Vergaberecht

für Regionalmanagements im Kontext von öffentlichen Zuwendungen

Ein Leit(d)faden zur Umschiffung rechtlicher Klippen

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft
Adolf-Ellissen-Weg 79, 37077 Göttingen
Telefon: 0551 5078974, Telefax: 0551 5078979
Internet: http://www.team3-unternehmensberatung.de
E-Mail: wolter@team3-unternehmensberatung.de

Stand: September 2024

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis A1

Einleitung 1

Die Rolle des Regionalmanagements 3

Hauptteil 1: Zuwendungsrechtliche und vergaberechtliche Grundlagen 4

Fördermittelpolitik und Zuwendungsrecht als Basis 5

1. Fördermittelpolitik und Wettbewerbsrecht auf EU-Ebene 5

2. Zuwendungsrecht auf Ebene der Mitgliedstaaten 6

Typische Auflagen-/Nebenbestimmungs-Situationen 7

3. Verwaltungskontrolle im Rahmen von Förderung 8

Finanzkorrekturen-Leitlinie der Europäischen Kommission 8

Systematik der Korrekturen 9

Vergaberechtliches Normengefüge der Bundesrepublik Deutschland 10

1. Exkurs: Schwellenwerte und Wertgrenzen 10

1.1. EU-Schwellenwerte 10

2022/2023 11

2024/2025 12

1.2. Nationale Wertgrenzen 13

Aktuelle Wertgrenzen für Niedersachsen gem. NWertVO in der Fassung vom 26.03.2021, gem. VOB/A 2019 sowie gem. VV zu § 55 LHO 14

2. Oberschwellen-Vergaberecht der Bundesrepublik Deutschland 16

3. Unterschwellen-Vergaberecht der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Niedersachsen 17

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Inhaltsverzeichnis

4. Die Vergaberecht-Reformen seit April 2016 18
4.1. Reform des Oberschwellen-Vergaberechts 18
4.2. Reform des Unterschwellen-Vergaberechts 19
4.2.1. Bundesebene 19
4.2.2. Ebene des Landes Niedersachsen 20
4.2.2.1. Grundprocedere 20
4.2.2.2. Rechtslage in Niedersachsen 21
Bauleistungen 23
Liefer- und Dienstleistungen 24
Freiberufliche Leistungen 25

Allgemeine Grundsätze bei Vergabeverfahren 26

Hinweise zur Darstellung des Praxisteils 28

Hauptteil 2: Verfahrensrechtliche Einordnung 30

1. Öffentliche Auftraggeber 32
1.1. Verweisnorm des § 98 GWB 32
1.2. Auflistung gem. § 99 GWB 32
1.2.1. Klassischer staatliche Organisationseinheiten gem. § 99 Nr. 1 und 3 GWB 32
1.2.2. Privatpersonen gem. § 99 Nr. 2 GWB 33
1.2.3. Privatpersonen gem. § 99 Nr. 4 GWB 33
1.3. Begriff des öffentlichen Auftraggebers in Niedersachsen 34
Fassung des NTVergG seit dem 01.01.2020 34

2. Geförderte Personen und ANBest-ELER KLARA aus Niedersachsen 36
ANBest-ELER KLARA Version seit 05/2023 36

Hauptteil 3:
Ablaufschemata förmliche Vergabeverfahren
am Beispiel des Landes Niedersachsen 38

Ablaufschema 1: Bauleistungen gem. VOB/A 2019 39

Grundlegender Hinweis zur Anwendung des NTVergG 39

1. Einordnung der Beschaffungsleistung 40

Grundsätzlicher Hinweis zur Kommunikation im Vergabeverfahren
gem. VOB/A 2019 – eVergabe 40

2. Dokumentation des Verfahrens 41

3. Beachtung von Interessenkonflikt-Situationen 41

4. Prüfung des Vorliegens von Vergabefreiheit 42

5. Auftragswertschätzung gem. § 3 VgV 42

6. Bildung von Losen 44

7. Beachtung von Binnenmarkt-Relevanz 45

8. Auswahl der korrekten Vergabeart 46
Übersicht Kaskadenprinzip der Vergabearten 46
Regelfälle der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten
Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb 46
Ausnahmefall der Beschränkten Ausschreibung
ohne Teilnahmewettbewerb 46
Ausnahmefall der Freihändigen Vergabe 47
Sonderfall Direktauftrag 47
Besonderheiten gem. NWertVO 47

9. Eignungskriterien 49

10. Leistungsbeschreibung 50
Produktneutralität 50

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Inhaltsverzeichnis

11. Bewerbungs- bzw. Teilnahmebedingungen 52
    Zuschlagskriterien 52

12. Erklärungen gem. NTVergG und NKernVO 53
    Mindestentgelt- bzw. Tariftreuererklärung 53
    ILO-Erklärung 53
    Nachunternehmen und Nachunternehmer-Erklärungen 55

13. Festlegung von Vertragsbedingungen 56

14. Fristen 56

15. Bekanntmachung der Ausschreibung bzw. Anforderung von Angeboten 57

16. ggf. Beantwortung von Bieterfragen 57

17. Angebotsöffnung 58

18. Prüfung und Wertung der Angebote 58
    Phase 1 – Formalien und Ausschlüsse 58
    Phase 2 – Eignungsprüfung 59
    Phase 3 – Preisprüfung und weitergehende Angebotsprüfung 61
    Phase 4 – Wirtschaftlichkeitsprüfung 61
    Sonder-Prüfbereiche 61

19. ggf. Aufhebung der Ausschreibung 62

20. Zuschlagserteilung und Informations- und Wartepflichten 63

21. Vertragsdurchführung 63

Ablaufschema 2: Liefer- und Dienstleistungen gem. UVgO 64

Grundlegender Hinweis zur Anwendung des NTVergG 65

1. Einordnung der Beschaffungsleistung 65

Grundsätzlicher Hinweis zur Kommunikation im Vergabeverfahren gem. UVgO 65

2. Dokumentation des Verfahrens 66

3. Beachtung von Interessenkonflikt-Situationen 67

4. Prüfung des Vorliegens von Vergabefreiheit 67

5. Auftragswertschätzung gem. § 3 VgV 68

6. Bildung von Losen 70

7. Beachtung von Binnenmarkt-Relevanz 71

8. Auswahl der korrekten Vergabeart 72
   - Übersicht Kaskadenprinzip der Vergabearten 72
     - Regefälle Öffentliche Ausschreibung und Beschränkte Ausschreibung mit Teilnehmerwettbewerb 72
     - Ausnahmefall der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnehmerwettbewerb 72
     - Ausnahmefall Verhandlungsvergabe 73
     - Sonderfall / Ausnahmefall Direktauftrag 73
   - Besonderheiten gem. NWertVO 73
   - Neue / weitere Beschaffungsmethoden 74

9. Eignungskriterien 75

10. Leistungsbeschreibung 76
    - Produktneutralität 76

11. Bewerbungs- bzw. Teilnahmebedingungen 78
    - Zuschlagskriterien 78

12. Erklärungen gem. NTVergG und NKernVO 79
    - Mindestentgelt- bzw. Tariftreuererklärung 79
    - ILO-Erklärung 79
    - Nachunternehmen und Nachunternehmer-Erklärungen 80

13. Festlegung von Vertragsbedingungen 81

14. Fristen 82

15. Bekanntmachung der Ausschreibung bzw. Anforderung von Angeboten 82

    Hinweise bzw. Anmerkungen zur Form der einzureichenden Angebote 83

16. ggf. Beantwortung von Bieterfragen 84

17. Angebotsöffnung 84

18. Prüfung und Wertung der Angebote 85
Phase 1 – Formalien und Ausschlüsse 85
Phase 2 – Eignungsprüfung 85
Phase 3 – Preisprüfung und weitergehende Angebotsprüfung 87
Phase 4 – Wirtschaftlichkeitsprüfung 87
Sonder-Prüfbereiche 87

19. ggf. Aufhebung der Ausschreibung 88

20. Zuschlagserteilung und Informations- und Wartepflichten 89

21. Vertragsdurchführung 90

Ablaufschema 4: Freiberufliche Dienstleistungen 91

1. Grundsätzliches zur Rechtslage seit Januar 2020 91

2. Exkurs zum HOAI-Urteil des EuGH 92

3. Vorgehensweise nach LHO 94
3.1. Ein wichtiger Hinweis vorweg 94
3.2. Rechtslage bis Dezember 2020 94
3.3. Rechtslage seit Januar 2021 95

Exkurs zu eVergabe im Unterschwellen-Bereich 96

1. Einleitung 96

2. Grundbegriffe zur eVergabe 98
2.1. Technik, Software, Hardware 98
2.2. Vergabeplattformen 98

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

2.3. Formvorschriften im Bereich der eVergabe 99
2.3.1. Regelfall der Textform mach § 126b BGB 99
2.3.1.1. Die bürgerlich-rechtlichen Voraussetzungen der Textform 99
2.3.1.2. Die Tücken der zusätzlichen vergaberechtlichen Voraussetzungen 100
2.3.2. Ausnahmefälle der Signaturen und Siegel 102

3. eVergabe gem. NTVergG und UVgO 103
3.1. Schema der eVergabe-Verpflichtungen 103
3.2. Grundlegende Regelungen 104
3.3. Auftragsbekanntmachung 105
3.4. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 105
3.5. Umgang mit Bieterfragen etc. 106
3.6. Einreichung von Angeboten und Teilnahmeanträgen 106
3.7. Aufbewahrung ungeöffneter Angebote und Teilnahmeanträge 107
3.8. Prüfungs- und Wertungsphase 108
3.9. Zuschlag und Informationspflichten 108

4. eVergabe gem. NTVergG und VOB/A 2019 109
4.1. Schema der eVergabe-Verpflichtungen 109
4.2. Grundlegende Regelungen 110
4.3. Auftragsbekanntmachung 112
4.4. Bereitstellung der Vergabeunterlagen 112
4.5. Umgang mit Bieterfragen etc. 112
4.6. Einreichung von Angeboten und Teilnahmeanträgen 113
4.7. Aufbewahrung ungeöffneter Angebote und Teilnahmeanträge 114
4.8. Prüfungs- und Wertungsphase 114
4.9. Zuschlag und Informationspflichten 115

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Hauptteil 4:
Ablaufschemata wettbewerbliche Auflagen und Nebenbestimmungen für Privatpersonen 116

Ablaufschema 1: Angebotseinholung 117

Ablaufschema 2: Direktbeauftragung 122

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ANBest	Allgemeine Nebenbestimmungen
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
Binnenmarktrelevanzmitteilung	Mitteilung der Kommission vom 01.08.2006 zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom (2006/C 179/02)
CPV	Common Procurement Vocabulary – Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Abkürzungsverzeichnis

FKL KOM	Beschluss der Europäischen Kommission vom 14.05.2019 zur Festlegung der Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der Union finanzierte Ausgaben anzuwenden sind - Finanzkorrekturenleitlinie C(2019) 3452 final
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
i.V.m.	in Verbindung mit
IBV	Interessenbekundungsverfahren
KMU	Klein- und Mittelständische Unternehmen
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
MEV	Markterkundungsverfahren
NKernVO	Niedersächsische Verordnung über die Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Niedersächsische Kernarbeitsnormenverordnung
NTVergG	Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Abkürzungsverzeichnis

NWertVO	Verordnung über Auftragswertgrenzen zum Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetz – Niedersächsische Wertgrenzenverordnung
OLG	Oberlandesgericht
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung – Sektorenverordnung
UVgO	Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung)
VergRModG	Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.02.2016
VergRModVO	Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts – Vergaberechtsmodernisierungsverordnung vom 12.04.1916
VergStatVO	Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen – Vergabestatistikverordnung
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen
VV	Verwaltungsvorschrift(en)

Einleitung

Eine Ihrer Hauptaufgaben sah und sieht sowohl die ehemalige Europäische Gemeinschaft wie auch die heutige (reformierte) Europäische Union darin, den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft zu fördern bzw. zu regulieren und zu kontrollieren, um dadurch die vier Grundfreiheiten des gemeinsamen Binnenmarktes (Freier Verkehr in Bezug auf Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital – siehe Art. 26 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) zu gewährleisten.

Diesen grundlegenden Wettbewerbsgedanken setzt die EU in Form von gemeinschaftlichen Politiken und daraus resultierender Vorschriften (Verordnungen, Richtlinien etc.) um.

Zu diesen gemeinschaftlichen Politiken gehört neben der Strukturpolitik (auch als Fördermittel- bzw. Kohäsionspolitik bezeichnet) und dem damit in einem sehr engen Verhältnis stehenden Beihilfenrecht der EU in Bezug auf nationale Zuwendungen der Mitgliedstaaten auch und gerade das weite Feld der Wettbewerbspolitik – zu der im weiteren Sinne das Kernthema unseres Seminares zählt – das **Vergaberecht**.

Gerade dieses Zusammenspiel der verschiedenen Politiken der EU und ihrer Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten beeinflusst gegenwärtig bzw. zukünftig Ihr berufliches Handeln im Rahmen der Vergabe von Aufträgen und der Einhaltung der unterschiedlichen Vergaberecht-Vorschriften im Kontext der Gewährung von öffentlichen Zuwendungen bzw. der entsprechenden Prüfungen durch die fördermittelverwaltenden Institutionen.

Ziel dieses Seminares ist es zum einen, Ihnen einen praxisorientierten Überblick über das Vergaberecht im Kontext von öffentlichen Zuwendungen zu geben. Neben für ein Gesamtverständnis des Themenbereiches wichtigen Hintergrundinformation will ich Ihnen in unserer Veranstaltung und diesem Handout insbesondere darstellen, welche Schritte im Rahmen von wettbewerblichen oder vergaberechtlichen Auflagen und Nebenbestimmungen aus Zuwendungsbescheiden umzusetzen sind.

Weder im Rahmen des Seminars noch in den begleitenden Unterlagen ist es dabei ohne Sprengung des Rahmens möglich, auf jede kleine Einzelheit aus den verschiedenen Bundesländern einzugehen. Sehr wohl werde ich Ihnen aber die Systematik anhand der

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

insofern beispielhaften Regelungen des Landes Niedersachsen darstellen und Ihnen aufzeigen, wo Sie für Ihren konkreten Förderfall wichtige Informationen erhalten.

