelsüblicher, standardisierter Leistungsgegenstände (etwa Büro-PCs mit Standardsoftware; kleinere Reparaturarbeiten an einem Gebäude) handelt.

Die Leistungsbeschreibung mit funktionalen Anforderungen eröffnet den Bietern hinsichtlich der Art und Weise der Umsetzung der ihnen (freilich wiederum konkret) vorgegebenen Zwecke, Funktionen und einzelnen Anforderungen Spielräume. Bei dieser Alternative obliegt es den Bietern, sich darüber Gedanken zu machen, wie sie den gestellten Anforderungen im Interesse der Funktionserfüllung gerecht werden wollen. Funktionale Elemente in einer Leistungsbeschreibung sind ein wichtiges Instrument der Innovationsförderung, indem der staatliche Auftraggeber das im Markt typischerweise in größerem Umfang und fortgeschrittener Verdichtung vorhandene Wissen und Know-how abzuschöpfen versucht (vgl. dazu noch IV).

⁵⁰ Vgl. zu den Einzelheiten *Krohn*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*, 2. Auflage 2017, § 19 Rn. 8 ff.

Insbesondere betreffend Leistungen, über die der Auftraggeber keine vertieften Kenntnisse und Einblicke besitzt (Beispiel: Bei der logistischen Durchführung von Bauhandwerksleistungen) kommt eine Ergänzung um funktionale Elemente in Betracht. Dies bedeutet, dass die Bieter in der Leistungsbeschreibung dazu aufgefordert werden, hinsichtlich eines näher umschriebenen Ziels Konzepte vorzulegen. Während beispielsweise der konventionelle Teil der Leistungsbeschreibung zur Verlegung von Kabelkanälen in einem existierenden Gebäude verpflichtet, etablieren die funktionalen Anforderungen ergänzend die Verpflichtung, ein Konzept vorzulegen über die Aufrechterhaltung des regulären Bürobetriebs und die Durchführung etwaiger Umzüge. Die Bewertung der von den einzelnen Bietern sonach vorgelegten Konzepte eröffnet (neben dem Preis) eine zusätzliche Vergleichsgelegenheit und bildet sich in einem Zuschlagskriterium neben dem Preis ab. Die spätere Prüfung des Zuschlagskriteriums „Qualität“ (vgl. noch G II) verspricht dadurch konkreter und treffsicher zu werden. Verzichtet der Auftraggeber auf die Aufnahme von solchermaßen beschriebenen funktionalen Elementen, ist er allein auf die Angaben der Bieter über deren Vorstellungen zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung angewiesen. Sowohl § 121 GWB als auch § 31 VgV formulieren keine Voraussetzungen für die Statthaftigkeit des Einbaus funktionaler Elemente in die Leistungsbeschreibung. Gleiches gilt für § 23 UVgO und galt für § 7 VOL/A. Nichtsdestoweniger ist nach der bereits zu der insoweit unveränderten Vorgängerfassung dieser Vorschriften ergangenen Rechtsprechung davon auszugehen, dass der Auftraggeber auch hier insoweit die Vorgaben hinsichtlich Zweck, Funktion und einiger Grundanforderungen selbst festlegen muss, den Bietern also nicht völlig freie Hand gelassen werden darf.⁵¹

Strenger ist insoweit die **VOB/A**, die funktionale Elemente in der Leistungsbeschreibung (in den Worten des § 7c Abs. 1 VOB/A – ebenso wie schon § 7 Abs. 13 VOB/A a.F.: „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“) als Abweichung vom Regelfall der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7b Abs. 1 VOB/A) nur für

⁵¹ EuGH, C-423/07, NZBau 2010, 643 m. Anm. *Krohnsbein/Dewald*, NZBau 2011, 146 (Kommission/Spanien); OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 188 m. Anm. *Wehrauch*; OLG Düsseldorf, NZBau 2013, 788; NZBau 2014, 374.

statthaft erklärt, wenn es „nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist“, und zwar „um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln“.

III. Inhaltliche und nachweisbezogene Anforderungen

Nach § 31 Abs. 3 S. 2 VgV bzw. (gleichlautend) aus § 7a Abs. 1 Nr. 2 VOB/A EU ergibt sich künftig für die Oberschwellenvergabe, dass „auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette“ bezogene Merkmale in der Leistungsbeschreibung erfasst werden können bzw. müssen. Dies auch dann, wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind. Voraussetzung ist aber stets, dass sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu dessen Wert und Beschaffung verhältnismäßig sind. Dies betrifft ökologische oder soziale Aspekte außerhalb des eigentlichen Beschaffungsgegenstandes, etwa die Anforderung, dass die beim Bau verwendeten Bauprodukte in nachhaltiger Weise wieder entsorgt werden bzw. nach ihrem Gebrauch recyclebar sein können. Hierauf ist zu H zurückzukommen.

Für den Unterschwellenbereich findet sich in § 23 Abs. 2 S. 2 UVgO eine mit § 31 Abs. 3 S. 2 VgV nahezu identische Regelung. Während in der VOL/A hierzu keine Regelung getroffen wurde, können bzw. konnten in der VOB/A bzw. zuvor der VOB/A a.F. solche inhaltlichen Anforderungen freilich in abgeschwächter Form über das Instrument der „technischen Spezifikationen“ implementiert werden (§ 7a Abs. 1 VOB/A i.V.m. Anhang TS Nr. 1 VOB/A; vorher: § 7 Abs. 3 VOB/A a.F. i.V.m. Anhang TS Nr. 1 VOB/A a.F.). Dabei erlaubt § 7a Abs. 1 VOB/A i.V.m. Anhang TS Nr. 1 VOB/A nunmehr auch Produktionsprozesse und -methoden „in jeder Phase des Lebenszyklus der Bauleistungen“ einzubeziehen.

Wie schon bisher, müssen Leistungsbeschreibungen den Erfordernissen der Eindeutigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit entsprechen. Ferner müssen sie diskriminierungsfrei formuliert sein. Dabei ist der sog. Grundsatz der Produktneutralität (oberhalb der Schwellenwerte in §§ 31 Abs. 6 VgV bzw. 7 Abs. 2 VOB/A-EU) zu beachten.⁵² Unter-

⁵² Näher zu den Einzelheiten *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 12 Rn. 13 ff. m.w.N.

halb der Schwellenwerte findet sich eine vergleichbare Regelung in § 23 Abs. 5 UVgO, der weitgehend mit § 7 Abs. 4 VOL/A übereinstimmt. § 23 Abs. 5 S. 1 UVgO etabliert allerdings eine weitergehende selbständige Ausnahmeregelung, nämlich die Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand (d.h. eine hinreichend genaue Beschreibung der Leistung wäre ansonsten nicht möglich).⁵³ § 23 Abs. 5 S. 2 UVgO nennt den (sonstigen) sachlichen Grund als Ausnahme von der Produktneutralität; § 23 Abs. 5 S. 3 UVgO führt hierfür ein Regelbeispiel (d.h. weitere unbenannte Fälle sind denkbar) dahingehend an, dass ein solcher Grund „insbesondere“ vorliegt, „wenn die Auftraggeber Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihnen vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren beschaffen müssten und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre“. In § 7 Abs. 4 S. 3 VOL/A bildet dieselbe Ausnahme hingegen eine abschließende Regelung. § 25 Abs. 5 S. 4 UVgO verlangt die Dokumentation dieser Gründe.

Im Baubereich regelt nunmehr § 7 Abs. 2 VOB/A – ähnlich wie § 7 Abs. 2 VOB/A-EU den Grundsatz der Produktneutralität (im Rahmen der technischen Spezifikationen), sieht wiederum aber auch (abschließende) Ausnahmeregelungen aufgrund des Auftragsgegenstandes (Nr. 1) bzw. ansonsten fehlender hinreichend genauer und allgemein verständlicher Beschreibung des Auftragsgegenstandes (Nr. 2) vor.

Es liegt auf der Hand, dass individuell durch die jeweilige Vergabestelle formulierte Leistungs- oder Funktionsanforderungen auch ohne protektionistische Absicht immer wieder in Konflikt mit dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit geraten können. Daher geht schon seit langem das Bestreben der europäischen Binnenmarktidee dahin, die Entwicklung standardisierter Vorgaben und v.a. die Anknüpfung hieran zu fördern. Betraf dies ursprünglich vor allem technische Normen, so sind im Laufe der Zeit auch Normen und Gütezeichen betreffend die Umweltmerkmale bestimmter Leistungen hinzugekommen. Neben den zahlreichen Normierungen im Baubereich und bei Produkten entwickeln sich überdies auch im Dienstleistungsbereich verstärkt

⁵³ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch *Traupel*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, 2017, § 23 UVgO Rn. 46 ff.

Normierungsansätze (beispielsweise die „DIN 77400“ für „Reinigungsdienstleistungen – Schulgebäude“) heraus.⁵⁴ Die Neufassungen von VgV (§§ 31 - 34) und VOB/A-EU (§ 7a) bringen gegenüber dem vorherigen Rechtszustand⁵⁵ einige terminologische und sachliche Veränderungen, vor allem aber weisen sie eine deutlich übersichtlichere Regelungsstruktur auf. Unterhalb der Schwellenwerte besteht weiterhin kein vergleichbar ausdifferenziertes Regelungsgefüge (s. sogleich).

1. Bezugnahme auf technische Anforderungen

§ 31 Abs. 2 VgV regelt oberhalb der Schwellenwerte die Bezugnahme auf technische Anforderungen; diese werden im Anhang 1 zur VgV näher definiert, während § 32 VgV die sich daraus ergebenden Pflichten des Auftraggebers konkretisiert. In § 31 Abs. 2 S. 2 VgV wird dieser dazu verpflichtet, bei jeder Bezugnahme auf eine solche Anforderung stets den Zusatz „oder gleichwertig“ anzufügen. Ferner ermöglicht § 32 Abs. 1 VgV einem Unternehmen den Nachweis, dass sein Angebot trotz Nichtbeachtung der in der Ausschreibung zugrunde gelegten technischen Anforderungen „gleichermaßen“ entspricht. Das Regelungskonzept betreffend die Bezugnahme auf „technische Anforderungen“ sieht vor, dass diese entweder „als Mittel zur Vermutung der Konformität“ mit den vom Auftraggeber definierten Leistungs- und Funktionsanforderungen oder unmittelbar als einzuhaltende Vorgaben zugrunde gelegt werden (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VgV). Dabei wird folgende Rangfolge festgelegt (Abs. 2 S. 1 Nr. 2): Nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, sind vorrangig gegenüber europäischen technischen Zulassungen, diese sind vorrangig gegenüber gemeinsamen technischen Spezifikationen, welche wiederum vorrangig sind gegenüber internationalen Normen und anderen technischen Bezugssystemen, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden; erst wenn Normen und Spezifikationen dieser Kategorien fehlen, kommt eine Bezugnahme auf nationale Normen, technische Zulassungen oder technische Spezifikationen in Betracht. Damit

⁵⁴ Das Bundeswirtschaftsministerium fördert die Verwendung von DIN-Normen bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und erarbeitet in Zusammenarbeit mit der Uni Osnabrück einen Leitfaden und Checklisten (nähere Informationen unter <http://www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse/nadl/praxisleitfaden-97092> (zul. aufgerufen am 08.02.2018)).