Zu den in unserem Seminar vertretenen Zuwendungsebenen bzw. Bundesländern werde ich an verschiedenen Stellen Besonderheiten insbesondere für private Zuwendungsempfänger darstellen.

Den Schwerpunkt meines Seminars und dieses Skripts stellen hierbei Vergabeverfahren auf nationaler Ebene unterhalb der EU-Schwellenwerte, denn diese machen statistisch betrachtet rund 95 % aller Vergabeverfahren aus.

Soweit die Projekte der von Ihnen betreuten Zuwendungsempfänger mit Mitteln der Europäischen Union kofinanziert sind, werden von den jeweiligen zuwendungsvergebenden Stellen Vergabeprüfungen durchgeführt.

Bei Fehlern kommt es zu Abzügen auf Basis der Finanzkorrekturenleitlinie der Europäischen Kommission. Die Systematik und den jeweiligen prozentualen Abzugsbetrag von der Zuwendung stelle ich Ihnen zur Information in den vergaberechtlichen Ablaufschemata dieses Skripts dar. Abgezogen wird grundsätzlich der höchste festgestellte Wert, eine Addition der Fehler findet nicht statt.

Soweit sich bei der **Nachbearbeitung** unseres Seminars oder bei der Durchsicht der ergänzenden Materialien Fragen ergeben, freue ich mich sehr, wenn Sie mich auch nach unserem Seminar unter der angegeben E-Mail-Adresse kontaktieren.

Bei Ihren Berührungen mit dem Vergaberecht während Ihrer täglichen Arbeit wünsche ich Ihnen viel Spaß und Erfolg.

Frank Wolter

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Eine für Sie persönlich nicht ganz unwichtige Frage ist die, welche Rolle Sie in Bezug auf die in den nachstehenden Abschnitten dieses Handouts dargestellten zuwendungs- und vergaberechtlichen Punkte haben.

Im Grunde ist diese Frage recht einfach zu beantworten:

Letztlich liegt die gesamte rechtliche Verantwortung sowohl für die Beantragung als auch für die korrekte Abwicklung von Fördermitteln bei der jeweiligen zuwendungsempfangenden Person (siehe hierzu auch die einschlägige Rechtsprechung sowie das im Rahmen des Seminars dargestellte Urteil des EuGH zu einem bundesdeutschen Förderfall aus den 1980er Jahren – Stichwort „Vertrauensschutz bei der Rücknahme von begünstigenden Bescheiden“)

Von der typischen juristischen Sichtweise ist aber sicherlich die der Erwartungshaltung an Sie, Ihre eigene Haltung hierzu oder auch vertragsrechtliche Konstellation zu differenzieren.

Unabhängig davon, ob Sie sich vertraglich zur zuwendungsrechtlichen bzw. vergaberechtlichen Betreuung und Begleitung verpflichtet haben, steht auf jeden Fall in erwartungsmäßiger Hinsicht Ihre Rolle als Ansprechstelle auch für diese Themenkomplexe im Raum.

Allein schon vor diesem Hintergrund lohnt es sich, mindestens fundierte Grundkenntnisse des Vergaberechts zu besitzen – die ich Ihnen sehr gern in unserer Veranstaltung und den begleitenden Unterlagen vermitteln will.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Hauptteil 1: Zuwendungsrechtliche und vergabe-rechtliche Grundlagen

- ✓ **Fördermittelpolitik und Zuwendungsrecht als Basis**
- ✓ **Vergaberechtliches Normengefüge der Bundesrepublik Deutschland**
- ✓ **Allgemeine vergaberechtliche Grundsätze**

1. Fördermittelpolitik und Wettbewerbsrecht auf EU-Ebene

Wie ich Ihnen in der Einleitung zu diesem Handout schon dargelegt habe, stellt die Fördermittelpolitik (auf der Gemeinschaftsebene der EU) die grundlegende Basis für das Vergaberecht im Kontext von öffentlichen Zuwendungen dar.

Punkte wie die in der Regel alle sieben Jahre wieder stattfindenden Diskussionen über Höhe und Verteilung der „EU-Fördertöpfe“, die Erstellung der Operationellen Programme auf der Ebene der Mitgliedstaaten oder auch das Beihilfenrecht der EU sind Themenfelder, die Ihnen im Rahmen Ihrer beruflichen Tätigkeiten sicherlich schon begegnet sind.

Unter der Überschrift des **Wettbewerbs** im gemeinsamen Binnenmarkt verknüpft das (höherwertige) Europarecht Politik- bzw. Rechtsbereiche wie die Fördermittelpolitik und das Beihilfenrecht mit dem Vergaberecht.

Diese Verknüpfung ist von der folgenden Gedankenkette getragen:

- Grundsätzlich sind Förderungen bzw. Subventionen nicht erwünscht bzw. gewollt, da diese negativ auf den Wettbewerb wirken
  - Ausnahmsweise sind sie erwünscht bzw. gestattet – nämlich dann, wenn sie den gemeinschaftlich festgelegten Zielen der Förderpolitik dienen (Stichwort: Kohäsion) oder wenn sie den Wettbewerb nicht beeinträchtigen (Stichwort: Beihilfenrecht)
    - Im Fall von derartiger erwünschter bzw. gestatteter Förderung verausgabt die fördermittelempfangende Person staatliche Mittel – ergo muss sie diese Mittel auch unter den gleichen bzw. gleichartigen Bedingungen ausgeben wie der Staat selbst, und zwar selbst dann, wenn die fördermittelempfangende Person eine Privatperson ist (Stichwort: Vergaberecht oder wettbewerbliche Auswahlverfahren)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

2. Zuwendungsrecht auf Ebene der Mitgliedstaaten

Die nationale Umsetzung der zuvor dargestellten Gedankenkette (insbesondere hinsichtlich des letztgenannten Punktes) erfolgt durch das Zuwendungsrecht. Zentrale Norm ist hier der auf Bundes- und Bundesländer-Ebene wortidentische § 44 der jeweils einschlägigen Haushaltsordnungen.

Auf der Basis dieser Norm werden Zuwendungsbescheide erlassen und diese mit Auflagen und/oder Nebenbestimmungen versehen – auch und gerade zum Bereich des Vergaberechts oder zur Durchführung von wettbewerblichen Auswahlverfahren. Ein sehr wichtiges Beispiel (insbesondere für Privatpersonen) stellen die **ANBest**-Regelungen dar, die uns im weiteren Fortgang stets begleiten werden. Diese sind vom Grundaufbau her in allen Bundesländern identisch – in der Regel finden sich unter der Ziffer 3 Auflagen zum Vergaberecht –, differieren aber inhaltlich im Vergleich zwischen den Bundesländern sehr stark.

Werfen wir in diesem Zusammenhang am Beispiel von Förderung und Zuwendungsbescheiden einen Blick auf die **Wertigkeiten von Rechtsregeln**:

- ✓ An oberster Stelle steht stets das **höherwertige Europarecht**.
- ✓ Sodann folgen **nationale Vorschriften** (Gesetze, Verordnungen, Förderrichtlinien etc.) – die selbstverständlich im Einklang mit dem Europarecht stehen müssen.
- ✓ Auf dieser Basis werden **Zuwendungsbescheide** erstellt, die selbstverständlich primär wiederum mit dem höherwertigen Europarecht und sekundär mit den nationalen Vorschriften im Einklang stehen müssen.

  Hinsichtlich der Inhalte – hier insbesondere der Gültigkeit der ANBest – ist wie folgt zu differenzieren:

- Grundsätzlich gilt der gesamte Inhalt des Zuwendungsbescheides inkl. der beigefügten ANBest.

- Weichen Förderrichtlinien (zu Gunsten) der Zuwendungsempfänger von den Inhalten der ANBest ab, so gilt hinsichtlich des Abweichungspunktes der positivere Inhalt der Förderrichtlinie.

  Praktische Beispiele hierzu finden sich beispielsweise in Rheinland-Pfalz oder in Sachsen-Anhalt im Bereich der Förderung des ländlichen Raumes.

Grundsätzlich denkbar und insofern **typisch** sind hierbei die folgenden vier **Konstellation**:

- Zuwendungsempfänger gilt als Öffentlicher Auftraggeber und ist zur Beachtung des gesamten Vergaberechts (Landesvergaberecht sowie Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A und UVgO) verpflichtet
- Zuwendungsempfänger ist Privatperson und ist zur Beachtung der Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A und UVgO verpflichtet
- Zuwendungsempfänger ist Privatperson und muss sich bemühen, Angebote einzuholen bzw. wird dazu verpflichtet, eine bestimmte Mindestanzahl an Angeboten einzuholen
- Zuwendungsempfänger ist Privatperson und darf Direktaufträge unter Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erteilen

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

3. Verwaltungskontrolle im Rahmen von Förderung

Getreu des Mottos „*Vertrauen ist gut, aber Kontrolle ist besser*“ kommt es im Rahmen von Förderungen zu zahlreichen ganz unterschiedlichen Kontrollen und Prüfungen (Antragsprüfung, Mittelverwendungskontrolle etc.).

Soweit EU-Fördermittel Bestandteil der Förderung sind, ist dieses Kontrollsystem noch einmal eine Spur ausgefeilter und tiefergehender als in vielen Fällen rein nationaler Förderung.

„Perfektioniert“ worden ist das Kontroll- und Prüfsystem im Förderbereich des ELER. In Bezug auf das in unserer Veranstaltung interessierende Vergaberecht kommt es in allen Bundesländern zur Anwendung derselben Prüfsystematik unter Nutzung derselben Prüfwerkzeuge (Checklisten, Prüfprotokolle etc.).

Hierbei kommt die seitens der EU vorgeschriebene sog. „**Finanzkorrekturen-Leitlinie**“ zur Anwendung, die seit Mai 2019 in einer aktualisierten Version vorliegt.

> Beschluss der Kommission *vom 14.5.2019 zur Festlegung der Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der Union finanzierte Ausgaben anzuwenden sind – C(2019) 3452*

Die konkreten Inhalte der Finanzkorrekturenleitlinie stelle ich Ihnen im Rahmen der vergaberechtlichen Ablaufschemata im weiteren Verlauf dieses Handouts bzw. in der begleitenden Präsentation dar.

Sie listet in Form von Beispielen 23 typische Vergabefehler auf und legt je nach Schweregrad des Fehlers prozentuale Abzüge (Korrekturen) von 5, 10, 25 oder gar 100 % von der Förder-summe fest.

Soweit es die **Systematik der Korrekturen** anbelangt, gilt gem. der Inhalte der Finanzkorrekturenleitlinie folgendes Schema:

- Soweit dem Haushalt (der EU) durch einen Vergabefehler kein Schaden entstanden ist, kann eine Korrektur unterbleiben.

- Wenn ein Schaden entstanden ist und diese finanzielle Auswirkung exakt bestimmt (berechnet) werden kann, ist die genau berechnete Summe zu korrigieren.

- Ist im Falle eines Schadens die genaue Summe nicht exakt zu berechnen, so ist je nach Art und Schweregrad der Unregelmäßigkeit ein prozentualer Pauschal-Korrektursatz in Abzug zu bringen. Für Vergabefehler, die nicht in der Beispielliste auftauchen, sind Korrekturen in Anlehnung an die geregelten Beispiele vorzunehmen bzw. ist der seitens der EU-Zahlstellen der Bundesländer konzipierte Sanktionskatalog maßgebend.

  Die Korrektursätze können sich dabei auf ein klar abgrenzbares einzelnes Gewerk einer Ausschreibung beziehen, können aber durchaus auch Auswirkungen auf die gesamte Ausschreibung haben.

  Gerade im Fall der prozentualen Pauschalkorrektursätze ist im Vergleich zu der Vorgängerversion der aktuellen Finanzkorrekturenleitlinie festzustellen, dass weniger Spielräume (weniger Ermessen) der Prüfbehörden möglich ist.

  Bei geförderten Privatpersonen (insbesondere in den Fällen, in welchen keine direkte vergaberechtliche Auflage erteilt wurde, sondern „nur“ wettbewerbliche Auswahlverfahren durchzuführen sind – siehe hierzu im Detail weiter unten) kommt es zu einer analogen Anwendung der Leitlinie. In diesen Fällen können Korrektursätze in Ausübung von Ermessen seitens der Prüfbehörde gebildet werden. Hierbei ist man also nicht auf die in den Leitlinien geregelten Prozentwerte festgelegt, allerdings soll eine Orientierung daran stattfinden.

  Mehrere gefunden Fehler werden nicht kumuliert – es gilt der höchste festgestellte Korrektursatz.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Aus der Sicht der höherwertigen Rechtssetzungsebene der EU betrachtet, ist das Vergaberecht quasi zweigeteilt:

Ab Erreichen bestimmter Schwellenwerte (siehe hierzu die nachstehende Ziffer 1) ist das Vergaberecht Europarecht, die Umsetzung des Rechts erfolgt auf der Ebene des Bundes.

Unterhalb dieser Schwellenwerte ist das Vergaberecht nationales Haushaltsrecht – und als solches in der Bundesrepublik Deutschland in der Rechtsetzungsgewalt der Bundesländer, so dass wir es mit insgesamt 16 teilweise grundverschiedenen Länder-Vergaberechten zu tun haben.

1. Exkurs: Schwellenwerte und Wertgrenzen

1.1. EU-Schwellenwerte

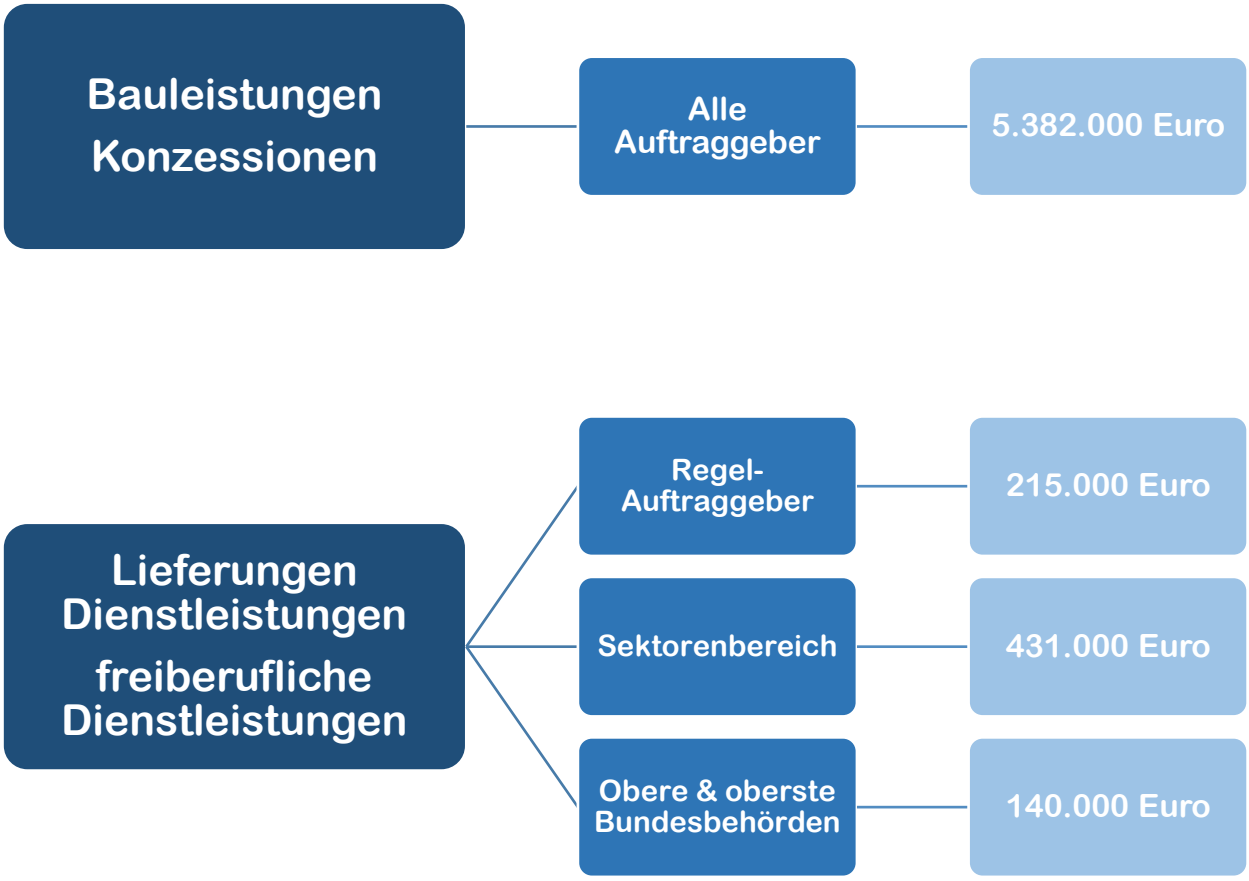
Der EU-Schwellenwert für die unterschiedlichen Beschaffungsbereiche legt fest, ob eine europaweite Ausschreibung nach dem Oberschwellen-Vergaberechts oder eine Ausschreibung im Unterschwellenbereich nach nationalem Vergaberecht der Bundesländer durchzuführen ist.

Die auf Verordnungen der EU basierenden Summen werden alle zwei Jahre neu festgelegt.

Die EU-Schwellenwerte der Jahre 2022/2023 sowie der Jahre 2024/2025 ergeben sich aus den nachstehenden Übersichten.

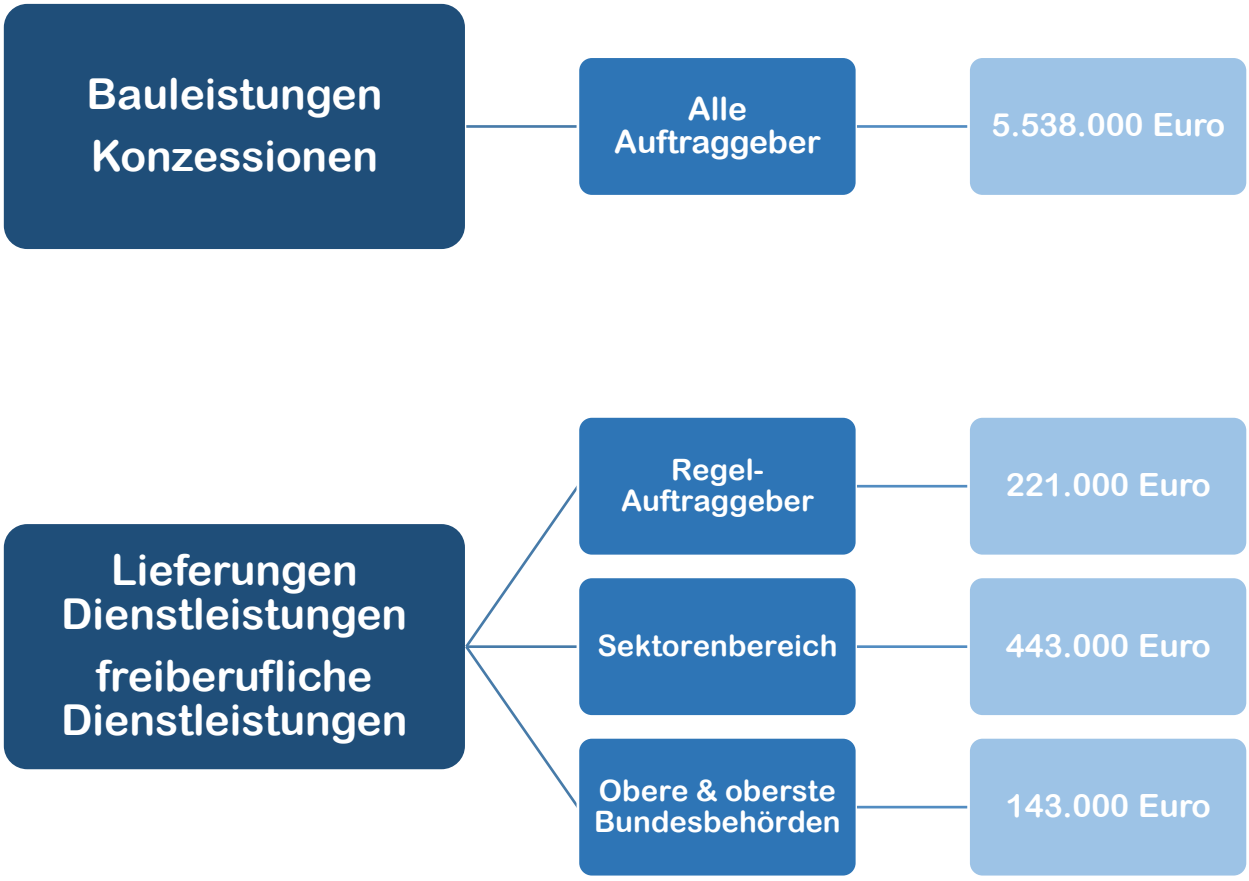
© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Schwellenwerte 2022/2023



© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Schwellenwerte 2024/2025



1.2. Nationale Wertgrenzen

Summen bzw. Werte spielen im Sinne von Wertgrenzen darüber hinaus eine wichtige Rolle im Bereich des Unterschwellen-Vergaberechts.

In speziellen Normen und/oder Erlassen wird in diesem Rahmen festgelegt, welche konkrete Verfahrensart für die Ausschreibung zu wählen ist bzw. ob bei einer Unter-/Über-Schreitung der betreffenden Werte bestimmte Sonderregeln für die Durchführung von Ausnahme-Verfahrensarten gelten.

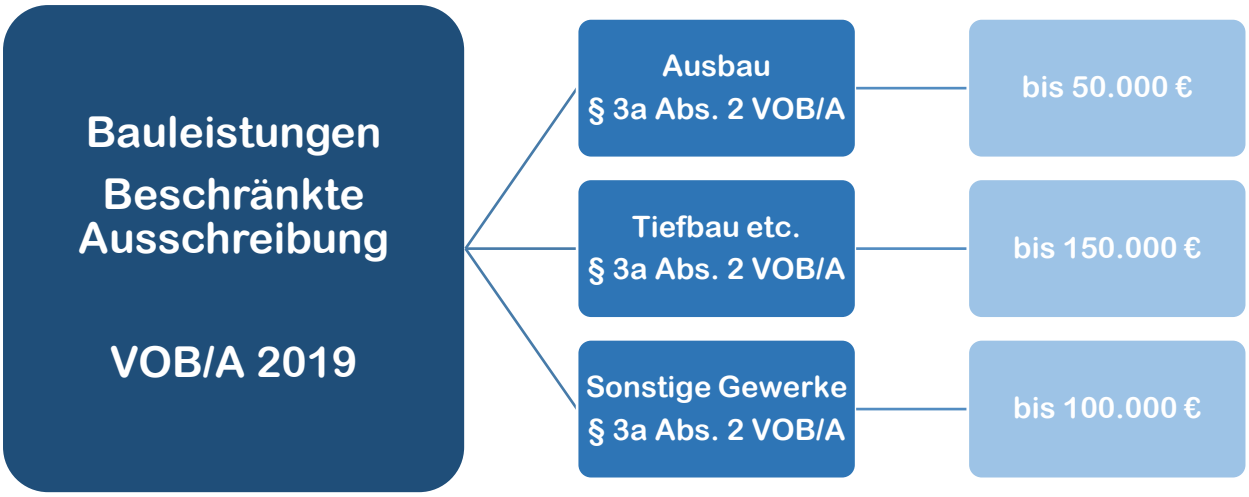
Am Beispiel des Bundeslandes Niedersachsen stelle ich Ihnen nachstehend die besonderen Wertgrenzenregelung beispielhaft dar.

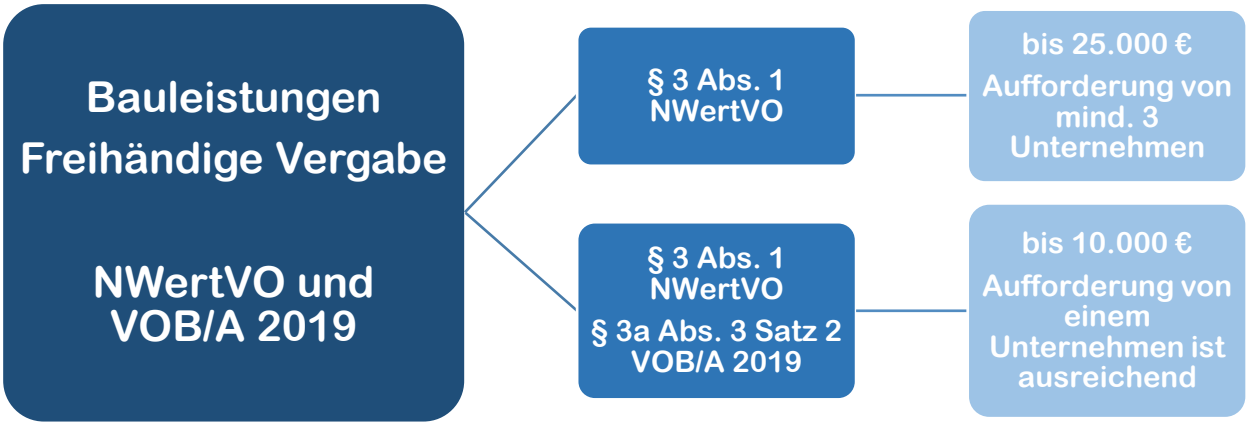
Zwischenzeitlich haben alle Bundesländer derartige Wertgrenzenregelungen erlassen, zum Teil in Form von speziellen Verordnungen, zum Teil in Form von Runderlassen oder Verwaltungsvorschriften.

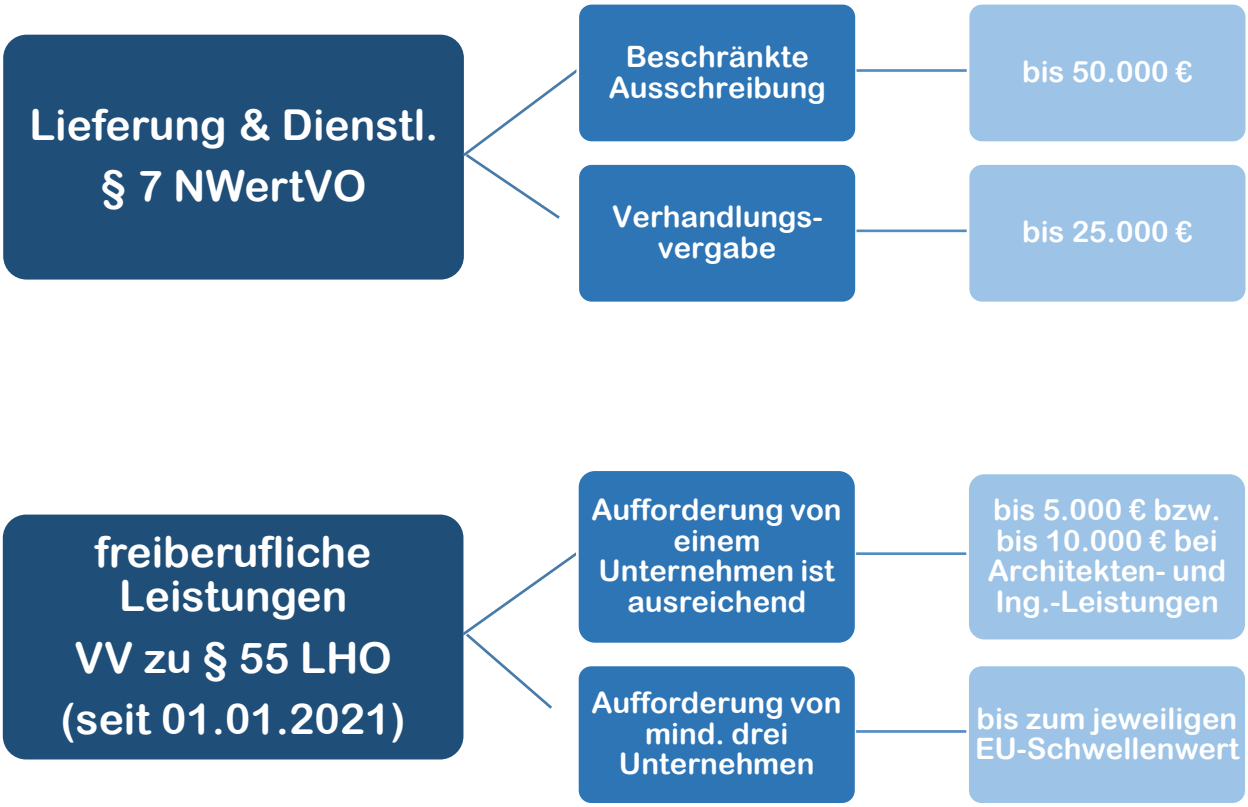
Darüber hinaus beinhaltet auch die VOB/A besondere Wertgrenzen.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Aktuelle Wertgrenzen für Niedersachsen gem. NWertVO in der Fassung vom 26. März 2021, gem. VOB/A 2019 sowie gem. VV zu § 55 LHO