⁵⁵ Vgl. zu ihm stellv. *Krohn*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*, 2. Auflage 2017, § 19 Rn. 45 ff.

hat der Gesetzgeber Art. 42 der VRL (der, sachlich gleichbedeutend, mit „technische Spezifikationen“ überschrieben ist) umgesetzt.

Unterhalb der Schwellenwerte enthält § 23 UVgO ausdrücklich keine § 31 Abs. 2 VgV vergleichbare Regelung. D.h. die Konkretisierungsanforderungen an die vom Auftraggeber zu bestimmende Leistung sind gelockert ebenso wie die damit einhergehenden Konkretisierungen des Transparenz-, Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl. C) an die „eindeutig[e]“ und „erschöpfend[e]“ Leistungsbeschreibung.⁵⁶ Für den Auftraggeber bestehen im Ergebnis größere Freiheiten im Rahmen der Leistungsbeschreibung.

§ 7a Abs. 2 VOB/A („technische Spezifikationen“) i.V.m. Anhang TS VOB/A (früher: § 7 Abs. 4 VOB/A a.F. i.V.m. Anhang TS VOB/A a.F.) enthält – ebenso wie § 7a Abs. 2 VOB/A-EU i.V.m. Anhang TS VOB/A EU oberhalb der Schwellenwerte – eine im Wesentlichen identische Vorschrift zu § 31 Abs. 2 VgV.

2. Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen

In Umsetzung von Art. 44 VRL regelt § 33 VgV oberhalb der Schwellenwerte die Vorlage von Bescheinigungen, insbesondere Testberichten oder Zertifizierungen, die von einer sog. Konformitätsbewertungsstelle ausgestellt worden sind, und zwar als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht. Konformitätsbewertungsstellen sind Stellen, die gemäß der VO (EG) Nr. 765/2008⁵⁷ akkreditiert und zur Durchführung von Konformitätsbewertungen berechtigt sind. Wichtigstes Beispiel hierfür ist die sog. „CE-Kennzeichnung“, mit dem einem Produkthersteller (z.B.) bescheinigt worden ist (durch eine Konformitätsbewertungsstelle), dass sein Produkt bestimmten Anforderungen, namentlich der Produktsicherheit, entspricht. Ein vergleichbares System der Konformitätsbewertung existiert u.a. auch für Medizinprodukte.

Unterhalb der Schwellenwerte besteht eine solche bieterschützende Vorschrift (Gleichbehandlungsgrundsatz) weder in der UVgO noch in

⁵⁶ Zu diesen Regelungszwecken des § 31 Abs. 2 VgV s. *Lampert*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 2018, § 31 VgV Rn. 34, 35 (i.E.).

⁵⁷ ABl. 2008 L 218 S. 30.

der VOB/A (Gegenbeispiel: § 7a Abs. 3 Nr. 1, 2, Abs. 4 S. 3 Var. 2, Abs. 5 Nr. 1, 3 VOB/A-EU für den Oberschwellenbereich).

3. Nachweisführung durch Gütezeichen

In Umsetzung von Art. 43 der VRL ermöglicht § 34 VgV oberhalb der Schwellenwerte erstmals im deutschen Recht ausdrücklich die Nachweisführung darüber, dass eine Liefer- oder Dienstleistung insbesondere bestimmten ökologischen bzw. sozialen Anforderungen entspricht, durch sog. Gütezeichen. Ein wichtiges Beispiel hierfür bildet das sog. Fair-Trade-Siegel. In den Abs. 2 – 5 VgV werden verschiedene Anforderungen an die Nachweisführung durch Gütezeichen gestellt. Diese Anforderungen sind an dem einschlägigen Urteil des EuGH vom 10.5.2012 in der Rechtssache „EKO und Max Havelaar“ orientiert.⁵⁸ Auch hier muss der Auftraggeber andere Gütezeichen akzeptieren, die „gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen“ (§ 34 Abs. 5 VgV).

Unterhalb der Schwellenwerte besteht § 24 UVgO zur Nachweisführung durch Gütezeichen, der im Wesentlichen mit dem engeren § 34 VgV vergleichbar ist. Nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 UVgO müssen nämlich nicht „alle“ Anforderungen des Gütezeichens mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, sondern diese müssen (bloß) zur Bestimmung der Merkmale der Leistung „geeignet“ sein. Im Ergebnis können Auftraggeber im Unterschwellenbereich Gütezeichen somit leichter vorgeben.⁵⁹ Während sich § 24 Abs. 1 UVgO direkt auf die Leistungsbeschreibung bezieht, wird diese Anforderung gem. § 43 Abs. 7 UVgO und § 45 Abs. 3 UVgO qua Verweisung auch bei den Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen relevant. In der VOL/A fand sich keine Regelung zu Gütezeichen.

In § 7a Abs. 5 VOB/A kann der Auftraggeber – wie bisher in § 7 Abs. 7 VOB/A a.F. – die Spezifikationen von Umweltzeichen verwenden, um die Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen zu definieren.

IV. Zulassung von Nebenangeboten

Mehr Rechtssicherheit besteht künftig auch im Hinblick auf den Umgang mit sog. Nebenangeboten. Sie sind oberhalb der Schwellenwerte geregelt

⁵⁸ EuGH, C-368/10, NZBau 2012, 445, und hierzu *Wegener/Hahn*, NZBau 2012, 684.

⁵⁹ S. *BMW*, Erläuterungen, S. 6.

in § 35 VgV bzw. § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-EU, in Umsetzung von Art. 45 der VRL, die hierfür die Bezeichnung „Varianten“ verwendet. Der Sinn von Nebenangeboten besteht darin, sich Alternativlösungen vorschlagen zu lassen, die der Auftraggeber aufgrund seiner im Vergleich zu den Bietern geringeren Erfahrung und Sachkunde nicht selbst ausarbeiten konnte. Es handelt sich mithin um ein weiteres potenzielles Instrument der Innovationsförderung (vgl. noch V).⁶⁰ Nebenangebote sind auch in Zukunft allerdings nur statthaft, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich zugelassen hat⁶¹, und sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Anders als bisher hängt die Zulassung nach § 35 Abs. 2 S. 3 VgV (s. auch § 8 Abs. 2 Nr. 3 S. 6 VOB/A-EU) allerdings nicht mehr davon ab, ob der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist (vgl. noch G II); der BGH hatte unter der vorherigen Rechtslage entschieden, dass in solchen Fällen Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden dürfen, sondern nur dann, wenn neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien (insbesondere „Qualität“) vorgesehen waren.⁶² Nach § 35 Abs. 2 S. 1 VgV ist der Auftraggeber aber auch im Hinblick auf Nebenangebote zur Festlegung bestimmter „Mindestanforderungen“ verpflichtet. Gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 VgV i.V.m. § 127 Abs. 4 S. 2 GWB müssen die Zuschlagskriterien sowohl auf Haupt- als auch auf Nebengebote anwendbar sein.

Im Unterschwellenbereich entspricht § 25 UVgO weitgehend § 35 Abs. 1 VgV. Anders als nach § 35 VgV Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VgV darf der Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte die Vorlage von Nebenangeboten jedoch nicht auch vorschreiben, sondern nur nach § 25 S. 1 UVgO zulassen. Fehlt eine entsprechende Angabe in der Auftragsbekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen, sind gem. § 25 S. 2 UVgO keine Nebenangebote zugelassen. Da § 25 UVgO anders als noch die Entwurfsfassung (§ 25 Abs. 2, 3 UVgO-E)⁶³, die weitgehend § 35 Abs. 1 bis

⁶⁰ Vgl. hierzu, freilich noch auf dem früheren Rechtsstand, und daher nur teilweise verwertbar, die Beiträge von *Kulartz* in: Prieß/Lau/Kratzberg (Hrsg.), FS Marx, 2013, 351; *Oherlich* in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage 2017, § 28; *Koch*, Flexibilisierungspotenziale im Vergabeverfahren, 2013, 257 ff.

⁶¹ Dabei dürfte auch die nachträgliche Zulassung möglich sein, wenn sie allen Bietern gegenüber bekannt gemacht wird (OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 503).

⁶² BGH VergabeR 2014, 149 m. Anm. *Herrmann*. Diese Entscheidung erging nach einer sog. Divergenzvorlage und beendete eine Meinungsdivergenz zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten (dazu *Dicks* VergabeR 2012, 318).

⁶³ *BMW*, Diskussionsentwurf zur UVgO, Stand: 31.08.2016, abrufbar unter http://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/diskussionsentwurf-zur-unterschwellenvergabeordnung-ugvo.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zul. aufgerufen am 8.02.2018).