Lieferung & Dienstl.
§ 7 NWertVO
Beschränkte Ausschreibung
bis 50.000 €
Verhandlungs-vergabe
bis 25.000 €
freiberufliche Leistungen
VV zu § 55 LHO
(seit 01.01.2021)
Aufforderung von einem Unternehmen ist ausreichend
bis 5.000 € bzw. bis 10.000 € bei Architekten- und Ing.-Leistungen
Aufforderung von mind. drei Unternehmen
bis zum jeweiligen EU-Schwellenwert

2. Oberschwellen-Vergaberecht der Bundesrepublik Deutschland

Im Bereich des Oberschwellen-Vergaberechts, welches die nationale Umsetzung von entsprechenden EU-Richtlinien darstellt, sind die folgenden Vorschriften von Bedeutung:

- Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (§§ 97 ff.)
- Vergabeverordnung (VgV)
- Sektorenverordnung (SektVO)
- Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)
- Verteidigungs- und Sicherheits-Vergabeverordnung (VSVgV)
- Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)
- Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A EU)

Im Oberschwellen-Bereich fortgefallen sind zum 18. April 2016 der Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Lieferungen und Dienstleistungen (VOL/A EG) sowie die Vergabe- und Vertragsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Beide sind nunmehr in der VgV sowie im GWB eingearbeitet.

Weitere Informationen zu den Vergaberecht-Reformen seit April 2016 gebe ich Ihnen im weiteren Verlauf dieses Skript-Abschnitts.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

3. Unterschwellen-Vergaberecht der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Niedersachsen

Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterhalb der dargestellten EU-Schwellenwerte liegt die Regulierungskompetenz in der Bundesrepublik Deutschland in Form des Haushaltsrechts in der Hand der Bundesländer.

Am Beispiel des Landes Niedersachsen sind vor diesem Hintergrund insbesondere die nachstehenden Vorschriften von Bedeutung.

- § 55 LHO und VV zu § 55 LHO
  sowie kommunales Haushaltsrecht (kommunale Vergaberichtlinien)
  auf Basis des § 28 KomHKVO Nds.
- Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG)
- Niedersächsische Wertgrenzenverordnung (NWertVO)
- Niedersächsische Kernarbeitsnormenverordnung (NKernVO)
- Etwaige Erlasse der Ministerialebene
- Zuwendungsbescheide aus dem Fördermittelbereich

Ergänzend kommen mit aktuellem Stand hinzu:

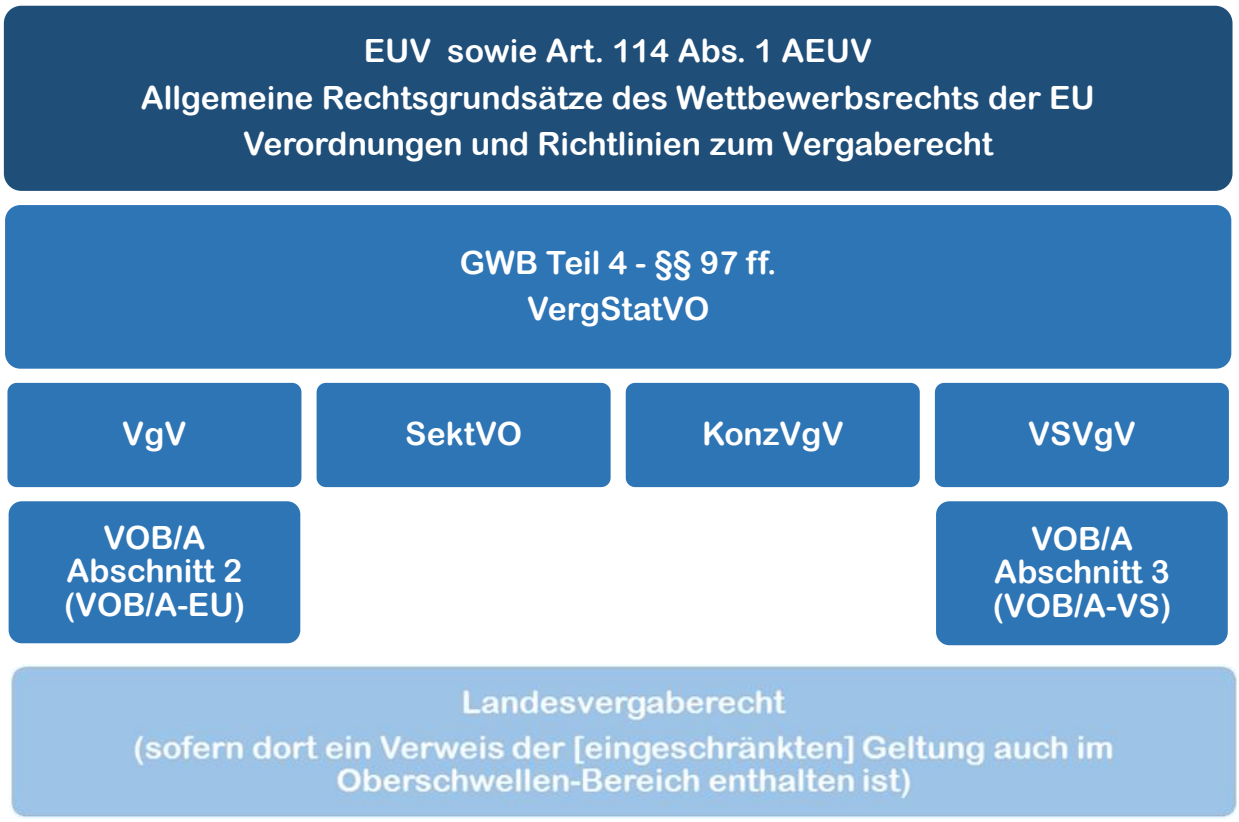
- Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO)
- Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Fassung von 2019 (VOB/A 2019)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

4. Die Vergaberecht-Reformen seit April 2016

4.1. Reform des Oberschwellen-Vergaberechts

Das Jahr 2016 war ohne Zweifel das Jahr der großen Reform des Oberschwellen-Vergaberechts unter anderem mit weitgehenden Änderungen von Teil 4 des GWB, einer umfassenden Änderung bzw. Aufwertung der VgV, dem Wegfall der VOL/A EG sowie der VOF (die nunmehr beide in der VgV eingearbeitet sind) oder der Schaffung der VOB/A EU als Ersatz für die VOB/A EG.



4.2. Reform des Unterschwellen-Vergaberechts

Rund um den großen Hype der Reform des Oberschwellen-Vergaberechts ist die Reform des Unterschwellen-Vergaberechts aus den Jahren 2016 und 2017 eher ein wenig unter gegangen – und der entsprechende Reformprozess ist in Niedersachsen und anderen Bundesländern noch nicht abgeschlossen.

Das Grundprocedere der Reform gestaltet sich wie folgt:

4.2.1. Bundesebene

Das Unterschwellen-Vergaberecht liegt als Teil des Haushaltsrecht nach wie vor im Zuständigkeitsbereich der Bundesländer. Gleichwohl ist auch die Bundesebene – nämlich im Bereich der Normierungsausschüsse für die Vergabe- und Vertragsordnungen – in die Statuierung bzw. die Reform des Vergaberechts involviert.

Auf Bundesebene hat dies in der Zeit seit April 2016 zu folgenden Normensetzungen bzw. Reformen geführt:

- Sprachliche Anpassung der **VOL/A Abschnitt 1** aus dem Jahre 2009 an die Reform des Oberschwellen-Vergaberechts (insbesondere in Bezug auf Normenverweise in die Regelungen von Teil 4 des GWB bzw. in die VgV)

  Die VOL/A 2009 liegt hiernach in einer sprachlich reformierten Fassung mit Stand vom **28. Juni 2016** vor.

- Sprachliche Anpassung der **VOB/A Abschnitt 1** an die Reform des Oberschwellen-Vergaberechts sowie inhaltliche Reform dieser Norm

  Die VOB/A liegt hiernach in Form der **VOB/A 2016 in der Fassung vom 7. Januar 2016** vor

- Umsetzung einer (weiteren) Reform der VOB/A 2016.

  Die **VOB/A 2016** liegt hiernach **in der Fassung vom 22. Juni 2016**. Für diese Fassung besteht ein Einführungserlass des BMUB auf Bundesebene mit Wirkung seit dem 1. Oktober 2016.

- Statuierung der **UVgO** in der Fassung vom 2. Februar 2017 als Ersatz für die VOL/A Abschnitt 1

  Im Zuge einer Änderung der BHO ist die UVgO auf Bundesebene mit Wirkung zum 2. September 2017 in Kraft getreten.

  Details zu den Inhalten der UVgO bzw. zu deren Unterschiede im Vergleich zur VOL/A stelle ich Ihnen in einem besonderen Abschnitt dieses Skripts dar.

- Umsetzung einer (weiteren) sehr aktuellen Reform der VOB/A.

  Die VOB/A liegt hiernach **in der Fassung vom 31. Januar 2019** als neu geschaffene **VOB/A 2019** vor. Auf Bundesebene ist diese mit Wirkung zum 1. März 2019 per Erlass eingeführt worden.

4.2.2. Ebene des Landes Niedersachsen

4.2.2.1. Grundprocedere

Nach all den Reformen des Ober- und des Unterschwellen-Vergaberechts herrscht auf der Ebene der Bundesländer (so selbstverständlich auch in Niedersachsen) eine auf den ersten Blick etwas merkwürdig und chaotisch anmutende Situation, die insbesondere für die Durchführung von Vergabeprüfung, aber auch für die Durchführung von eigenen Vergabeverfahren von Bedeutung ist.

Hintergrund ist die eingangs von mir schon erwähnte Bundesländerzuständigkeit in Sachen Unterschwellen-Vergaberecht.

Die oben dargestellten Vergabe- und Vertragsordnung gelten insofern in den Bundesländern nicht automatisch, sondern müssen von diesen noch durch Erlasse oder durch Verweise in den jeweiligen Landeshaushaltsordnungen und/oder Landesvergabegesetzen eingeführt werden (letztere Variante gilt für das Land Niedersachsen).

Derartige Verweise können rechtstechnisch in zwei Varianten gestaltet werden:

- **Dynamischer Verweis**

  Im Rahmen eines dynamischen Verweises listet eine Rechtsnorm Verweisnormen nach dem Titel bzw. Namen auf und verweist auf die jeweils gültige Fassung dieser Verweisnorm.

  Das Land Niedersachsen nutzt diese Verweisform im Bereich des Vergaberechts in der VV zu § 55 der LHO.

- **Statistischer Verweis**

  Im Gegensatz zum dynamischen Verweis wird beim statischen Verweis sowohl auf die Verweisnorm selbst als auch auf deren anzuwendende bzw. geltende Fassung verwiesen.

  Das Land Niedersachsen nutzt diese Verweisform im Bereich des Vergaberechts in § 3 NTVergG. Dieser greift nach dem derzeitigen § 2 NTVergG allerdings erst für Vergaben ab einem Auftragswert von 20.000 Euro – darunter gilt § 55 LHO nebst der VV hierzu.

4.2.2.2. Rechtslage in Niedersachsen

Selbstverständlich hat auch Niedersachsen durch sprachliche und inhaltliche Anpassungen der LHO und des NTVergG (inkl. seiner Nebennormen) sowohl auf die Reform des Oberschwellen- als auch auf die des Unterschwellen-Vergaberechts reagiert.

Von großer praktischer Bedeutung ist hierbei die seit Januar 2020 in Kraft getretene novellierte Fassung des NTVergG.

Diese Novelle hat zum einen die UVgO als Ersatz für die VOL/A und zum anderen die VOB/A 2019 als Ersatz für die VOB/A 2016 eingeführt.

Freiberufliche Leistungen im Unterschwellen-Bereich unterfallen gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 NTVergG nicht dem Anwendungsbereich des NTVergG, so dass für deren Beschaffung via NTVergG auch die UVgO nicht gilt. Stattdessen gilt das jeweils einschlägige Haushaltsrecht (LHO oder KomHKVO). Gleiches gilt für Bauleistungen sowie für Liefer- und Dienstleistungen unterhalb eines Auftragswertes von 20.000 Euro. Siehe hierzu auch die Tabelle auf der Folgeseite sowie im Detail auch den weiteren Verlauf dieses Skripts.

Zum anderen sind durch die Novelle private Zuwendungsempfänger von Fördermitteln im Unterschwellen-Bereich aus dem Problembereich der Anwendung des § 99 Nr. 4 GWB herausgenommen.

Wie im vorstehenden Abschnitt dargelegt, verwendet Niedersachsen im Bereich des Vergaberechts sowohl dynamische Verweise als auch statische Verweise.

Dies führt hinsichtlich der aktuellen Rechtslage bzw. hinsichtlich der Rechtslage der vergangenen Jahre (ggf. von Bedeutung für Ihre Prüfung von Altfällen) im Unterschwellen-Bereich zu dem (auf den ersten Blick etwas verworrenen) aus der folgenden Tabellen ersichtlichen Bild.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Bauleistungen

Zeitraum	Geltende Norm(en)	
bis 31.12.2019	**Auftragswert unter 10.000 Euro** **Haushaltsrecht mit dynamischem Verweis**	**Auftragswert ab 10.000 Euro** **diverse Fassungen des NTVergG vom 31.10.2013 mit statischem Verweis**
01.01.2014 bis 17.04.2016	VOB/A 2012 in der Fassung vom 26.06.2012	VOB/A 2012 in der Fassung vom 26.06.2012
18.04.2016 bis 30.06.2016	VOB/A 2016 in der Fassung vom 07.01.2016	VOB/A 2012 in der Fassung vom 26.06.2012
01.07.2016 bis 30.09.2016	VOB/A 2016 in der Fassung vom 07.01.2016	VOB/A 2016 in der Fassung vom 07.01.2016
01.10.2016 bis 31.12.2016	VOB/A 2016 in der Fassung vom 22.06.2016	VOB/A 2016 in der Fassung vom 07.01.2016
01.01.2017 bis 28.02.2019	VOB/A 2016 in der Fassung vom 22.06.2016	VOB/A 2016 in der Fassung vom 22.06.2016
01.03.2019 bis 31.12.2019	VOB/A 2019 in der Fassung vom 19.02.2019	VOB/A 2016 in der Fassung vom 22.06.2016
seit 01.01.2020	**Auftragswert unter 20.000 Euro** **Haushaltsrecht mit dynamischem Verweis**	**Auftragswert ab 20.000 Euro** **NTVergG vom 31.10.2013 in der Fassung vom 20.11.2019 mit statischem Verweis**
seit 01.01.2020	VOB/A 2019 in der Fassung vom 19.02.2019	VOB/A 2019 in der Fassung vom 19.02.2019

Liefer- und Dienstleistungen

Zeitraum	Geltende Norm(en)	
bis 31.12.2019	**Auftragswert unter 10.000 Euro** **Haushaltsrecht mit dynamischem Verweis**	**Auftragswert ab 10.000 Euro** **diverse Fassungen des NTVergG vom 31.10.2013 mit statischem Verweis**
01.01.2014 bis 30.06.2016	VOL/A 2009 in der Fassung vom 20.11.2009	VOL/A 2009 in der Fassung vom 20.11.2009
01.07.2016 bis 31.12.2019	VOL/A 2009 in der Fassung vom 28.06.2016	VOL/A 2009 in der Fassung vom 28.06.2016
seit 01.01.2020	**Auftragswert unter 20.000 Euro** **Haushaltsrecht mit dynamischem Verweis**	**Auftragswert ab 20.000 Euro** **NTVergG vom 31.10.2013 in der Fassung vom 20.11.2019 mit statischem Verweis**
01.01.2020 bis 31.12.2020	VOL/A 2009 in der Fassung vom 28.06.2016	UVgO in der Fassung vom 02.02.2017
seit 01.01.2021	UVgO in der Fassung vom 02.02.2017	UVgO in der Fassung vom 02.02.2017

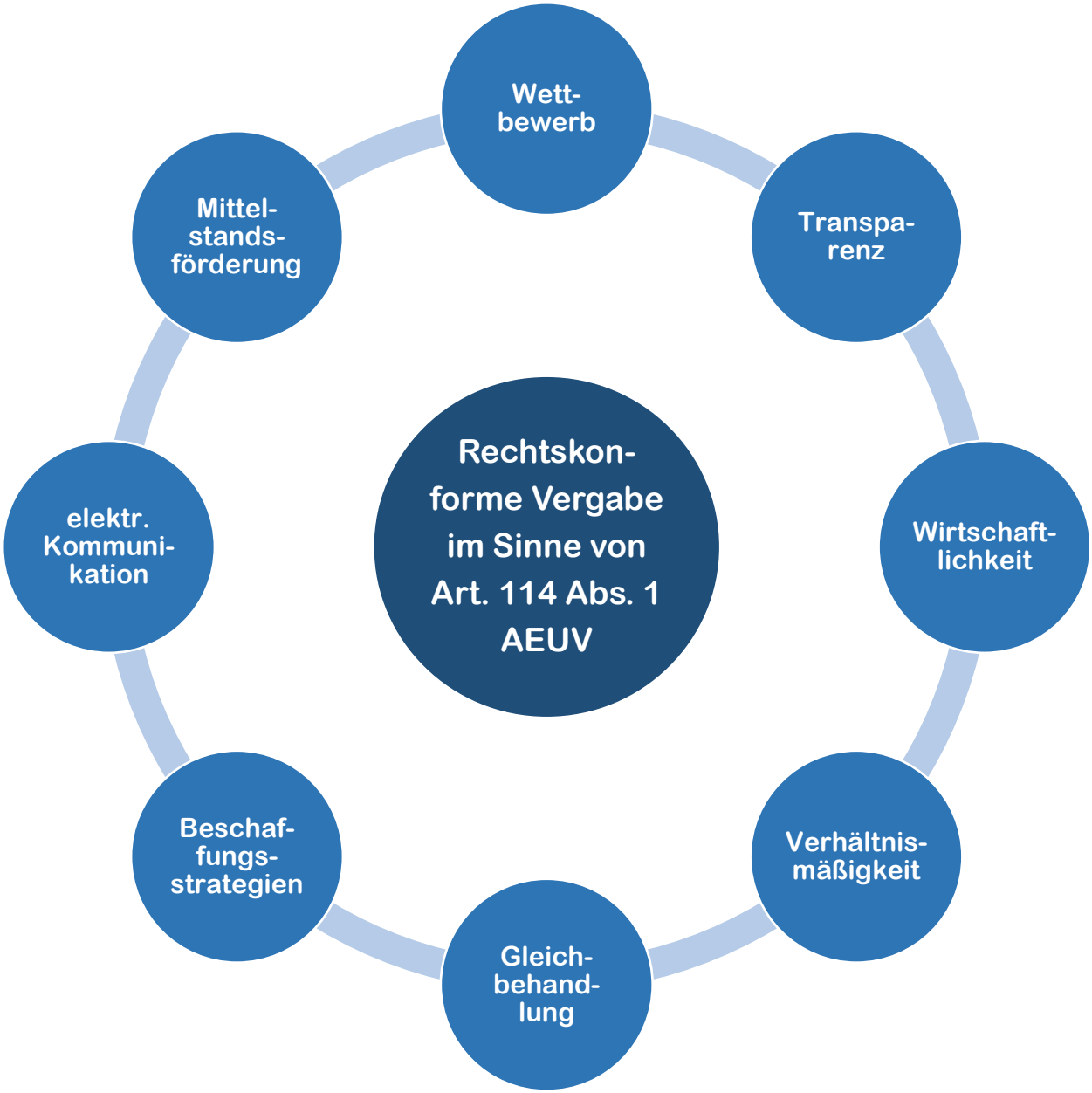
Freiberufliche Leistungen

Zeitraum	Geltende Norm(en) *
bis 31.12.2020	§ 55 LHO nebst VV Fassung der VV hatte bis Ende 2020 keine explizite Regelung zu allen freiberuflichen Leistungen, lediglich für die Beschaffung von Sachverständigenleistungen (siehe damalige Anlage zur VV)
seit 01.01.2021	§ 55 LHO nebst VV Aktuelle Fassung der VV regelt in Ziffer 2.2 das Vorgehen gem. § 50 UVgO bei freiberuflichen Leistungen und regelt weiterhin in der Anlage zur VV den Sonderbereich der Sachverständigenleistungen

* Darstellung gem. LHO für den dort aufgeführten Adressatenkreis

Für Kommunen greift das jeweils geltende kommunale Haushaltsrecht

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft


Rechtskonforme Vergabe im Sinne von Art. 114 Abs. 1 AEUV
Wettbewerb
Transparenz
Wirtschaftlichkeit
Verhältnismäßigkeit
Gleichbehandlung
Beschaffungsstrategien
elektr. Kommunikation
Mittelstandsförderung

Die vorstehenden Grundsätze sind in jedem Vergabeverfahren (unabhängig von der Höhe des Auftragswertes – und damit von der Frage der Über- oder Unterschreitung der dargestellten EU-Schwellenwerte) zu berücksichtigen.

Sie resultieren direkt aus dem Art. 114 Abs. 1 des AEUV, der quasi eine Art verfassungsrechtliche Wirkung besitzt.

Die Umsetzung dieser Grundsätze ist in der Bundesrepublik Deutschland durch die Regelung des § 97 GWB erfolgt.

Ergänzung bzw. detaillierte Anwendungsvorgaben finden diese Grundsätze (für den Bereich des Unterschwellen-Vergaberechts) darüber hinaus in den landesvergaberechtlichen Normen sowie in der VOL/A, der UVgO und der VOB/A.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Genug des politischen und rechtlichen Hintergrundes und hinein in die für Sie viel interessanteren Fragen, deren Antworten aus diesem LEIDfaden hoffentlich einen LEITfaden machen werden ☺:

Was muss denn nun im Einzelnen beachtet werden, damit es nicht zu Korrekturen der Fördersumme kommt?

Welche vergaberechtlichen oder wettbewerblichen Auflagen müssen erfüllt werden – und vor allem: welche Schritte sind hierbei zu gehen?

Am besten machen wir diese kleine Wanderung durch die Praxis anhand eines **konkreten Praxisbeispiels**, dass sich wie ein roter Faden durch unsere Veranstaltung ziehen soll.

Ein wahrer Klassiker der ländlichen Entwicklung, an dem sich wunderbar alle Facetten des Vergaberechts darstellen lassen ist das

Förderprojekt „Errichtung eines Wanderweges“

Hierfür benötigen wir folgende Dinge bzw. Leistungen:

- ✓ **Planung und Konzeption**
- ✓ **Grafik- und Designleistungen für Schilder, Hinweistafeln o.ä.**
- ✓ **Diverse Gegenstände wie Schilder, Hinweistafeln, Bänke etc.**
- ✓ **Die eigentliche Errichtung des Weges, die Erstellung einer Schutzhütte, das Anbringen der Schilder usw.**

In den nachfolgenden Abschnitten dieses Handouts werde ich Ihnen anhand von unterschiedlichen Prüfschritten und Ablaufschemata die vergaberechtliche bzw. wettbewerbliche Seite eines derartigen Förderprojekts darstellen:

- ✓ **Schritt 1: Verfahrensrechtliche Einordnung**

  - ↳ Bin ich aus der Sicht des Vergaberechts öffentlicher Auftraggeber oder eine geförderte Privatperson mit einer vergaberechtlichen oder wettbewerblichen Auflage im Zuwendungsbescheid?

  - ↳ Soweit ich eine Privatperson bin:
    Worin besteht meine Auflage? Was muss ich im Einzelnen tun?
    mit den folgenden Praxissituationen:

    - teilweise Vergaberecht:
      Verpflichtung zur Anwendung von UVgO oder VOB/A

    - „Vergaberecht light“:
      Verpflichtung zur Einholung von Vergleichsangeboten

    - „Haushaltsrecht-Lösung“:
      Verpflichtung zu wirtschaftlichem und sparsamen Umgang mit den Fördermitteln

- ✓ **Schritt 2 – Varianten 1 bis 3: Ablaufschemata zur konkreten Umsetzung der jeweiligen Praxissituation**

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Hauptteil 2: Verfahrensrechtliche Einordnung

- ✓ **Öffentliche Auftraggeber**
- ✓ **Privatpersonen – Auflagen und Nebenbestimmungen in Zuwendungsbescheiden**

Der erste Schritt der verfahrensrechtlichen Einordnung ist von immenser Bedeutung für den weiteren Fortgang des Verfahrens. Denn wenn hier Fehler gemacht werden, resultieren daraus automatisch Folgefehler, was zu Korrekturen (Kürzungen) der Fördersumme von bis zu 100 % führen kann, wie folgendes Beispiel zeigt:

> *Eine geförderte Privatperson liest den Zuwendungsbescheid und dessen Auflagen und Nebenbestimmungen nach der spannenden Seite mit der Nennung der Fördersumme nur noch sehr oberflächlich.*
>
> *Im weiteren Verlauf bemüht sie sich darum per Mail und per Telefon, Angebote von verschiedenen Unternehmen einzuholen.*
>
> *Aufgrund der Fördersumme hatte die betreffende Person allerdings via ANBest-Regelung die Auflage zur Anwendung von VOL/A / UVgO bzw. VOB/A – hätte demnach also förmliche Vergabeverfahren durchführen müssen.*

Oder anders ausgedrückt: wer lesen kann und dies auch sehr sorgfältig tut, ist klar im Vorteil …

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

1. Öffentliche Auftraggeber

Unabhängig von der zuwendungsrechtlichen Rechtslage ist die Situation vergaberechtlich für öffentliche Auftraggeber klar. Denn für diese (primär die Organisationseinheiten des Staates, die landläufig so genannte „öffentliche Hand“) ist das Vergaberecht ursprünglich konzipiert worden.

Wer als öffentlicher Auftraggeber gilt, regeln seit der oben dargestellten Reform des Oberschwellen-Vergaberechts die §§ 98 bis 101 des GWB, wobei für uns im Wesentlichen die §§ 98 und 99 des reformierten GWB von Bedeutung sind

1.1. Verweisnorm des § 98 GWB

Schön einfach zu lesen ist noch der § 98 GWB, denn dieser verweist hinsichtlich des Begriffes der öffentlichen Auftraggeber auf die §§ 99 bis 101 GWB.

1.2. Auflistung gem. § 99 GWB

Etwas komplizierter sind dann schon die Auflistungen des § 99 GWB – und auch rechtlich bedeutsamer für die verfahrensrechtliche Einordnung, wie Sie im weiteren Verlauf sehen werden.

1.2.1. Klassische staatliche Organisationseinheiten gem. § 99 Nr. 1 und 3 GWB

Nach § 99 Nr. 1 und 3 GWB zählen in erster Linie alle staatlichen Organisationseinheiten wie Kommunen, Ministerien etc. zu den öffentlichen Auftraggebern.

1.2.2. Privatpersonen gem. § 99 Nr. 2 GWB

Überraschenderweise können aber auch Privatpersonen als öffentliche Auftraggeber gelten, nämlich in den Fällen des § 99 Nr. 2 und des nachfolgend dargestellten § 99 Nr. 4 GWB. Beide Normen sind ursprünglich einmal geschaffen worden, um eine „Flucht des Staates in das Privatrecht“ zu verhindern – und sich dadurch aus der Anwendung des Vergaberechts zu befreien.