3 VgV entsprach, keine expliziten Vorgaben zu Mindestanforderungen und zur sog. Nur-Preis-Vergabe macht⁶⁴, ist insbesondere fraglich, ob der Preis alleiniges Zuschlagskriterium bei einem Nebenangebot sein kann. Einerseits könnte § 35 Abs. 2 S. 3 VgV, d.h. die Zulässigkeit von Nebenangeboten auch bei der Nur-Preis-Vergabe – trotz ausdrücklichen Verzichts auf die Übernahme – analog heranzuziehen sein, andererseits wäre aber auch insoweit eine Fortgeltung der BGH-Rechtsprechung (Preis kann nicht allein Zuschlagskriterium für Nebenangebot sein) denkbar.⁶⁵ Richtigerweise ist die zur Oberschwellenvergabe ergangene BGH-Rechtsprechung nicht übertragbar, vielmehr kann im Rahmen der UVgO auch bei Nebenangeboten der Preis alleiniges Zuschlagskriterium sein.⁶⁶

Somit ist festzuhalten, dass im Anwendungsbereich der UVgO (1.) keine Pflicht zur Abgabe von Nebenangeboten durch den Auftraggeber aufgestellt werden kann, (2.) keine Mindestanforderungen an Nebengebote zu stellen sind und (3.) Nebenangebote auch zulässig sind, wenn der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist. Wie die Auftraggeber mit diesen Vorgaben und der Verpflichtung aus § 25 S. 4 UVgO (Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung im Rahmen der Zuschlagsentscheidung) verfahren werden, lässt sich nicht vorhersagen, zumal hier im Ergebnis und in der Gesamtschau dieser Vorgaben größere Freiheiten für Auftraggeber bestehen.⁶⁷

Im Baubereich gilt § 8 Abs. 2 Nr. 3 **VOB/A**. Nach S. 1 lit. a) hat der Auftraggeber anzugeben, ob er Nebenangebote *nicht* zulässt und nach S. 1 lit. b) ob er Nebenangebote *ausnahmsweise* nur in Verbindung mit einem Hauptgebot zulässt. Nach dem Wortlaut sind Nebenangebote also grundsätzlich zulässig. Nur bei ausdrücklicher Erklärung der Unzulässigkeit durch den Auftraggeber in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, sind Nebenangebote unzulässig, §§ 8 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 lit. a), 16 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A. Dies gilt auch in Abgrenzung zu § 8 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A EU, der ausdrücklich bestimmt, dass bei Fehlen einer Angabe über Nebenangebote solche nicht zugelassen sind.

⁶⁴ So ausdrücklich *BMWi*, Erläuterungen, S. 6 („bewusst verzichtet“).

⁶⁵ S. BGHZ 199, 576 (577), s. dazu auch *Lausen*, NZBau 2017, 3 (6); *Ohlerich*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage 2017, § 28 Rn. 16 ff., 25.

⁶⁶ S. auch VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 26.6.2014, 3 VK LSA 47/14 und VK Thüringen, Beschl. v. 17.7.2013, 250-4002-6432/2013-N-003-AP, jeweils zum nationalen Unterschwellenbereich bei Bauleistungen; *Ohlerich*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage 2017, § 28 Rn. 16 ff., 25.

⁶⁷ S. hierzu auch *Portz*, KommJur 2017, 321 (323).

Der Preis kann („auch zulässig“), muss aber nicht einziges Zuschlagskriterium sein, § 8 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 VOB/A.

V. Innovationsförderung im Unterschwellenbereich

Bereits seit 2009 haben oberhalb der Schwellenwerte im GWB auch die „innovativen Aspekte“ einen Platz (zunächst in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F.), die bislang freilich nicht in dem Maße Beachtung gefunden haben wie die ökologischen oder sozialen Aspekte.⁶⁸ Seit 2016 sind die Aspekte der „Innovation“ nun im gleichen Atemzug wie die sozialen und umweltbezogenen Aspekte, d.h. in § 97 Abs. 3 GWB, genannt. Sie können (müssen aber nicht) ebenso wie diese „nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt“ werden. In § 119 Abs. 7 GWB wurde als neue Verfahrensart die „Innovationspartnerschaft“ geregelt. Diese Verfahrensart dürfte für Handwerksbetriebe keine größere Bedeutung erlangen, da sie der ganzen Konzeption nach primär auf Forschungs- und Entwicklungsvorhaben zugeschnitten ist.⁶⁹

Unterhalb der Schwellenwerte war die Innovationspartnerschaft weder in der VOL/A noch in der VOB/A a.F. geregelt. Der § 97 Abs. 3 GWB entsprechende § 2 Abs. 3 UVgO etabliert zumindest die Berücksichtigung von „innovativen Aspekten“ auch im Rahmen der UVgO als Vergabegrundsatz. Diese können (müssen aber nicht) bei Wahl der Verfahrensart (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 UVgO), der Leistungsbeschreibung (§ 23 Abs. 2 S. 1 UVgO), den Zuschlagskriterien (§ 43 Abs. 2 Nr. 1 UVgO) sowie den Ausführungsbedingungen (§ 45 Abs. 2 S. 3 UVgO) Eingang finden.

In der VOB/A findet sich weiterhin keine Regelung, sodass dieses Instrument für das Handwerk insgesamt wenig relevant ist.

Aus der Sicht des Handwerks interessantere Instrumente der Innovationsförderung als die Innovationspartnerschaft sind die soeben vorgestellten Nebenangebote (IV) und die funktionale Leistungsbeschreibung (II). Auch mithilfe des Instruments der sog. Ausführungsbedingungen nach §§ 128, 129 GWB bzw. § 45 Abs. 2 S. 3 UVgO (vgl. dazu noch H II) kann Innovationsförderung betrieben werden. Wichtige Beispiele hierfür wären etwa die Bedingung, für Produkte, die bei Reinigungsdienst-

⁶⁸ Vgl. dazu und mit zahlreichen weiteren Beispielen *Burgi*, NZBau 2011, 577.

⁶⁹ Als erste Einschätzungen vgl. *Rosenkötter*, VergabeR 2016, 196; *Krönke*, in: *Burgi/Dreher* (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1, GWB, 2016, § 119 Abs. 7 Rn. 1 ff.

leistungen eingesetzt werden (z.B. Putzmittel) ein Entsorgungskonzept zu entwickeln oder ein Konzept zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf zugunsten der Mitarbeiter des Reinigungsdienstleistungsunternehmens. Entscheidet sich ein Auftraggeber dazu, im Rahmen seiner Beschaffungstätigkeit zusätzlich Innovationsförderung bewirken zu wollen, dann geht es ihm darum, die Marktteilnehmer zur Entwicklung von zumindest teilweise Neuem zu verpflichten, also über die bestehenden Anforderungen und Standards hinauszugehen. Dahinter steht der Gedanke, dass der Markt wegen der dem Staat vielfach fehlenden Sachnähe vieles besser weiß und besser wissen kann. Für die Handwerksbetriebe verbindet sich damit die Chance auf größere Spielräume bei der Erarbeitung von Angeboten und eine stärkere Berücksichtigung ihrer jeweiligen Ausgangslage. Insoweit ist zu hoffen, dass möglichst viele Auftraggeber sich die Innovationsförderung auf die Fahnen schreiben; wie sich ausdrücklich aus § 97 Abs. 3 GWB bzw. § 2 Abs. 3 UVgO ergibt, besteht hierzu freilich keine Verpflichtung, weswegen insbesondere kleinere Auftraggeber möglicherweise weiterhin zurückhaltend agieren werden. Im Bereich des § 2 VOB/A befindet sich zudem – wie bisher in § 2 VOB/A a.F. sowie auch in § 2 VOL/A – nicht einmal diese Verankerung als Vergaberechtsgrundsatz.

F. Relevante Veränderungen im Vergabeverfahren

I. Wegfall des Vorrangs des offenen Verfahrens nach der UVgO

Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 VOL/A war die Verfahrensart der „Öffentlichen Ausschreibung“ vorrangig gegenüber den anderen Verfahrensarten. Insbesondere konnte eine beschränkte Ausschreibung oder gar die seinerzeit vorgesehene Verfahrensart der „Freihändigen Vergabe“ gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 VOL/A nur ausnahmsweise erfolgen. Eine vergleichbare Rechtslage bestand unter der VOB/A a.F. (nach § 3 Abs. 2).

Die Vergaberechtsreform 2016 hat in Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben für die Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte insofern Änderungen bewirkt. Entfallen ist die dort bislang (in § 101 Abs. 7 S. 1 GWB a.F.) ebenfalls vorgesehene Vorrangregelung des offenen gegenüber dem sog. nicht offenen Verfahren. Der Reform-Gesetzgeber hat damit Anschluss an das Europarecht gefunden, das ihm (im Unter-

schied zu früher) nunmehr die Beseitigung der alten Vorrangregelung zur Pflicht gemacht hatte. Weiterhin strenge Anforderungen werden an den Einsatz der Verfahrensarten des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialoges gestellt. Gemäß § 119 Abs. 2 S. 1 GWB ist aber der bisherige Vorrang des offenen Verfahrens gegenüber dem nicht offenen Verfahren explizit aufgegeben worden. Die Entscheidung für eine dieser beiden Verfahrensarten liegt damit im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers.⁷⁰ Handwerksbetriebe werden mit der Verfahrensart des nicht offenen Verfahrens mithin häufiger konfrontiert sein als bisher. Mit dem nicht offenen Verfahren verbindet sich für Handwerksunternehmen der Vorteil eines vergleichsweise geringeren Aufwands auf der ersten Stufe, auf der in dieser Verfahrensart lediglich die Eignungskriterien, d.h. die Anforderungen an die Bieter geprüft werden.

Im Unterschwellenvergaberecht ist die Rechtslage künftig gespalten: § 8 Abs. 2 UVgO orientiert sich an der Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte und stellt die „Öffentliche Ausschreibung“ und die „Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb“ gleich. Ausdrücklich wird ein Wahlrecht der Auftraggeber für diese beiden Verfahrensarten begründet (vgl. § 8 Abs. 2 S. 1), während die anderen Verfahrensarten nur zur Verfügung stehen, soweit dies nach den Abs. 3 und 4 der UVgO gestattet ist (vgl. dazu noch II). Die Verfahrensart der „Beschränkten Ausschreibung“ i.S.d. UVgO ist in § 9 näher definiert. Danach fordert der Auftraggeber bei einer „Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb“ eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf, woraufhin jedes interessierte Unternehmen einen Teilnahmeantrag abgeben kann. Nach Abschluss der dadurch in Gang gekommenen ersten Stufe (betreffend die Eignungsprüfung), fordert der Auftraggeber nur noch ausgewählte Unternehmen zur Abgabe eines Angebots auf (vgl. § 10). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie begründet dies ausdrücklich damit, dass hier eine Regelung im Gleichklang mit der Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte gefunden werden sollte.⁷¹

In der VOB/A wird hingegen weiterhin am Vorrang der „Öffentlichen

⁷⁰ Näher hierzu und zu den weiteren Veränderungen bei den einzelnen Verfahrensarten *Neun* in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015, S. 52 f.; *Soudry/Hettich* in: dies. (Hrsg.), Das neue Vergaberecht, 2014, S. 25 f.

⁷¹ Bekanntmachung der Erläuterungen, zu § 8.

Ausschreibung“ festgehalten. Sie ist gem. § 3a nur entbehrlich, „so weit nicht die Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen“.