Die Norm gilt wegen ihrer Ansiedelung im GWB nur im Oberschwellen-Bereich oberhalb der dargestellten Schwellenwerte – das große ABER folgt aber ggf. weiter unten unter der Ziffer 1.3.

Schematisch setzt der § 99 Nr. 2 GWB folgendes voraus, damit eine Privatperson als öffentlicher Auftraggeber gilt:

- Juristische Person wurde gegründet, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen

und

- Überwiegende (= mehr als 50%) staatliche Finanzierung

  oder staatliche Aufsicht über die Person

  oder Besetzung der Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgane von mehr als 50 % durch den Staat

1.2.3. Privatpersonen gem. § 99 Nr. 4 GWB

Für sehr weite Teile der ELER/EGFL-Fördermaßnahmen ist des Weiteren der § 99 Nr. 4 GWB von Bedeutung.

Auch diese Norm gilt wegen ihrer Ansiedelung im GWB nur im Oberschwellen-Bereich oberhalb der dargestellten Schwellenwerte – das große ABER folgt aber ggf. auch hier weiter unten unter der Ziffer 1.3.

Schematisch gilt eine Privatperson hiernach als öffentlicher Auftraggeber, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Öffentliche Subventionierung von mehr als 50 %

für

- Tiefbaumaßnahme

  oder Errichtung eines Krankenhauses

  oder Errichtung einer Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtung

  oder Errichtung eines Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäudes

  oder mit einer der aufgezählten Maßnahmen in Zusammenhang stehende Dienstleistungen

1.3. Begriff des öffentlichen Auftraggebers in Niedersachsen

Kommen wir zu dem oben angekündigten ABER in Bezug auf die vergaberechtliche Situation von Privatpersonen am Beispiel des Landes Niedersachsen. Gleichartige bzw. ähnliche Prinzipien greifen aber auch in den vergaberechtlichen Regelungen anderer Bundesländer.

Fassung des NTVergG seit dem 01.01.2020

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 NTVergG gilt die Norm in sachlicher Hinsicht u.a. bei allen Beschaffungen ab einem Auftragswert von 20.000 Euro.

In persönlicher Hinsicht gilt sie nach § 2 Abs. 5 NTVergG für die niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber gem. § 99 Nr. 1 bis 4 GWB sowie gem. § 100 GWB.

Auch die neue Fassung des NTVergG verweist insofern vollinhaltlich auf die Definition der öffentlichen Auftraggeber aus dem Oberschwellen-Vergaberecht.

Allerdings nimmt die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 NTVergG die öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB im Unterschwellen-Bereich aus der Anwendung heraus.

Mit anderen Worten erfolgt ein Statuswechsel „Privatperson zu öffentlichem Auftraggeber“ im Land Niedersachsen

- bei öffentlichen Auftraggebern gem. § 99 Nr. 2 GWB sowohl im Unterschwellen- als auch im Oberschwellenbereich,
- bei öffentlichen Auftraggebern gem. § 99 Nr. 4 GWB nur im Oberschwellenbereich.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

2. Geförderte Personen und ANBest-ELER KLARA aus Niedersachsen

Für geförderte (Privat)Personen, die nicht von der zuvor dargestellten Statuswechsel-Situation betroffen sind, hat eine ELER-Förderung am Beispiel der aktuellen ANBest-ELER KLARA aus Niedersachsen die nachstehenden vergaberechtlichen bzw. wettbewerblichen Folgen:

ANBest-ELER KLARA Version seit 05/2023

Ziffer 3.1

Anwendung des kompletten Vergaberechts inkl. Regelungen des Landesvergaberechts des Landes Niedersachsen, sofern einer Person bereits aufgrund vergaberechtlicher Vorschriften zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet ist (Ziffer 3.1.1)

Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber zu einem Verhalten bei der Beschaffung von freiberuflichen Leistungen, welche wortidentisch mit der aktuellen VV zu § 55 LHO ist – mindestens drei geeignete Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, Regelung von Ausnahmen hiervon (Ziffer 3.1.2)

↳ Erfüllt eine Privatperson also die oben dargestellten Voraussetzzungen des § 99 Nr. 2 oder Nr. 4 GWB, ändert sich in vergaberechtlicher Hinsicht weiterhin ihr Status und sie wird zum öffentlichen Auftraggeber. Wie oben schon dargestellt, gilt dies bei § 99 Nr. 4 GWB seit dem Januar 2020 nur noch im Oberschwellenbereich

Ziffer 3.2

Begünstigte, die nicht unter Ziffer 3.1.1 fallen

und eine Zuwendung bis inkl. 100.000 Euro erhalten

oder eine Zuwendung über 100.000 Euro erhalten und Aufträge unterhalb von 25.000 Euro vergeben

dürfen Aufträge unter Einhaltung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit direkt vergeben

↳ Die geförderte Person darf direkte Beauftragungen vornehmen, die in wettbewerblicher Hinsicht lediglich unter Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verifiziert sein müssen.

Ziffer 3.3

Begünstigte, die weder unter Ziffer 3.1.1 noch 3.2 fallen

und eine Förderung von mehr als 100.000 Euro erhalten und Aufträgen ab 25.000 Euro vergeben

müssen mindestens drei geeignete Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern und den Auftrag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilen

↳ Die geförderte Person muss also gar kein förmliches Vergaberecht anwenden, sondern lediglich wettbewerbliche Auswahlverfahren (Angebotsaufforderungen) durchführen

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Hauptteil 3: Ablaufschemata förmliche Vergabeverfahren am Beispiel des Landes Niedersachsen

- ✓ **Vergabe von Bauleistungen gem. VOB/A 2019**
- ✓ **Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen gem. UVgO**
- ✓ **Vergabe von freiberuflichen Leistungen gem. § 50 UVgO und gem. § 55 LHO Niedersachsen nebst der dazugehörigen VV**
- ✓ **Exkurs eVergabe**

Grundlegender Hinweis zur Anwendung des NTVergG

- ✓ Das NTVerG (und die auf seiner Basis erlassene NWertVO sowie die NKernVO) sind bei allen Beschaffungen ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro netto anzuwenden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 NTVergG)

- ✓ In Bezug auf Bauleistungen verweist das NTVergG in § 3 Abs. 2 NTVergG via statischem Verweis auf eine grundsätzliche Anwendung der VOB/A 2019

  Einzelne Regelungen der VOB/A 2019 werden via NTVergG und/oder via NWertVO allerdings modifiziert

- ✓ Ist diese Auftragswertsumme von 20.000 Euro nicht erreicht, gilt für die Beschaffung das jeweils einschlägige Haushaltsrecht (§ 55 LHO nebst der dazugehörigen VV bzw. § 28 KomHKVO in Verbindung mit den dort erwähnten jeweiligen kommunalen Richtlinien zur Beschaffung). In der VV zur LHO befindet sich ein dynamischer Verweis auf die jeweils aktuell geltende VOB/A, aktuell also auf die VOB/A 2019.

- ✓ **Fazit für die Darstellungen dieses Ablaufschemas:**

  - ✓ In Bezug auf Bauleistungen im Unterschwellenbereich dürften auch im Bereich der vorerwähnten kommunalen Richtlinien Verweise auf die VOB/A 2019 enthalten sein, so dass im Weiteren Verlauf grundsätzlich von einer Anwendungspflicht dieser Norm ausgegangen wird.

  - ✓ Soweit in den nachfolgenden Punkten auf Besonderheiten des niedersächsischen Landesvergaberechts, insbesondere auf Vorschriften des NTVergG, hingewiesen wird, gelten die betreffenden Ausführungen erst ab Erreichen eines Auftragswertes von 20.000 Euro

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

1. Einordnung der jeweiligen Beschaffungsleistung

- ✓ Bauleistung im Sinne der VOB/A 2019
- ✓ Lieferung oder Dienstleistung im Sinne der UVgO – siehe hierzu im Detail das Ablaufschema Nummern 2 im weiteren Verlauf dieses Hauptabschnitts 3 des Skripts
- ✓ Freiberufliche Dienstleistung – siehe hierzu im Detail das Ablaufschema Nummern 3 im weiteren Verlauf dieses Hauptabschnitts 3 des Skripts
  - ✓ Leistungen durch einen Freiberufler aus der Katalog-Auflistung des § 18 EStG bzw. im Wettbewerb mit einem solchen
  - ✓ Leistungen, bei denen ein geistig-kreativ-schöpferisches Handeln im Vordergrund steht

Grundsätzlicher Hinweise zur Kommunikation in Vergabeverfahren gem. VOB/A 2019 – eVergabe

- ✓ Grundlegend ist § 11 VOB/A 2019.

  Anders als in der UVgO für Liefer- und Dienstleistungen sieht die VOB/A 2019 für Bauleistungen allerdings kein zwingendes komplettes eVergabe-Verfahren vor. Vielmehr verbleibt die Grundentscheidung der elektronischen oder der konventionellen Abwicklung (bis auf wenige Ausnahmen, die ich im weiteren Verlauf gesondert an den entsprechenden Punkten des Ablaufschemas darstelle) bei der Vergabestelle.

- ✓ Siehe zu den Vorgaben der eVergabe den Exkurs im letzten Abschnitt dieses Hauptteil 3 des Skripts
- ✓ Siehe hinsichtlich Erleichterungen bzw. Abweichungen von den entsprechenden Vorgaben bzw. Regelungen der VOB/A 2019 im Weiteren § 3 Abs. 3 Nr. 2 NTVergG i.V.m. Teil 2 der NWertVO

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

2. Pflicht zur umfassenden Dokumentation des gesamten Verfahrens gem. § 20 VOB/A 2019

- ✓ Festlegung der Textform gem. § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuches
- ✓ Teilweise auch als Vergabevermerk bezeichnet
- ✓ Umfassend in Bezug auf jeden einzelnen Schritt des Verfahrens
- ✓ Zeitnahe und fortlaufende Erstellung
- ✓ Verifizierung der Angaben durch Beifügung von Unterlagen, Screenshots etc.
- ✓ Positive und negative Beweiskraftwirkung der Dokumentation – alles was dokumentiert wurde gilt als so durchgeführt (Versicherung an Eides statt), alles was nicht dokumentiert wurde, gilt als nicht durchgeführt

3. Beachtung von Interessenkonflikt-Situationen im Verfahren gem. gesonderter Normierung bzw. gem. gesonderter Auflage (Merkblatt) des Zuwendungsbescheids

- ✓ Siehe insbesondere die Vorgaben der Nds. Antikorruptionsrichtlinie zu Vergabeverfahren sowie zum Themenfeld Interessenkonflikte Runderlasse der Ministerien zur Annahme von Belohnungen oder Schenkungen

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% gem. Ziffer 21 FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

4. Prüfung des Vorliegens von Vergabefreiheit

- ✓ § 3 Abs. 2 NTVergG verweist in Bezug auf die Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich auf eine analoge Anwendung der dort aufgeführten GWB-Vorschriften zu Ausnahmen von der Vergabepflicht.

- ✓ Von praktischer Bedeutung können dabei insbesondere die in 2016 neu geregelten Konstellationen der sog. „Inhouse-Vergabe“ im Sinne des § 108 GWB sein.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von fehlerhafter Annahme von Vergabefreiheit Abzug von 100% gem. Ziffer 1 FKL KOM

5. Auftragswertschätzung gem. § 3 VgV

- ✓ Von Bedeutung für die Frage der Durchführung eines europaweiten Oberschwellen- oder eines nationalen Unterschwellen-Verfahrens (Stichwort: Schwellenwerte) – darüber hinaus von Bedeutung hinsichtlich der Frage der Auswahl der korrekten Vergabeverfahrensart im Unterschwellen-Bereich (Stichwort: Wertgrenzen)

- ✓ Bildung eines Gesamtwerts bezogen auf ein funktional-sinnvolles Gesamtprojekt inkl. etwaiger Optionen und Vertragsverlängerungen (§ 3 Abs. 1 VgV)

- ✓ Verbot der Umgehung eines Oberschwellen-Verfahrens durch künstliche Aufteilung des Beschaffungsbedarfs, Fehlschätzungen, „Schönrechnen“ etc. (§ 3 Abs. 2 VgV) – gleiches gilt für den Unterschwellen-Bereich hinsichtlich des „Hineinrechnens“ in Wertgrenzen-Korridore für Beschränkte Ausschreibungen oder Freihändige Vergaben

- ✓ Schätzung zum Tag der Auftragsbekanntmachung (§ 3 Abs. 3 VgV) – laut Rechtsprechung dürfen Schätzungen in der Regel nicht älter als drei bis sechs Monate sein

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln für Rahmenvereinbarung und Innovationspartnerschaften (§ 3 Abs. 4 und 5 VgV)

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln Bauleistungen (§ 3 Abs. 6 VgV) – Addition der Werte der eigentlichen Bauausführungsleistung mit den hierfür benötigen Liefer- und Dienstleistungen (gilt auch für den Wert etwaiger Eigenleistungen)

- ✓ Verpflichtung zur Addition von gebildeten Losen (§ 3 Abs. 7 und 8 VgV) – siehe zu Losen und Besonderheiten in Niedersachsen auch die nachfolgende Ziffern 6 bis 8.

  Achtung!:

  In diesem Zusammenhang (geänderte) Rechtsprechung bzw. Rechtsauffassung sowie die künftige Gesetzeslage seit Ende Oktober zur Addition von Planungsleistungen beachten.

  Aktuell läuft gegen die bundesdeutsche Umsetzung der EU-Vergaberecht-Richtlinien in Form der VgV seit Mitte Februar 2019 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland. Inhalt der Auseinandersetzung ist insbesondere eine fehlerhafte Umsetzung der zugrunde liegenden EU-Richtlinie in § 3 Abs. 7 Satz 2 („gleichartige Leistungen“) und damit die Frage, ob Planungsleistungen im Sinne eines funktionalen Gesamt-Auftragswertes auf das zu beplanende Objekt zu beziehen sind.

  Die EU und mittlerweile auch weite Teile der bundesdeutschen Rechtsprechung bejahen dies. Einzelne Bundesländer haben in dieser Hinsicht bereits entsprechende Erlasse veröffentlicht.