II. Signifikante Verfahrenserleichterungen

1. Überblick und Relevanz für den Mittelstand

In der VOL/A war gemäß § 3 Abs. 4 zum einen die Verfahrensart der „Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb“ zulässig, zum anderen (gem. § 3 Abs. 5) die sog. „Freihändige Vergabe“. Gemäß § 3 Abs. 6 konnten Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 500 € sogar ganz ohne ein Vergabeverfahren, d.h. im Wege des sog. Direktkaufs beschafft werden. Allen drei Verfahrensarten war gemeinsam, dass die Absicht, den Auftrag zu vergeben, nicht einem allgemeinen, d.h. nicht zuvor durch den Auftraggeber individuell bestimmten Personenkreis bekannt zu geben ist. Vielmehr wurde gemäß § 1 Abs. 1 S. 4 VOL/A lediglich als Sollvorschrift formuliert, dass „grundsätzlich mindestens drei Bewerber zur Angebotsabgabe“ aufgefordert werden sollten.

In der VOB/A a.F. war ebenfalls die Verfahrensart der Beschränkten Ausschreibung ohne zwingende öffentliche Aufforderung, Teilnahmeanträge zu stellen, möglich, und zwar gemäß § 3 Abs. 3. § 3 Abs. 5 sah die „Freihändige Vergabe“, d.h. die Vergabe von Bauleistungen „ohne ein förmliches Verfahren“ vor. Die in den jeweiligen Absätzen genannten Voraussetzungen konnten im Geltungsbereich der VOB/A a.F. ebenso leicht erfüllt werden wie im Geltungsbereich der VOL/A.

Im GWB-Vergaberecht in der Fassung 2016 ist hingegen in Gestalt des „Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb“ lediglich eine einzige Verfahrensart vorgesehen, bei der eine vorherige Auftragsbekanntmachung entbehrlich ist. Diese Verfahrensart ist auch nur unter engen, in der VgV bzw. der VOB/A-EU näher normierten Voraussetzungen statthaft (beispielsweise für Bauaufträge unter den Voraussetzungen nach § 3a Abs. 3 VOB/A-EU). Es besteht Einigkeit darüber, dass es sich hierbei um eng auszulegende Ausnahmetatbestände handelt.⁷² Eine „Freihändige Vergabe“ i.S. einer Direktvergabe ohne

⁷² Näher hierzu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 13 Rn. 15.

Auftragsbekanntmachung und ohne Verhandlungen direkt an einen einzigen Unternehmer gibt es im GWB-Vergaberecht überhaupt nicht, weil zumindest mit mehreren Unternehmen „verhandelt“ werden muss. Für diejenigen Handwerksunternehmen, die gewissermaßen außerhalb des Radars des Auftraggebers liegen (aus welchen Gründen auch immer) bedeutet dies ein größeres Maß an Transparenz und zugleich eine Erhöhung ihrer Chancen, bei der Auftragsvergabe berücksichtigt zu werden. Freilich verbinden sich mit den genannten Verfahrensarten erhebliche bürokratische Lasten, die auch im Falle der Nichtberücksichtigung von den Unternehmen getragen werden müssen.

2. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb

In der UVgO ist nun in § 8 Abs. 3 die Vergabe von Aufträgen im Wege der „Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb“ vorgesehen, wenn eine Öffentliche Ausschreibung entweder „kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat“ (Nr. 1) oder die anderen Verfahrensarten für die Bewerber bzw. Bieter „einen Aufwand verursachen würden, der zu dem erreichten Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde“. In § 11 ist näher ausgestaltet, dass bei dieser Verfahrensart der Auftraggeber „ohne vorherige Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots“ auffordern muss. Die Feststellung der Eignung (und des Vorliegens von Ausschlussgründen) erfolgt in diesem Verfahren nicht im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs, sondern grundsätzlich im Vorfeld des Verfahrens. Die zweite Stufe besteht sodann in der Überprüfung von Vollständigkeit und Richtigkeit der Angebote, des Nichtvorliegens von ungewöhnlich niedrigen Angeboten und schließlich in der Wertungsentscheidung (betreffend die Angebote).⁷³ Gemäß § 11 Abs. 4 UVgO werden die Auftraggeber dazu verpflichtet, immer wieder zwischen den Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, zu wechseln.

Die VOB/A ermöglicht eine „Beschränkte Ausschreibung“ ohne vorherigen öffentlichen Teilnahmewettbewerb“ in § 3a Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 2 bei Auftragswerten bis 50.000 Euro für „Ausbaugewerke“ und 100.000 Euro für alle anderen Gewerke.

⁷³ Vgl. zu den Einzelheiten *Hirsch/Kaelble*, in: Müller/Wrede (Hrsg.), VgV/UVgO, § 11 UVgO, Rn. 18 ff.

3. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb

Ferner sieht die UVgO die (neuartige) Verfahrensart der „Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb“ vor (§ 8 Abs. 4), die wiederum in § 12 Abs. 2 bis 6 UVgO näher ausgestaltet wird. In dieser Verfahrensart fordert der Auftraggeber mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an Verhandlungen auf; wiederum wird er dazu verpflichtet, zwischen mehreren Unternehmen zu wechseln. Die weiteren Absätze strukturieren das sodann durchzuführende eigentliche Verhandlungsverfahren und gestalten dieses näher aus. Diese Verfahrensart kann gewählt werden, wenn eine der in Ziffern 1-17, teilweise sehr detailliert, normierten Voraussetzungen vorliegen. Eine besonders wichtige Rolle spielt Nr. 17, der es ermöglicht, dass ein Bundes- oder Landesministerium „durch Ausführungsbestimmungen ... bis zu einem bestimmten Höchstwert (Wertgrenze)“ die jeweilige Verfahrensart für zulässig erklärt. Hiervon hat beispielsweise der Freistaat Bayern Gebrauch gemacht, indem er die Wertgrenze für die Verhandlungsvergabe nach § 8 Abs. 4 Nr. 17 Hs. 1 UVgO auf „50.000 € ohne Umsatzsteuer“ festgesetzt hat⁷⁴.

Die VOB/A-EU kennt diese Verfahrensart nicht.

4. Direktkauf bzw. Freihändige Vergabe

Der Direktkauf ist lediglich in der UVgO, und zwar bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1.000 € ohne Umsatzsteuer vorgesehen. Auch hier wird (durch § 14 UVgO) der Auftraggeber aber immerhin dazu verpflichtet, zwischen den beauftragten Unternehmen zu wechseln.

Die VOB/A kennt diese Möglichkeit nicht, sie führt allerdings die Verfahrensart der „Freihändigen Vergabe“ fort. Hierbei handelt es sich gemäß § 3 Abs. 3 VOB/A um ein nicht förmliches Verfahren, das bis zu einem Auftragswert von 10.000 € ohne Umsatzsteuer erfolgen kann (vgl. § 3 Abs. 4 Satz 2). Gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 VOB/A ist die Wahl dieser Verfahrensart darüber hinaus auch in anderen Situationen statthaft, u.a. „wenn die Leistung besonders dringlich ist“ (Nr. 2) oder wenn sie nach „Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend festgelegt werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote er-

⁷⁴ Durch Ziffer 1.2 der Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA), Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 14.11.2017, Az. B II 2-G 17/17-1 (AllIMBl Nr. 11/2017, S. 507).

wartet werden können.“ In der Sache handelt es sich hierbei um eine mit dem Direktauftrag nach § 14 UVgO vergleichbare Verfahrensart.

III. Präzisierung der Bestimmungen über Losvergabe und Loslimitierung (Mittelstandsförderung)

§ 2 VOL/A hat vorgesehen, dass „Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose)“ zu vergeben sind. Hierauf konnte allerdings verzichtet werden, wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“. Eine vergleichbare Bestimmung enthielt § 5 VOB/A a.F.

Ogleich der Begriff des „Mittelstandes“ außerordentlich unbestimmt ist,⁷⁵ besteht doch kein Zweifel daran, dass die Handwerksbetriebe ganz überwiegend zu den mittelständischen Unternehmen zu zählen sind. Wegen ihrer Vorzüge hat das deutsche Vergaberecht seit jeher mittelstandsfördernde Elemente enthalten.⁷⁶ Ganz im Vordergrund steht dabei das Instrument der sog. Losvergabe. So heißt es auch in § 97 Abs. 4 GWB n.F.:

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern ...“

Diese Bestimmungen werden in § 5 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A-EU wiederholt. Mit der VRL ist das Instrument der Losvergabe erstmals auch auf EU-Ebene eingeführt worden, und zwar in Art. 46. Während dieser aber lediglich eine Art Begründungspflicht für den Fall einer Nicht-Losvergabe normiert, ist der deutsche Gesetzgeber der bereits bisher bestehenden Verpflichtung zur Losvergabe als materiellrechtlicher Grundsatz treu geblieben. Für deutsche Handwerksbetriebe bietet die doch deutlich verbesserte europarechtliche Ausgangslage allerdings die Chance, sich verstärkt auf in Lose aufgeteilte Aufträge in benachbarten Mitgliedstaaten bewerben zu können.

§ 97 Abs. 4 S. 2 u. 3 GWB führt inhaltlich unverändert die zuletzt im

⁷⁵ Vgl. ausführlich *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Hrsg.), *GWb*, 4. Auflage 2016, § 97 Rn. 163 ff. m.w.N.

⁷⁶ Zum Gesamtarsenal der Instrumente *Burgi*, *Vergaberecht*, 2016, § 14 Rn. 6 f.; *Kus*, a.a.O., § 97 GWB Rn. 194.

Jahre 2009 verschärfte Regelung zur Losvergabe fort. Seinerzeit ist der Ausnahmetatbestand („wenn wirtschaftliche oder technische Gründe“ eine Gesamtvergabe „erfordern“) enger gefasst worden.⁷⁷

Nicht selten legen Auftraggeber im Rahmen einer losweisen Vergabe überdies fest, dass Bietern nicht die Möglichkeit offen steht, auf alle Lose ein Angebot abzugeben bzw. dass Bieter lediglich für ein einziges oder nur für eine bestimmte Anzahl von Teil- oder Fachlosen beauftragt werden können (sog. Loslimitierung). Das hat die Rechtsprechung bereits bislang für zulässig erachtet und dies mit der dadurch verbundenen Streuung wirtschaftlicher und technischer Risiken sowie dem Schutz auch zukünftigen Wettbewerbs gerechtfertigt.⁷⁸

Die Loslimitierung kann materiellrechtlich durchaus aus den soeben genannten Gründen vor dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und dem EU-primärrechtlichen Beschränkungsverbot gerechtfertigt sein, bedarf m.E. aber einer ausdrücklichen Zulassung durch den Gesetzgeber.⁷⁹ Mit Inkrafttreten der Vergaberechtsreform 2016 ist diese Grundlage nun geschaffen worden, und zwar in den §§ 30 VgV, 5 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-EU. Die Auftraggeber, die eine Loslimitierung vorsehen wollen, müssen diese demnach in der Auftragsbekanntmachung bekannt geben. Beide Bestimmungen enthalten noch weitere Vorgaben zur Herstellung von Objektivität und Diskriminierungsfreiheit beim Umgang mit Loslimitierungen.

In der **UVgO** wurden in § 22 Abs. 1 Sätze 1 u. 2 weitgehend identische Vorschriften wie in § 97 Abs. 4 Sätze 2 u. 3 **GWB** geschaffen. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Bestimmungen über die Loslimitierung in § 22 Abs. 1 Sätze 3 u. 4 **UVgO**. All diese Vorschriften sind überaus detailliert und schaffen dadurch ein erhebliches Maß an Rechtssicherheit. In § 22 Abs. 2 **UVgO** sind die Transparenzanforderungen normiert, während § 22 Abs. 3 dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, in Fällen, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten kann, Aufträge über mehrere oder alle Lose zu vergeben, auch dies wieder unter der Voraussetzung der vorherigen Bekanntmachung.

⁷⁷ Vgl. dazu *Werner*, VergabeR 2009, 262; *Kus*, NZBau 2009, 21.

⁷⁸ OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 440; OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 494; krit. *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 584; befürwortend *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 852.

⁷⁹ Vgl. bereits *Burgi*, NZBau 2006, 697.

In der **VOB/A** ist die losweise Vergabe künftig nach § 5 Abs. 2 zu beurteilen. Dabei entspricht die Ziffer 1 dieser Vorschrift den zuvor referierten Regelungen in § 97 Abs. 4 Sätze 2 u. 3 GWB, während in Ziffer 3, wiederum sehr detailliert, die verschiedenen Optionen der Loslimitierung näher ausgestaltet werden.

IV. Erleichterungen beim Umgang mit Nachweisen

Die im Zusammenhang mit den (auf die Person des Bieters bezogenen) Eignungskriterien ebenso wie im Zusammenhang mit den auf den Inhalt der Angebote bezogenen Zuschlagskriterien erforderliche Beibringung von Nachweisen wird von den Unternehmen, insbesondere wenn es sich um kleine und mittelständische Einheiten (wie die Handwerksbetriebe) handelt, oftmals als bürokratische Belastung empfunden. Auf der anderen Seite bietet das Erfordernis vollständiger und inhaltlich korrekter Nachweise den besten Schutz gegen Konkurrenten, die gleichsam „das Blaue vom Himmel“ versprechen und so möglicherweise den Zuschlag erhalten, obwohl sie im wahrsten Sinne des Wortes handwerklich weniger zu bieten haben. Daher ist der Gesetzgeber hier aufgerufen, einen Ausgleich herzustellen.

1. Nachweise für die Erfüllung der Eignungskriterien bzw. das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

Im Oberschwellenbereich ist er dieser Aufforderung durch § 48 VgV nachgekommen, im Unterschwellenbereich knüpft § 35 UVgO weitgehend hieran an.⁸⁰ Danach hat der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, mit welchen Unterlagen Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 33 und 34 UVgO sowie das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen i.S.v. § 124 GWB zu belegen haben. Als mögliche Unterlagen werden Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise genannt (Abs. 1), wobei gemäß § 35 Abs. 2 „grundsätzlich“ die Vorlage von Eigenerklärungen genügen soll. § 35 Abs. 5 eröffnet die Möglichkeit, Unterlagen, die ein Bieter nicht beibringen kann, durch Vorlage anderer vom Auftraggeber als geeignet angesehene Unterlagen zu substituieren. Insgesamt wird durch § 35 UVgO den Auftraggebern im Vergleich zur VgV ein größerer Spielraum eröffnet.

⁸⁰ Ebenso *Lausen*, NZBau 2017, 3 (7).

So sind zwar die konkret vorzulegenden Unterlagen gemäß § 35 Abs. 1 UVgO in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, die VgV enthält aber deutlich konkretere Vorgaben zu den zu fordernden Unterlagen.⁸¹ Auch ist der Auftraggeber im Anwendungsbereich der UVgO (anders als im Oberschwellenbereich) nicht dazu verpflichtet, sich vor Zuschlagserteilung die konkreten Nachweise und Belege von dem Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, vorlegen zu lassen. Sowohl oberhalb (vgl. §§ 50, 48 VgV) als auch unterhalb der Schwellenwerte kann künftig als vorläufiger Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen die Vorlage einer sog. Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) verlangt werden (§ 35 Abs. 3 UVgO). Im Unterschied zu § 38 Abs. 3 VgV muss der Auftraggeber eine vorgelegte EEE nicht akzeptieren, wenn er sie nicht selbst verlangt hat.⁸² Dadurch wird die Bedeutung dieses insbesondere für kleinere und mittlere Handwerksunternehmen als für aufwändig anzusehenden Instruments eher (noch) geringer sein als im Bereich oberhalb der Schwellenwerte.⁸³

Schließlich wird in § 35 Abs. 6 UVgO ebenso wie bereits in § 48 Abs. 8 VgV eine Eignungsvermutung für den Fall einer vorhandenen Eintragung in einem „amtlichen Verzeichnis“ statuiert. Dies betrifft insbesondere die sog. Präqualifikationssysteme. Diese beruhen auf einer vorgelagerten, auftragsunabhängigen Prüfung der Eignungsnachweise, mit deren Hilfe die Ausschreibungskosten aller Beteiligten gesenkt werden sollen. Danach genügt es, wenn die Unternehmen einmal im Jahr bei einer Präqualifizierungsstelle Nachweise inklusive aller aktuellen Referenzen für die wichtigsten Inhaltsparameter (u.a. Eintragung in die Handwerksrolle, Zahlung von Steuern etc.) einreichen. Nach positiver Prüfung erhalten sie ein Zertifikat und einen Zertifizierungscode und werden in einer elektronischen Präqualifizierungsdatenbank registriert. Der Auftraggeber eines konkreten Vergabeverfahrens kann später dann mithilfe des Codes oder des Zertifikats die eingereichten Nachweise online einsehen.

Im **Baubereich** wird der Präqualifizierung ein noch höherer Stellenwert eingeräumt, weil sich die entsprechenden Systeme dort schon seit längerem in der Praxis etabliert haben.⁸⁴ Im Übrigen bestimmt § 6b

⁸¹ Vgl. zu den dort bestehenden Einzelheiten *Burgi*, Auswirkungen, S. 44 f.

⁸² Vgl. die Erläuterungen des BMWi zu § 35 UVgO, S. 7.

⁸³ Vgl. dazu *Burgi*, Auswirkungen, S. 45.

⁸⁴ Vgl. www.pq-verein.de.

Abs. 1 VOB/A die Anforderungen an Einzelnachweise und der auch hier bestehende Vorrang der Eigenerklärungen wird in den weiteren Absätzen des § 6b VOB/A konstituiert.

In beiden Bereichen wird (ab einem Auftragswert von 30.000 Euro) ab 2020 das dann aufgebaute sog. Wettbewerbsregister Informationen über strafrechtliche Verurteilungen und Bußgeldbescheide liefern, die die Auftraggeber abzurufen verpflichtet sein werden.⁸⁵

2. Nachforderung von Unterlagen

Sowohl die UVgO als auch die VOB/A enthalten großzügige Regelungen betreffend die Nachforderung von Unterlagen. So ist jeweils der Auftraggeber im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote im ersten Schritt dazu verpflichtet, die Vollständigkeit und Rechtzeitigkeit der Nachweise zu prüfen. Stellt er hierbei Defizite fest, so führt dies aber nicht unmittelbar zum Ausschluss des betreffenden Angebots. Vielmehr ist der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen zur „Nachforderung von Unterlagen“ verpflichtet. Diese Voraussetzungen gelten für Nachweise betreffend Eignungskriterien ebenso wie für Nachweise betreffend Zuschlagskriterien.

Sie ergeben sich aus § 41 Abs. 2 Satz 1 **UVgO**. Allerdings ist der Auftraggeber gemäß Satz 2 dieser Vorschrift berechtigt, in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird. Möchte er stattdessen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so wird im Weiteren danach differenziert, ob es sich um „unternehmensbezogene“ oder um „leistungsbezogene“ Unterlagen handelt. Die Nachforderung von „leistungsbezogenen Unterlagen“, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist gemäß § 41 Abs. 3 UVgO ausgeschlossen. Hierbei gilt wiederum eine Ausnahme für bestimmte Preisangaben gemäß Satz 2 der Vorschrift. Gemäß § 41 Abs. 4 UVgO ist den Bietern für die Nacheinreichung der Unterlagen eine Frist zu bestimmen, § 41 Abs. 5 UVgO fordert die Dokumentation sowohl der Entscheidung als auch des Ergebnisses der Nachforderung. Insgesamt hat sich die UVgO hier ganz weitgehend an § 56 VgV orientiert.⁸⁶

⁸⁵ Nach dem Wettbewerbsregistergesetz v. 18.7.2017 (BGBl. I, S. 2739).

⁸⁶ Vgl. zu diesem *Burgi*, Auswirkungen, S. 46 f.

Im Geltungsbereich der **VOB/A** finden sich vergleichbare Regelungen in § 16a. Dabei fehlt allerdings die Differenzierung zwischen leistungsbezogenen und unternehmensbezogenen Nachweisen und ist die Frist durch den Regelsetzer selbst auf 6 Kalendertage fixiert worden (Satz 2).