  Das vorgenannte Vertragsverletzungsverfahren der EU hat zwischenzeitlich erledigt. Denn im Februar 2023 hat die Bundesregierung einen Referentenentwurf zur Änderung der VgV vorgelegt, der unter anderem eine ersatzlose Streichung von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV vorsieht. Die entsprechende Regelung ist im Juni beschlossen worden und ist im Oktober 2023 in Kraft getreten.

- ✓ Sonderregelung – sog. „80-20-Ausnahmeregel“ (§ 3 Abs. 9 VgV)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln für regelmäßig wiederkehrende Aufträge sowie für Laufzeiten-Verträge (§ 3 Abs. 10 und 11 VgV)

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln für Planungswettbewerbe (§ 3 Abs. 12 VgV)

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 2 FKL KOM

6. Bildung von Fach- und/oder Teil-Losen gem. § 9 NTVergG und § 5 VOB/A 2019

- ✓ Grundsätzliche Verpflichtung zur Losbildung, Absehen hiervon muss gesondert begründet werden

- ✓ Losbildungsregelungen des NTVergG sind strenger als die der VOB/A 2019:

  - ✓ Quasi ständige Verpflichtung zur Bildung von Losen, welche dann in Ausnahmefällen als gebündelte Lose zusammen ausgeschrieben und vergeben werden können

  - ✓ Generalunternehmer-Aufträge sind nicht gewünscht und bedürfen einer besonderen Begründung

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 2 FKL KOM – Fehler beziehen sich hier nicht auf die eigentliche Bildung oder Nichtbildung der Lose, sondern darauf, diese nicht im Sinne einer Gesamtauftragswert-Betrachtung miteinander zu addieren

bzw. in Höhe von 5% gem. Ziffer 3 FKL KOM, wenn keine Lose gebildet worden sind und diese Nichtbildung nicht begründet wurde

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

7. Beachtung der Binnenmarktrelevanz-Mitteilung (2006/C 179/02) der Europäischen Kommission

- ✓ Darlegung von Kriterien, unter welchen Voraussetzungen eine Ausschreibung im Unterschwellen-Bereich als binnenmarktrelevant zu betrachten ist (z.B. Art der zu beschaffenden Leistung, Marktgröße, Nähe zu einer EU-Grenze, Auftragswert etc.)

- ✓ Statuierung von zu beachtenden Punkten bei Bejahung von Binnenmarktrelevanz:

  - ✓ Bekanntmachung oder Bieterauswahl im Binnenmarktrelevanz-Gebiet – bei Bejahung von Binnenmarktrelevanz ist nach dem Tenor der Mitteilung die Bekanntmachung der Beschaffung so transparent zu machen, dass ein interessierter Bieter sich daran beteiligen kann.

    Dies ist auf jeden Fall bei einer Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerberfüllt, was die VOB/A 2019 als die beiden Regelverfahren auch schon berücksichtigt.

    Sofern eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden soll, muss auf jeden eine Transparenz dergestalt hergestellt werden, im Rahmen einer (nationalen) Vorab-Information hierüber zu berichten und interessierten Bietern die Möglichkeit einzuräumen, sich wegen einer etwaigen Beteiligung hieran bei der Vergabestelle zu melden.

    Siehe zu den Verfahrensarten im Detail auch die nachfolgende Ziffer 8.

  - ✓ Gestaltung der Vergabeunterlagen, Kriterien etc. so, dass EU-ausländische Bieter nicht diskriminiert bzw. benachteiligt werden

- ✓ Vergabedokumentationen sollten auf jeden Fall um den Punkt der Binnenmarkt-relevanz ergänzt werden

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 1 FKL KOM

8. Auswahl der korrekten Vergabeart – Kaskadenprinzip gem. VOB/A 2019 in Verbindung mit den Regelungen der NWertVO

Übersicht zum Kaskadenprinzip der Vergabearten gem. VOB/A 2019

- ✓ Regelfälle der Öffentlichen Ausschreibung oder der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb
  gem. § 3, § 3a Abs. 1, § 3b Abs. 2 VOB/A 2019
  - ✓ Inhalt und Vorgehensweise (Öffentliche Ausschreibung):
    - Öffentliche Bekanntmachung an eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten
    - Formell erfolgt dies durch Bekanntgabe in geeigneten Veröffentlichungsorganen (siehe zu den Details der Bekanntmachung weiter unten)
  - ✓ Inhalt und Vorgehensweise (Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb) – zweistufiges Verfahren:
    - Stufe 1:
      Öffentliche Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs an eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen – Vorabauswahl von Unternehmen nach festgelegten Eignungskriterien für die zweite Stufe
    - Stufe 2:
      Angebotsaufforderung an die ausgewählten Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei

- ✓ Ausnahmefall der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb
  gem. § 3, § 3a Abs. 2, § 3b Abs. 3 und 4, § 20 Abs. 4 VOB/A 2019
  - ✓ Inhalt und Vorgehensweise – im Endeffekt quasi zweistufiges Verfahren:
    - ggf. Vorstufe:
      ggf. Pflicht zur ex-ante Transparenz – vorherige Bekanntmachung des Vorhabens einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb (siehe § 20 Abs. 4 VOB/A 2019)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- Stufe 1:
  Vorherige Eignungsprüfung in Bezug auf die Unternehmen, welche in Stufe 2 zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollen (siehe im Detail § 6b Abs. 5 VOB/A 2019)

  Siehe zur Eignung bzw. zur Eignungsprüfung im Detail auch die nachfolgenden Ziffern 9. und 18.

- Stufe 2:
  Angebotsaufforderung an die geeigneten ausgewählten Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei

✓ Beachtung der Vorgabe des § 3b Abs. 4 VOB/A 2019 – regelmäßiger Wechsel zwischen den zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmen

✓ Ausnahmefall der Freihändigen Vergabe
gem. § 3, § 3a Abs. 3, § 3b Abs. 4 VOB/A 2019

✓ Inhalt und Vorgehensweise

- Mit oder ohne Teilnahmewettbewerb möglich – siehe insofern schon entsprechend die vorstehenden Ausführungen zu den beiden Varianten der Beschränkten Ausschreibung

- Möglichkeit der Verhandlung über die Auftragsbedingungen

✓ Sonderfall / Ausnahmefall Direktauftrags
bis 3.000 Euro gem. § 3a Abs. 4 VOB/A 2019

Besonderheit gem. NWertVO:

✓ Siehe allgemein zu den Wertgrenzenregelungen der NWertVO schon die obigen Ausführungen in Hauptteil 1, Ziffer 1.2. dieses Skripts

✓ Soweit bestimmte Auftragswerte nicht überschritten werden, dürfen gem. des Zweiten Teils der NWertVO bei der Beschaffung von Bauleistungen die nachstehenden Erleichterungen gegenüber der VOB/A 2019 genutzt werden.

Wenn Fach- und/oder Teil-Lose gem. § 9 NTVergG gebildet wurden, beziehen sich die Erleichterungen nur auf das konkrete Los, eine Addition der Lose gem. § 3 Abs. 7 und 8 VgV findet also nicht statt (siehe § 2 Abs. 2 NWertVO)

Achtung!:

Diese Erleichterungsregelung hinsichtlich der Losbildung bezieht sich nur auf die Wahl der Vergabeart bzw. auf die weiteren in der NWertVO statuierten Erleichterungen.

In Bezug auf alle weiteren Regelungen des Niedersächsischen Landesvergaberechts (insbesondere Mindestlohnerklärungen nach NTVergG, sonstige Regelung des NTVergG, ILO-Erklärungen nach NKernVO) gilt der § 3 VgV komplett, also auch dessen Abs. 7 und 8.

Dies kann dazu führen, dass auch bei Lose unterhalb der Anwendungsschwelle des NTVergG (20.000 Euro) das komplette NTVergG und die NKernVO zu beachten ist.

- ✓ Möglichkeit der Wahl der Freihändigen Vergabe mit oder ohne Teilnahme-wettbewerb bei Auftragswerten bis zu 25.000 Euro (§ 3 Abs. 1 NWertVO)

  Hierbei folgender Umkehrschluss aus § 3 Abs. 1 Satz 2 NWertVO:
  Liegt der Auftragswert unter 10.000 Euro müssen nicht zwingend mindestens drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

- ✓ Erleichterungen bzw. Modifizierungen zur Informationspflicht sowie hinsichtlich der Angebotsöffnungstermine (siehe im Detail § 3 Abs. 3 und 4 NWertVO)

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 1 FKL KOM –
dies gilt nach der aktuellen Version auch bei fehlender ex-ante-Transparenz bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

9. Setzung von Eignungskriterien in Bezug auf Bieter-Unternehmen gem. §§ 6 ff. VOB/A 2019 sowie NTVergG

- ✓ Kriterien hinsichtlich der Felder Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, die sich auf das bietende Unternehmen beziehen

- ✓ Klare Abgrenzung zu den Zuschlagskriterien, die sich auf das Angebot des bietenden Unternehmens beziehen

- ✓ keine Doppelungen gestattet

- ✓ Diskriminierungsfrei und verhältnismäßig

- ✓ Nutzung von Eigenerklärungen, Formblatt aus VHB oder via Präqualifizierung

- ✓ Bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb vorab zu prüfen – es dürfen hierbei nur geeignete Unternehmen kontaktiert werden (siehe schon die vorstehende Ziffer 8.)

- ✓ Siehe zum Umfang der Eignungsprüfung, zu den zwingend vorzulegenden Nachweisen, zu den Besonderheiten der VOB/A 2019 sowie des NTVergG die Ausführungen unter der Ziffer 18.

- ✓ Neu ist die Möglichkeit der Selbstreinigung unter entsprechender Anwendung des § 6f der VOB/A EU 2019

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

10. Vergabeunterlagen – Anfertigung einer Leistungsbeschreibung gem. §§ 7 ff. VOB/A 2019 sowie NTVergG

- ✓ Eindeutige und erschöpfende Beschreibung

- ✓ Problemfeld der Muss-Vorgabe zu Ortsbesichtigungen o.ä.

  Herrschende Rechtsprechung ist in dieser Hinsicht sehr streng. Vergabestellen sind gehalten, ihre Leistungsbeschreibungen so genau zu fassen, dass keine Ortsbesichtigung, eigenes Aufmaß o.ä. notwendig ist.

  Gestattet ist aber stets das fakultative Angebot hierfür.

- ✓ Unterschiedliche Varianten (konventionell, funktional, teil-funktional) möglich

- ✓ Leistungsbeschreibungen können / dürfen via NTVergG weitere Aspekte aus den Bereichen Qualität, sog. vergabefremder Kriterien etc. enthalten – gleiches gilt für Bereiche, die eher im Bereich vertragsrechtliches angesiedelt sind

- ✓ Beachtung des Grundsatzes der Produktneutralität

  - ✓ Grundsatz / Regelfall:
    Vergabestellen verfügen über Beschaffungshoheit in Bezug auf ihre Vergaben. Diese Beschaffungshoheit ist in sich allerdings durch den Grundsatz der Produktneutralität gem. § 7 Abs. 2 Satz 1 VOB/A 2019 begrenzt

  - ✓ Ausnahme 1:
    Vorliegen einer sachlich-objektiven Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand

    Beispielsweise im Fall von Denkmalschutzauflagen in Bezug auf bestimmte Materialien, bei Kompatibilitäten, bei Freigabevorschriften der Hersteller bereits vorhandener / beschaffter Produkte, ggf. möglich bei Einhaltung von Einheitlichkeiten etc.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Ausnahme 2:
  keine hinreichend genaue Beschreibbarkeit ohne Nennung eines sog. Leitprodukts möglich – inkl. Zusatz „oder gleichwertig“

  Herrschende Meinung in der Fachliteratur und in der (alten) Rechtsprechung war in Bezug auf diesen Ausnahmefall sehr streng. Die Nennung eines Leitprodukts mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ ist (war) hiernach nur gestattet, wenn quasi keine weiteren neutralen Beschreibungsmöglichkeiten mehr vorhanden sind (= „wenn der Duden alle ist“).

  Aktuelle Fachliteratur und Rechtsprechung sind eher näher an der Lebensrealität und anerkennen, dass konkrete Produktnennungen mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ nahezu die Regel sind, gestatten insofern unter dem Stichwort der „unechten Produktorientierung“ nunmehr folgendes:

  > Produkt ist zunächst hinsichtlich seiner wesentlichen Vergleichsmerkmale neutral zu beschreiben, um Bieter dazu in die Lage zu versetzen, ihre Produkte bzw. ggf. Alternativprodukte in Bezug auf die genannten Merkmale zu prüfen.
  >
  > Im Anschluss kann ein Planungs-, Muster-, Leit-Produkt o.ä. verbunden mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ aufgeführt werden.

  Weder nach der alten noch nach der neuen Auffassung ist es gestattet, lediglich ein Produkt mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ aufzuführen oder irgendeine Art von neutraler Beschreibung hinzuzufügen.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM

11. Vergabeunterlagen – Festlegung von Bewerbungs- bzw. Teilnahmebedingungen gem. §§ 8 ff. VOB/A 2019 sowie NTVergG

- ✓ Zuschlagskriterien:
  - ✓ Nach der Neuregelung der VOB/A 2019 müssen Zuschlagskriterien gesetzt und bekannt gemacht werden, nur diese dürfen für die spätere Wertung der Angebote genutzt werden (siehe im Detail § 16d Abs. 1 Nr. 4 bis 7 VOB/A 2019)
  - ✓ Preis darf in der VOB/A 2019 auch weiterhin das einzige Wertungskriterium sein
  - ✓ Fachliteratur und Rechtsprechung legen ferner fest, dass neben dem eigentlichen Zuschlagskriterium bzw. den Zuschlagskriterien auch eine Gewichtung sowie ein Punktevergabeschlüssel (eine Bewertungsmatrix) bekanntgemacht werden müssen
- ✓ Festlegung von allgemeinen Rahmenbedingungen der Ausschreibung (Form, Frist, Umgang mit Bieterfragen etc.)
- ✓ hier ggf. auch Nennung einer Nachprüfstelle im Sinne des § 21 VOB/A 2019 – faktisch nur möglich für (klassische) öffentliche Auftraggeber

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM – siehe in diesem Zusammenhang auch Ziffer 8 FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

12. Vergabeunterlagen – Erklärungen gem. NTVergG und NKernVO

- ✓ Mindestentgelt- bzw. Tariftreueerklärung
  gem. § 4 NTVergG

  - ✓ Siehe hierzu im Detail auch die seitens der Servicestelle zum NTVergG beim MW regelmäßig in aktualisierter Form bereitgestellten Mustererklärungen sowie die Handlungshinweise hierzu

  - ✓ Gem. Wortlaut von § 4 Abs. 2 NTVergG Pflicht zur Nachforderung bei fehlender Einreichung der Erklärung im Rahmen der Angebotsabgabe

    Achtung:
    Nicht formgerechte Einreichung der Erklärung gilt nicht als ein Fehlen in diesem Sinne. Das hat zur Folge, dass ein Bieter, der die Erklärung nicht formgerecht einreicht, bei strenger Betrachtung ausgeschlossen werden muss.