V. Herausforderung E-Vergabe nun auch im Unterschwellenbereich

Handwerksbetriebe wie öffentliche Auftraggeber erhoffen sich eine Beschleunigung und Effektivierung der Abläufe sowie die Ersparnis von Kosten und bürokratischen Aufwendungen durch eine vollumfängliche Umstellung des Vergabeverfahrens auf elektronische Abläufe. Gleichzeitig stellt die Umstellung als solche eine große Herausforderung für alle Beteiligten dar, je nach bisherigem Stand der Informatisierung auch für die Handwerksbetriebe. Dabei lässt das neue Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte keinerlei Spielräume mehr über die Frage des Ob und des Wie der Umstellung. Vielmehr finden sich (beruhend auf Art. 22 der Richtlinie 2014/24) detaillierte Umsetzungsregeln in den §§ 9-13 VgV bzw. 11-11b VOB/A-EU. Insbesondere müssen im Oberschwellenbereich die Vergabeunterlagen bereits seit Inkrafttreten des neuen Rechts zum 18.4.2016 elektronisch verfügbar sein und muss die Einreichung von Angeboten gegenüber allen Beschaffungsstellen bis spätestens 18.10.2018 möglich sein.⁸⁷

Die entsprechenden Bestimmungen in der **UVgO** orientieren sich inhaltlich an den Bestimmungen der VgV. Sie finden sich in § 7 Abs. 1 - 3 (inhaltsgleich mit § 9 Abs. 1 - 3 VgV) und in § 7 Abs. 4, der explizit auf die §§ 10-12 VgV betreffend die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel und deren Einsatz verweist. Allerdings ist die zeitliche Stufung eine andere. Gemäß § 38 UVgO ist sie wie folgt (großzügiger als im Geltungsbereich der VgV) ausgestaltet:

- Bis 31.12.2018: Die Auftraggeber legen fest, in welcher Form die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote einreichen (§ 38 Abs. 1 UVgO.)
- Ab 01.01.2019: Die Auftraggeber akzeptieren die Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten in Textform nach § 126b BGB

⁸⁷ Vgl. näher *Burgi*, Auswirkungen, S. 47 f.

mithilfe elektronischer Mittel (§ 38 Abs. 2 UVgO.)

- Ab 01.01.2020: Die Auftraggeber geben vor, dass die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126 BGB *ausschließlich* mithilfe elektronischer Mittel übermitteln (§ 38 Abs. 3 UVgO).
- Ausnahmen sind nach § 38 Abs. 4 UVgO nur möglich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 25.000 € nicht überschreitet oder die Verfahrensart der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb bzw. der Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (vgl. oben FI) durchgeführt wird.

Im Anwendungsbereich der **VOB/A** gibt es interessanterweise derartige Vorgaben nicht. Vielmehr ist dort dem Auftraggeber mittelfristig eine Wahlfreiheit zwischen der postalischen und der elektronischen Form eröffnet.⁸⁸ Die Wahlfreiheit ergibt sich explizit aus § 11 Abs. 1 Satz 1 VOB/A. Entscheidet sich der Auftraggeber für den elektronischen Kommunikationsweg, ergeben sich die näheren Anforderungen an ihn selbst und an die Bieter aus § 11 Abs. 2-6 sowie aus § 11a VOB/A. In einer Fußnote zu § 11 Abs. 1 Satz 2 VOB/A wird festgestellt, dass die Auftraggeber bis zum 18. Oktober 2018 in jedem Fall die Übermittlung der Angebote und Teilnahmeanträge „auch auf nicht elektronischem Weg akzeptieren“ müssen. Die Wahlfreiheit des Auftraggebers beginnt insoweit also erst nach diesem Zeitpunkt (betreffend die Übermittlung der Angebote und Teilnahmeanträge).

G. Qualität und Kundennähe als handwerksaffine Kriterien

I. Auf der Ebene der Eignungskriterien bzw. der Ausschlussgründe

Sowohl die Eignungsmerkmale als auch die Ausschlussgründe betreffen die Person des Bieters bzw. Teilnehmers und werden in Praxis und Schrifttum teilweise unterschätzt bzw. auf ein Arsenal zur Begründung formaler Nachweispflichten reduziert. Dabei stellt insbesondere das Eignungsmerkmal der „Leistungsfähigkeit“ eine bieterbezogene Übersetzung der Beschaffungswünsche des Auftraggebers dar, wie sie sich in der Leistungsbeschreibung niedergeschlagen haben, während die Ausschlussgründe den zentralen normativen Ankerpunkt

⁸⁸ Ebenso *Portz*, *KommJur* 2017, 321 (322).

für die Bekämpfung von Korruption im Vergaberecht bilden. Systematisch zu unterscheiden sind die inhaltliche Bestimmung der jeweiligen Eignungsmerkmale bzw. Ausschlussgründe und die diesbezüglichen Nachweispflichten, welche sowohl für die Vergabestellen als auch für die interessierten Bieter ein erhebliches Bürokratiepotenzial darstellen. Die Gefahr von Diskriminierungen besteht insbesondere im Umgang mit den Merkmalen der „Befähigung zur Berufsausübung“ bzw. der „wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“, etwa wenn auf die „Erfahrung“ der Bieter abgestellt wird, was Newcomern von vornherein den Zugang zur Auftragsvergabe versperren würde.⁸⁹

Wie bereits erwähnt, ist die inhaltliche Bestimmung der einzelnen Eignungsmerkmale von den diesbezüglichen Nachweispflichten (vgl. zu ihnen oben, FV1) zu unterscheiden. Gemäß § 31 Abs. 2 UVgO ist der Auftraggeber verpflichtet, die gemäß § 33 UVgO vorab festzulegenden Eignungskriterien zu prüfen. Welche Anforderungen im Hinblick auf den jeweiligen Auftrag genau an die Bieter formuliert werden, hängt vom jeweiligen Beschaffungsgegenstand ab. § 16b VOB/A enthält eine vergleichbare Bestimmung.

1. Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

Die UVgO verweist hinsichtlich der Ausschlussgründe auf die Vorschriften der §§ 123 und 124 GWB (vgl. § 31 Abs. 1 UVgO). Insofern findet sich in § 31 Abs. 5 Satz 5 UVgO aber eine interessante Abweichung, die insbesondere auch für Handwerksunternehmen von Interesse ist. So sind im Anwendungsbereich des GWB die Auftraggeber nur unter vergleichsweise strengeren Voraussetzungen dazu berechtigt, aus einer früheren mangelhaften Vertragserfüllung nun negative Schlüsse zu ziehen, d.h. einen (fakultativen) Ausschlussgrund anzunehmen und ein Unternehmen nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen. Für den Unterschwellenbereich modifiziert § 31 Abs. 2 Satz 5 UVgO dies dahingehend, dass § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nur mit der Maßgabe „entsprechende Anwendung (findet), dass die mangelhafte Vertragserfüllung weder zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags, noch zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechts-

⁸⁹ Weiterführend zur Rechtsstellung von Newcomern im Vergaberecht *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545; *Terwiesche*, VergabeR 2009, 26.

folge geführt haben muss“; die genannten Voraussetzungen müssen oberhalb der Schwellenwerte jeweils erfüllt sein.

Auch die VOB/A kennt Ausschlussgründe. Sie sind genannt in § 16 Abs. 1 u. 2. Dort würde im Hinblick auf eine frühere Schlechterfüllung allerdings lediglich die unspezifische Vorschrift des § 16 Abs. 2 Nr. 2 eingreifen, wenn „nachweislich eine schwere Verfehlung begangen wurde“.

2. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung bzw. Fachkunde

Als befähigt und mit der Erlaubnis zur Berufsausübung ausgestattet (so die Formulierung in § 31 Abs. 2 Satz 1 UVgO) bzw. fachkundig (so die Formulierung in § 16b Abs. 1 VOB/A) ist ein Bieter anzusehen, wenn er die erforderlichen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die zu vergebende Leistung ausführen zu können. Im Einzelnen hängt die Bestimmung der Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen von der jeweils betroffenen Leistung ab. So umfasst beispielsweise die Fachkunde bei bauhandwerklichen Leistungen die Meisterbriefe für die jeweiligen Gewerke. Bei größeren Unternehmen kommt es mehr auf die technischen und kaufmännischen Leiter sowie auf die Inhaber des Unternehmens an.

3. Leistungsfähigkeit

Die Leistungsfähigkeit ist demgegenüber nicht personen-, sondern sach- und betriebsbezogen. Hierbei wird differenziert nach der Leistungsfähigkeit in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 UVgO bzw. § 16b Abs. 1 VOB/A) und der in technischer und beruflicher Hinsicht. Bei der Leistungsfähigkeit in der erstgenannten Hinsicht steht das Erfordernis der Bonität des Bieters im Mittelpunkt, d.h. die Fähigkeit, über ausreichende finanzielle Mittel zu verfügen, um den laufenden Verpflichtungen gegenüber dem Personal, dem Staat und sonstigen Gläubigern nachkommen zu können. Hierauf ist vor allem zu achten, wenn ein Bieter vor oder gar in einem Insolvenzverfahren steht.

In der letztgenannten Hinsicht geht es um das notwendige infrastrukturelle Know-how in Gestalt des Vorhandenseins des erforderlichen Maschinenparks und der Logistik, eines Bestands von qualifizierten Mitarbeitern, dem Vorhandensein von Schulungs- und Qualifizierungsprogrammen für diese Mitarbeiter etc. Eine wertvolle

Orientierung bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit in technischer Hinsicht bieten die teilweise europaweit gültigen, für immer mehr Sektoren erarbeiteten Qualitätsstandards, deren Einhaltung (die sog. Konformität) durch Bescheinigungen von Qualitäts- bzw. Zertifizierungsstellen nachgewiesen werden kann (vgl. bereits FVI).

4. Abschwächung des bisherigen Verbots „kein Mehr an Eignung“ in der UVgO

Oberhalb der Schwellenwerte war lange Zeit anerkannt, dass ein „Mehr an Eignung“ innerhalb der Zuschlagsprüfung nicht berücksichtigt werden dürfe. Diese Sichtweise ist beendet worden durch §§ 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VgV, 16d Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VOV/A-EU, wodurch die Auftraggeber in Deutschland dazu ermächtigt wurden, „die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ als Zuschlagskriterien berücksichtigen zu können. Voraussetzung hierfür ist, dass „die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“.

In der **VOB/A** fehlt eine solche Bestimmung, hier bleibt es also bei der früher allgemein bestehenden Rechtslage, wonach in der Wertung nur angebotsbezogene Umstände berücksichtigt werden können (vgl. zu ihnen sogleich II; § 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Hingegen orientiert sich die **UVgO** in § 43 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 an § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV, indem sie gleichlautend „die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ unter der Voraussetzung bei der Wertung, d.h. auf der Ebene der Zuschlagskriterien, für berücksichtigungsfähig erklärt, dass „die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“.

II. Auf der Ebene der Zuschlagskriterien

Anders als Eignungskriterien und Ausschlussgründe betreffen die Zuschlagskriterien nicht die Person des Bieters, sondern den Inhalt des von ihm vorgelegten Angebots. Letztlich ist dies die Ebene, auf der die Würfel zugunsten des erfolgreichen Bieters fallen. Sowohl in der VOB/A a.F. als auch in der VOL/A gab es hierzu vergleichsweise zurückhaltende Regelungen (in § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A bzw. § 16 Abs. 8 VOL/A). Dem-

gegenüber enthält § 127 GWB eine wesentlich detailliertere Regelung, die überdies in den §§ 58-60 VgV und nahezu inhaltsgleich in § 16d VOB/A-EU konkretisiert worden ist.⁹⁰

Die UVgO normiert nunmehr in § 43 einen weitgehend der Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte entsprechenden Rechtsrahmen im Hinblick auf die Zuschlagskriterien. So geht es um das „beste Preis-Leistungsverhältnis“, wobei neben dem Preis oder den Kosten auch insbesondere qualitative Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können. Als solche werden in § 43 Abs. 2 Nr. 1 beispielhaft genannt „technischer Wert, Ästhetik, Vertriebs- und Handelsbedingungen“ und in Nr. 3 „Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen“. Gemäß § 43 Abs. 6 UVgO sind die Kriterien und ihre Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung bekannt zu geben. Wie bereits im Abschnitt über die Leistungsbeschreibung festgestellt (E. II.), besteht insoweit ein Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung: Je konkreter die Leistungsbeschreibung ist, desto stärker stehen Preis bzw. Kosten als Zuschlagskriterien im Vordergrund. Je weniger konkret die Leistungsbeschreibung ist, desto wichtiger wird es, die Qualität (etwa unterschiedlicher vorgelegter Konzepte nach einer sog. funktionalen Leistungsbeschreibung) gesondert zu bewerten. Das neue Recht eröffnet hierzu auch im Unterschwellenbereich den Auftraggebern alle Möglichkeiten und bietet somit aus der Sicht der Handwerksbetriebe große Chancen.

Weiterhin ist allerdings auch unter der UVgO die sog. Nur-Preis-Vergabe nicht ausgeschlossen, weswegen es weiterhin in erheblichem Umfang Auftragsvergaben geben wird, bei denen der Preis das einzige Zuschlagskriterium bildet. Da aber nun künftig das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ maßgeblich sein wird, ist dies nicht so problematisch wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Vielmehr hat der Auftraggeber die Wahl, ob er bereits auf der Leistungsbeschreibung sämtliche relevanten qualitativen Anforderungen genau umschreibt (mit der soeben genannten Konsequenz) oder eben auf der Ebene der Zuschlagskriterien eine Kombination von finanziellen und leistungsbezogenen Zuschlagskriterien vornimmt.

⁹⁰ *Burgi*, Auswirkungen, S. 52 f.

Das Erfordernis, dass die Zuschlagskriterien mit dem „Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“ müssen (vgl. § 43 Abs. 3 UVgO) wird bei Kriterien wie „Qualität“ und „Verfügbarkeit von Kundendienst“ regelmäßig erfüllt sein. Überdies genügt es gemäß § 43 Abs. 3 Satz 2 UVgO künftig ausdrücklich, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf „Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht“. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn sich diese Faktoren „nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirken“. Die solchermaßen erfolgte Neuordnung des Rechts der Zuschlagskriterien in der UVgO bietet somit für die im besonderen Maße einer qualitätvollen und kundenorientierten Leistungserbringung verpflichteten Handwerksbetriebe erhebliche Chancen.

Deutlich sparsamer ist wiederum der Regelungsansatz in der **VOB/A**. Hier lautet die Formulierung nach § 16d Abs. 1 Nr. 3: „In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten lassen. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte wie z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“

H. Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke als Chance bzw. Gefahr für das Handwerk

I. Überblick und bisherige Rechtslage

Abschließend soll ein kurzer Blick auf die durch das neue Recht ebenfalls veränderte Rechtslage betreffend die Verfolgung ökologischer und/oder sozialer Zwecke bei der öffentlichen Auftragsvergabe geworfen werden. Insbesondere die Formulierung ökologischer Anforderungen an Auftragsgegenstände, die über die sich allgemein aus dem Umwelt-

recht ergebenden Anforderungen hinausgehen, bildet für Handwerksbetriebe eine erhebliche Chance, dass die diesbezügliche Beschaffungstätigkeit nochmals einen in Richtung Qualitätsverbesserung gehenden Schub erfährt. Soziale Aspekte, etwa Anforderungen an die Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Interesse einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf oder die Erfüllung von Quoten betreffend Langzeitarbeitslose, Migrantinnen oder Frauen, könnten hingegen den typischerweise eher kleinteiliger strukturierten Handwerksbetrieben größere Schwierigkeiten bereiten als etwa Großkonzernen. Die sich allgemein mit der Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke verbindende Bilanz der Chancen und Risiken⁹¹ fällt somit im Hinblick auf das Handwerk besonders ambivalent aus; letzten Endes hängt alles von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

In den bisherigen Regelungen über die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte fanden sich nur ansatzweise Aussagen über die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke. Sowohl in der VOL/A als auch in der VOB/A a.F. tauchen sie nicht in den Vorschriften über die „Grundsätze“ auf, sondern ausschließlich in Gestalt der „Umwelteigenschaften“ als u.U. relevantes Unterkriterium innerhalb der Zuschlagskriterien (vgl. § 16 Abs. 8 VOL/A bzw. 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A a.F.).

Oberhalb der Schwellenwerte wurde nun im GWB 2016 die Verfolgung „sozialer und umweltbezogener Aspekte“ ausdrücklich als Zweck der Beschaffungstätigkeit legitimiert (in § 97 Abs. 3). Dabei wurde zwar keine Pflicht formuliert, aber jene Zwecke haben damit nun auch auf der Ebene des nationalen Rechts endgültig den ihnen lange zugeschriebenen Charakter als „vergabefremd“ verloren. Das Regelungskonzept ist im Vergleich zur bisherigen Ausgestaltung in § 97 Abs. 4 GWB a.F. deutlich klarer. Es besteht erstmals in der Aufteilung in einen Allgemeinen und in einen Besonderen Teil. Diese sind dadurch verzahnt, dass § 97 Abs. 3 GWB 2016 die Verfolgung jener Aspekte „nach Maßgabe“ der nachfolgenden Regelungen ermöglicht. Damit richtet sich die Statthaftigkeit nach den rechtlichen Vorgaben für die jeweils betroffene Verfahrensphase. Folglich finden sich sowohl im Kontext der Leistungsbeschreibung, der Ausschlussgründe nach § 124 GWB, der Zuschlagskriterien nach § 127 GWB und der Ausführungs-

⁹¹ Bündig *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 7 Rn. 5 f., mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

bedingungen nach §§ 128 Abs. 2 und 129 GWB relevante Regelungen über die sog. strategische Beschaffung, d.h. die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke.⁹²

II. Neue Akzente in UVgO und VOB/A

Die UVgO knüpft wiederum an die beschriebene Neuorientierung im Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte an und bewirkt damit auch unterhalb der Schwellenwerte in ihrem Anwendungsbereich eine „Aufwertung“ der Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke vermittels der Auftragsvergabe.⁹³ So findet sich in § 2 Abs. 3 UVgO im Rahmen der „Grundsätze der Vergabe“ die Formulierung, dass neben Aspekten der Qualität und der Innovation auch „soziale und umweltbezogene Aspekte“ berücksichtigt werden sollen. Dies habe (wie auch oberhalb der Schwellenwerte) „nach Maßgabe dieser Verfahrensordnung“ zu erfolgen. Daran knüpfen dann für die Leistungsbeschreibung § 23 Abs. 2 u. 4 an und für die Ausschlussgründe § 31 Abs. 1 UVgO, der ja sowieso (vgl. oben GII) auf die §§ 123 und 124 GWB verweist. In der Vorschrift über die Leistungsbeschreibung stellt jedenfalls § 23 Abs. 2 Satz 1 UVgO ausdrücklich fest, dass diese auch „soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale umfassen“ kann und diese sich wiederum auch auf jedes andere Stadium „im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen“ können.

In den Kreis der Zuschlagskriterien werden neben den bereits bisher dort vorhandenen „Umwelteigenschaften“ nun auch „soziale“ Kriterien aufgenommen, wobei die „Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen“, die Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für alle“ neben allgemein als „soziale und umweltbezogene Eigenschaften“ titulierten Kriterien explizit genannt werden. Eine Grenze zieht allerdings auch hier das Erfordernis der Verbindung mit dem Auftragsgegenstand, das sich in § 43 Abs. 3 Satz 1 UVgO befindet.

Betreffend die Ausführungsbedingungen verweist § 45 UVgO explizit auf § 128 Abs. 1 GWB und trifft in § 45 Abs. 2 eine der Rechtslage unter § 128 Abs. 2 GWB entsprechende Regelung. Danach „können“ die Auftraggeber Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags fest-

⁹² Näher zu ihnen *Burgi*, Auswirkungen, S. 54 f.

⁹³ Diese Einschätzung teilen *Lausen*, NZBau 2017, 5, und *Portz*, KommJur 2017, 322.

legen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Nach Satz 3 können hiervon insbesondere „umweltbezogene“ und „soziale oder beschäftigungspolitische Belange“ umfasst sein. Eine Verpflichtung, Ausführungsbedingungen ökologischen oder sozialen Inhalts vorzusehen, kennt die UVgO nicht. Auch ist insoweit § 129 GWB nicht anwendbar. Es ist mithin Sache der Landesgesetzgeber, etwaigenfalls Verpflichtungen der Auftraggeber vorzusehen und/oder die Vorgaben des § 45 UVgO zu konkretisieren oder zu verändern. Insoweit werden in den Ländern, die über Landesvergabegesetze verfügen, die entsprechenden Regelungen erst einmal fortgelten.⁹⁴ Denkbar sind auch Vorgaben in Verwaltungsvorschriften, wie z.B. nach Art. 1 Abs. 2 der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie v. 18.1.2017“.⁹⁵ Interessanterweise bewirkt der ja in § 2 Abs. 1 UVgO aufgenommene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. zu ihm C II) allerdings eine Grenze für die übermäßige, d.h. unverhältnismäßige Postulierung ökologischer und sozialer Zwecke auf den verschiedenen Verfahrensstufen.

Insgesamt handelt es sich m.E. auch hier (wie schon oberhalb der Schwellenwerte) um eine maßvolle Weiterentwicklung, durch die jedenfalls die Rechtssicherheit erheblich verbessert wird. Das Gesetz des Handelns liegt weiterhin bei der einzelnen Vergabestelle, soweit eben nicht in Landesvergabegesetzen anderes vorgesehen ist.

Deutlich zurückhaltender ist wiederum der legislatorische Zugriff der **VOB/A-EU**, was bedeutet, dass die Vergabestellen hier einen noch größeren Spielraum besitzen, allerdings auch weniger Orientierung in einer abstrakt generellen Vorgabe finden. So taucht die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke dort weiterhin nicht in der Vorschrift über die „Grundsätze“ (§ 2) auf, und auch nicht in den Vorschriften über die Leistungsbeschreibung. Im Rahmen der Bestimmungen über „technische Spezifikationen“ ist immerhin in § 7a Abs. 5 von „Umwelteigenschaften“ die Rede und wird deren Normierung als Bestandteil der technischen Spezifikationen näher ausgestaltet. Die Umwelteigen-

⁹⁴ Diese sind zusammengestellt bei *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*, 2. Auflage 2017, § 88 Rn. 1 ff.

⁹⁵ BAAnz AT 24.01.2017, Bl.

schaften finden sich schließlich (wie schon bisher) in § 16d Abs. 1 Nr. 3 VOB/A im Rahmen der Bestimmung des Kreises der Zuschlagskriterien. Soziale Aspekte sind dort weiterhin nicht normiert und es fehlt auch weiterhin an einer ausdrücklichen Bestimmung über die sog. Ausführungsbedingungen.

I. Künftige Rechtsschutzsituation von Bietern aus dem Handwerk im Unterschwellenbereich

I. Überblick

Auch unterhalb der Schwellenwerte gibt es zunächst Kontrollmöglichkeiten im Hinblick darauf, ob die öffentlichen Auftraggeber die vergaberechtlichen Vorschriften eingehalten haben, über die Rechts- und Fachaufsichtsbehörden, die Rechnungshöfe und ggf. (extern) über die Medien. Gemäß § 21 VOB/A sind in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen diejenigen Stellen mit Anschrift anzugeben, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen Vergabebestimmungen wenden kann. Sie sind regelmäßig der Rechts- und Fachaufsichtsbehörde zugeordnet und werden teilweise „VOB-Stellen“ genannt. Die UVgO enthält keine diesbezüglichen Regelungen.

Weder UVgO noch VOB/A sehen hingegen die Einräumung eines subjektiven Rechts nach dem Muster des § 97 Abs. 6 GWB vor und es gibt weder spezifische Regeln noch Institutionen, vor denen Nachprüfungsanträge nach dem Muster der §§ 155 ff. GWB gestellt werden könnten. Mögliche Anspruchsgrundlagen bilden die §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB (früher: c.i.c.) sowie unter weiteren Voraussetzungen auch die deliktsrechtlichen Vorschriften der §§ 823 und 826 BGB sowie die kartellrechtlichen Anspruchsgrundlagen nach §§ 33 Abs. 1 i.V.m. 20 GWB.⁹⁶

In einigen Ländern sind darüber hinaus erste, m.E. wichtige Schritte zur Verbesserung der Rechtsschutzsituation unterhalb der Schwellenwerte unternommen worden, allerdings noch vor und unabhängig von der Reform des Unterschwellenvergaberechts ab 2016. Insoweit ist abzuwarten, ob nicht in dem einen oder anderen Bundesland hier Veränderungen herbeigeführt werden, idealerweise in Richtung eines Ausbaus der vorhandenen Rechtsschutzmechanismen. Bis auf weiteres sieht jedenfalls §

⁹⁶ Vgl. hierzu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 21 Rn. 8 ff.

19 des Thüringischen Vergabegesetzes⁹⁷ eine Informations- und Wartepflicht sowie ein Beanstandungsverfahren mit Nachprüfungsmöglichkeit bei der Vergabekammer vor. Ähnliche Regelungen finden sich in § 86 Sächsisches Vergabegesetz⁹⁸ und in § 19 Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt.⁹⁹ Auch das Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern¹⁰⁰ kennt eine Wartepflicht, aber ohne Nachprüfungsmöglichkeit (§ 12); noch dahinter zurück bleibt § 20 Hessisches Vergabe- und Tariftrugesetz.¹⁰¹ An diesen Regelungen könnten sich die anderen Länder orientieren. Ferner sei an dieser Stelle der Vorschlag erneuert, künftig eine bereits wissenschaftlich untersuchte Reformoption auf Landesebene aufzugreifen, nämlich die Einrichtung von sog. Vergabeschlichtungsstellen als eine durchaus im Zuge der allgemeinen Rechtsschutzdebatte liegende moderne Form der alternativen Streitbeilegung.¹⁰²

II. Bestehender Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten

Der Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten, der angesichts der gegebenen Umstände in den meisten Bundesländern als einzige Option verbleibt, weist verschiedene Defizite auf. So besteht im Unterschied zu den Verfahren nach den §§ 160 ff. GWB (also im Oberschwellenbereich), aber auch zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren (vgl. § 100 VwGO) kein Akteneinsichtsrecht zugunsten der ein Rechtsschutzbegehren erwägenden unterlegenen Bieter. Sodann erfahren die Bieter oftmals gar nicht, dass ein Auftrag an einen Konkurrenten vergeben worden ist und weder eine unterlassene Information noch die sofortige Zuschlagserteilung und auch nicht die vollständig fehlende Durchführung eines erforderlichen Vergabeverfahrens lösen Sanktionen aus. Der sogleich zu skizzierende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder auch die Erhebung einer Klage vor den ordentlichen Gerichten begründen kein Zuschlagsverbot.¹⁰³ § 19 Abs. 1 VOB/A gestaltet die Unterrichtung der unterlegenen Bieter lediglich als Sollvorschrift aus, § 46 Abs. 1 Satz 3 UVgO sieht die Unterrichtung der unterlegenen Bieter nur dann vor,

⁹⁷ Vom 18. April 2011 (GVBl. 2011, S. 69).

⁹⁸ Vom 14. Februar 2013 (GVBl. S. 218).

⁹⁹ Vom 19. November 2012 (GVBl. 2012, S. 536).

¹⁰⁰ Vom 7. Juli 2011 (GVBl. 2011, S. 411).

¹⁰¹ Mit der Möglichkeit der Aussetzung der Zuschlagserteilung bis zu 15 Tage.

¹⁰² *Burgi*, VergabeR 2010, 403.

¹⁰³ Zur entgegengesetzten Rechtslage im Hinblick auf all diese Aspekte oberhalb der Schwellenwerte vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 26 Rn. 3 f.

wenn diese danach verlangen. Auch hier kann die zwischendurch erfolgte Zuschlagserteilung nicht verhindert werden. Die schon gegenüber der bisherigen Rechtslage geäußerten europa- und teilweise verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁰⁴ werden mithin nicht verstummen.

Immerhin hat sich in den vergangenen Jahren eine Linie herausgebildet, die Anfang und Kontur durch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.1.2010 erhalten hat.¹⁰⁵ Da nach erfolgter Zuschlagserteilung wegen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ und des Fehlens einer Unwirksamkeitsregelung nach dem Muster des § 135 GWB kein Rechtsschutz mehr möglich ist, geht es darum, die Zuschlagserteilung (also den Vertragsabschluss) zu verhindern. Dies geschieht durch eine Kombination von Sicherungs- und Regelungsverfügung nach den §§ 935, 940 ZPO. Im Erfolgsfall führt dies zur Zurücksetzung des Vergabeverfahrens in den zu einer Beseitigung der geltend gemachten Mängel geeigneten Stand. Um zu verhindern, dass die Vergabestelle dennoch den Zuschlag erteilt, ist zusätzlich eine Sicherungsverfügung des Inhalts zu beantragen, dass das Gericht ein befristetes Zuschlagsverbot erlassen soll. Nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln bedürfen diese Anträge der Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs sowie eines Verfügungsgrundes. Beides wird (wie bereits erwähnt) durch das fehlende Recht auf Akteneinsicht erheblich erschwert.¹⁰⁶

Zusammenfassung

Das ab Herbst 2016 Zug um Zug im Bund und in den einzelnen Ländern auch unterhalb der Schwellenwerte reformierte Vergaberecht hat aus der Sicht des Handwerks mehrere Rechtsunsicherheiten beseitigt, teilweise aber auch neue Rechtsunsicherheiten geschaffen. Ebenso wie bereits bei der zum 18.4.2016 erfolgten Reform des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte sind dabei Neuregelungen erfolgt, die aus der Sicht des Handwerks entweder Chancen (im Sinne einer Verbesserung der bisherigen Rechtslage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Handwerksbetriebe) bieten oder aber (neue) Gefahrenpotenziale schaffen könnten. Dies gilt in deutlich größerem Maße für den Bereich der Vergabe von

¹⁰⁴ Vgl. z.B. *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 26 Rn. 2 ff.; stark zuspitzend zuletzt *Pünder*, VergabeR 2016, 693.

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf, NZBau 2010, 328; nachfolgend NZBau 2012, 382; OLG Saarbrücken, VergabeR 2015, 623; OLG München, VergabeR 2017, 682.

¹⁰⁶ Vgl. zu den Einzelheiten *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 26 Rn. 12 ff.

Lieferungen und Dienstleistungen, weil dort in Gestalt der UVgO ein explizit am Oberschwellenvergaberecht orientierter neuer Rechtsrahmen geschaffen worden ist. Deutlich geringer ist der Änderungseffekt im Baubereich, wo die VOB/A weniger am neuen Oberschwellenvergaberecht, sondern stärker am bisherigen VOB-Vergaberecht orientiert bleibt. Anlass zur gesteigerten Achtsamkeit besteht jedenfalls im Hinblick auf den Wegfall des Vorrangs des öffentlichen Verfahrens im Anwendungsbereich der UVgO und im Hinblick auf die Einführung der E-Vergabe. Deutlich mehr Chancen als Risiken bieten die Normierung des sog. Selbstausführungsgebots, die stärker an Qualität, Kundennähe und Nachhaltigkeit orientierten Abläufe bei der Leistungsbeschreibung, die Neuregelung bei den Eignungs- und den Zuschlagskriterien sowie die Erleichterungen beim Umgang mit Nachweisen. Die Verfolgung jedenfalls ökologischer Zwecke durch die öffentlichen Auftraggeber kann ebenso wie der neue potenzielle Zweck der Innovationsförderung für die in besonderem Maße für eine qualitätvolle Leistungserbringung prädestinierten Handwerksbetriebe chancenreich sein. Von allergrößter Bedeutung ist weiterhin die nicht substanziell eingeschränkte Pflicht zur Aufteilung von Aufträgen in Fach- und Teillose.