  - ✓ Auf dem Musterformular angegebene Schriftform wird im Fall von eVergabe (elektronische Angebotsabgabe) sowie in den Fällen der gestatteten Angebotseinreichung per Mail durch Textform gem. § 126b BGB ersetzt

- ✓ ILO-Erklärung
  gem. § 12 NTVergG und NKernVO

  - ✓ Siehe auch hierzu im Detail die die seitens der Servicestelle zum NTVergG beim MW regelmäßig in aktualisierter Form bereitgestellten Mustererklärungen sowie die Handlungshinweise hierzu

  - ✓ § 12 Abs. 1 NTVergG listet ILO-Kernarbeitsnormen auf. Dabei handelt es sich um internationale Bestimmungen in Bezug auf Arbeitsrecht, Arbeitssicherheit etc. (beispielsweise Kinderarbeitsverbot, Diskriminierungsverbote usw.)

- ✓ § 1 Abs. 1 der NKernVO listet bestimmte Gruppen von Produkten auf und koppelt diese mit einer Länderliste (DAC-Liste).

  Vergabestellen müssen im Rahmen der Konzeption ihrer Ausschreibungen insofern prüfen, ob in der Leistungsbeschreibung Produkte der gelisteten Produktgruppen auftauchen oder auftauchen könnten.

  Bieter müssen im Rahmen ihrer Angebotsabgabe insofern prüfen, ob sie gelistete Produkte anbieten und ob diese aus einem Staat stammen, der auf der DAC-Liste steht. Wenn ja, müssen sie Nachweise zur Einhaltung der ILO-Normen erbringen. Siehe hierzu nachstehenden Aufzählungspunkt.

  Bei der Vergabe von Bauleistungen bezieht sich die Produktgruppenliste auf die Materialien und Produkte, die im Rahmen der Bauausführung verwendet werden. In Betracht kommen könnten insofern „Stoffe und sonstige Textilwaren“ sowie „ungebrauchter Naturstein“.

- ✓ § 1 Abs. 2 der NKernVO schließlich schreibt vor, dass Bieter im Rahmen ihrer Angebote Erklärungen (siehe Muster-Erklärung der Servicestelle) zur Herkunft der Produkte und ggf. zur Berücksichtigung der ILO-Kernnormen abgeben müssen, und zwar nach folgendem Schema:

  Das Produkt kommt nicht aus einem in der Länderliste aufgeführten Staat (beispielsweise, wenn das Produkt aus der Bundesrepublik Deutschland oder der EU kommt)
  = keine Nachweispflicht

  Das Produkt kommt aus einem in der Länderliste aufgeführtem Staat (beispielsweise asiatischer, afrikanischer oder arabischer Raum)
  = Nachweispflicht über explizit aufgeführte Zertifikate, FairTrade Siegel o.ä.

- ✓ Nachunternehmen und Nachunternehmer-Erklärungen
  gem. § 13 NTVergG

  - ✓ Speziell bei der Vergabe von Bauleistungen müssen Bieter gem. § 13 Abs. 2 Satz 1 NTVergG mit ihrem Angebot ein Verzeichnis der Leistungen einreichen, welche durch (ggf. noch nicht bekannte / benannte) Nachunternehmen erbracht werden sollen.

    Vergabestellen können in diesem Kontext gem. § 13 Abs. 2 Satz 2 NTVergG festlegen, dass die Nachunternehmen spätestens vor der Zuschlagserteilung namentlich zu benennen sind.

    Gem. § 13 Abs. 2 Satz 3 NTVergG bedarf der Einsatz oder der Wechsel eines Nachunternehmens der Zustimmung des Auftraggebers.

  - ✓ Gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 NTVergG müssen Bieter für die Nachunternehmen von diesen ausgefüllte Mindestentgelt- bzw. Tariftreueerklärungen gem. § 4 sowie die besonderen bauspezifischen Nachweise gem. § 8 Abs. 2 NTVergG vorlegen.

  - ✓ Vergabestellen können gem. § 13 Abs. 3 NTVergG auf die Vorlage der Erklärungen und Nachweise verzichten, wenn der Auftragsanteil des Nachunternehmens unter 3.000 Euro netto liegt.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. analoger Anwendung der Ziffern 9 ff. FKL KOM

13. Festlegung von Vertragsbedingungen gem. §§ 8a ff. VOB/A 2019 bzw. gem. NTVergG und NKernVO

- ✓ Statuierung der VOB/B als Vertragsgrundlage für den späteren Auftragnehmer
- ✓ Sonstige Besondere Vertragsbedingungen (z.B. nach Landesvergaberecht oder zu Punkten wie Nutzungs- und Verwertungsrechte bei Urheberrechten etc.)
- ✓ Siehe zu Besonderen Vertragsbedingungen auch die Muss-Klauseln gem. §§ 14 bis 16 NTVergG zur Umsetzung des NTVergG in Bezug auf Kontrollen, Sanktionen etc. sowie die besonderen Muss-Klauseln gem. NKernVO

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM

14. Festlegung von ausreichenden Fristen gem. § 10 VOB/A 2019

- ✓ Berücksichtigung der Komplexität der Ausschreibung und der zehntägigen Mindestfrist
- ✓ Festlegung einer Angebotsfrist (= Frist bis zur Abgabe der Angebote) sowie einer Binde- und Zuschlagsfrist (= Frist, bis zu der die Bieter an ihr Angebot gebunden sind und bis zu der Sie den Zuschlag erteilen müssen) – gem. § 10 Abs. 1 VOB/A 2019 mindestens zehn Tage
- ✓ Insbesondere die Zuschlags- und Bindefrist sollte so lang bemessen sein, dass (soweit erlaubt) ggf. noch fehlende Unterlagen der Bieter eingeholt werden können, soweit gesetzlich vorgeschrieben ein Auszug aus dem Gewerbezentral- oder Wettbewerbsregister über den Bieter eingeholt werden kann etc.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern je nach Situation Abzug gem. Ziffern 4 ff. FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

15. Kommunikation und Bekanntmachung der Ausschreibung bzw. Anforderung von Angeboten gem. §§ 11 ff. VOB/A 2019

- ✓ Bietern sind die Vergabeunterlagen elektronisch zur Verfügung zu stellen (siehe § 11 Abs. 1 bis 3 VOB/A 2019)

- ✓ Ansonsten weitestgehend freie Wahl der Vergabestelle, ob ein Vergabeverfahren auf konventionellem oder auf elektronischem Wege abgewickelt werden soll. Sofern der elektronische Weg gewählt wurde, sind die eVergabe-Regelungen zu beachten – siehe hierzu den gesonderten Abschnitt am Ende dieses Skripts

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% oder 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 1, 4 ff., 8 FKL KOM

16. ggf. Beantwortung von Bieterfragen zur Ausschreibung und/oder den Ausschreibungsunterlagen

- ✓ Beantwortung von Bieterfragen ist verpflichtend

- ✓ Aus Gründen der Gleichbehandlung sind etwaige Fragen und Ihre Antworten allen Beteiligten zur Verfügung zu stellen (bei öffentlicher Ausschreibung also veröffentlichen, bei Beschränkter Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durch Information der übrigen kontaktierten Unternehmen etc.)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

17. Angebotsöffnung (ehemals sog. Submissionstermin) gem. §§ 14 ff. VOB/A 2019

- ✓ Beachtung des Vieraugen-Prinzips
- ✓ Bieter oder Bevollmächtigten haben (bei Zulassung von schriftlichen Angeboten im Rahmen von Öffentlichen Ausschreibungen und Beschränkten Ausschreibungen) das Recht auf Anwesenheit
- ✓ Erstellung eines gesonderten Protokolls

18. Prüfung- und Wertung der eingegangenen bzw. eingeholten Angebote gem. §§ 15 ff. VOB/A 2019 sowie gem. NTVergG und NKernVO

- ✓ <u>Phase 1 – Formalien und Ausschlüsse</u>
  - ✓ Vollständigkeit der Angebote
  - ✓ Zwingende Ausschlüsse
  - ✓ Fakultative Ausschlüsse

- ✓ <u>Phase 2 – Eignungsprüfung</u>
  in Bezug auf die Bieter-Unternehmen anhand der festgesetzten Eignungskriterien

  - ✓ Findet bei Beschränkter Ausschreibung oder Freihändiger Vergabe ohne Teilnehmerwettbewerb und bei Freihändiger Vergabe schon vorab statt – siehe schon oben unter der Ziffer 8.

    Ist in diesen Fällen dann aber noch in Bezug auf den Bestbieter anhand der ggf. pflichtig einzuholenden besonderen Nachweise zu vervollständigen bzw. zu verifizieren (siehe dazu nachstehend zum sonstigen / grundsätzlichen Ablauf der Eignungsprüfung)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Grundsätzlicher Ablauf der Festlegung von Eignungskriterien (siehe dazu schon oben unter der Ziffer 9.) und der Eignungsprüfung:

  - ✓ Vergabestelle legt im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Teilnehmer an der Ausschreibung (§ 6 VOB/A 2019) Eignungskriterien im Sinne des § 6a VOB/A 2019) fest.

  - ✓ Der Nachweis dieser Eignung kann gem. § 6b Abs. 1 VOB/A bzw. gem. § 8 NTVergG zum einen im Wege der Präqualifikation erbracht werden.

    Sowohl bei Präqualifizierten als auch bei nicht Präqualifizierten Unternehmen können Vergabestellen nach VOB/A 2019 zum anderen festlegen, dass die entsprechenden Nachweise durch Einzelbescheinigungen bzw. durch Eigenerklärungen erbracht werden können. In diesem Zusammenhang kann die Vergabestelle grundsätzlich auch festlegen, dass die Eigenerklärungen ausreichend sind, dass insofern keine weitere Verifizierung stattfinden wird.
    Siehe § 6b Abs. 2 Satz 1 und 2 VOB/A 2019
    § 8 NTVergG ist in Bezug auf seine Regelungen zur Präqualifizierungen aber spezieller, so dass er der VOB/A 2019 vorgeht
    Siehe hierzu aber in zweifacher Hinsicht das nachstehende Achtung!

  - ✓ **Achtung Nummer 1!:**

    Für nicht Präqualifizierte Bieter gelten aber bestimmte Eignungspunkte nach § 6a Abs. 2 VOB/A 2019 im Fall von Eigenerklärungen lediglich als vorläufige Eignungsnachweise, müssen gem. § 6b Abs. 2 Satz 3 VOB/A 2019 sowie gem. des ohnehin spezielleren § 8 Abs. 2 NTVergG insofern in Bezug auf den Bestbieter noch durch gesonderte Unterlagen verifiziert werden.

    Im Einzelnen betrifft dies die folgenden Punkte:
    - Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Finanzverwaltung
    - Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Berufsgenossenschaft
    - Bescheinigungen der Sozialversicherungsträger über die vollständige Entrichtung der gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge

✓ **Achtung Nummer 2!:**

Verwendet eine Vergabestelle für die Eigenerklärungen der nicht Präqualifizierten Bieter kein eigenes Eigenerklärungsformular, sondern das Formblatt 124 aus dem VHB, so erfüllt dieses Formblatt (unabhängig von den vorstehenden Ausführungen unter Achtung Nr. 1) nicht die Möglichkeit des § 6b Abs. 2 Satz 2 VOB/A 2019, dass die Eigenklärung ausreichend ist und nicht gesondert verifiziert werden muss.

Aufgrund des Wortlauts des Formblattes 124 und des dort nahezu durchgängig zu findenden Satzes, dass der Bieter im Fall einer beabsichtigten Zuschlagserteilung die Angaben der Eigenerklärung gem. Formblatt 124 noch durch gesonderte / explizite Nachweise verifizieren wird, ist die Vergabestelle insofern grundsätzlich verpflichtet, in Bezug auf alle Eignungspunkte noch derartige gesonderte Nachweise einzufordern.

Dies gilt lediglich in den folgenden Fällen nicht:

- Die Vergabestelle modifiziert in ihren Vergabeunterlagen das Formblatt 124, legt also fest, dass sie nur in Bezug auf die vorstehend oben erwähnten besonderen Punkte der vorläufigen Eigenerklärung Nachweise einfordern wird. Hierbei kann auch festgelegt werden, dass sich die Vergabestelle aber ihr grundsätzliches Recht zur Einholung von verifizierenden Nachweisen in Bezug auf alle Punkte offen hält.

- Die Vergabestelle ist durch vorherige Ausschreibungen bereits im Besitz von konkreten Nachweisen des betreffenden Bieters, darf diese insofern gar nicht mehr verlangen (siehe § 6b Abs. 3 VOB/A 2019).

  Dies gilt selbstverständlich nur, soweit diese Nachweise noch Gültigkeit besitzen und noch nicht verfallen bzw. verfristet sind. Eine Übersicht zu den einzelnen Nachweisen und ihrer Gültigkeitsdauer können Sie der Anlage 1 der nachfolgenden Verwaltungsvorschrift entnehmen:

  https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_23092016_BI781063954.htm

- ✓ <u>Phase 3 – Preisprüfung und weitergehende Angebotsprüfung</u>
  - ✓ Auskömmlichkeit des Preises
  - ✓ Siehe zum Bereich der unangemessenen niedrig erscheinenden Angebote auch die Regelung des § 7 NTVergG
  - ✓ Vollständigkeit des Angebots in Bezug auf Leistungsbeschreibung etc.

- ✓ <u>Phase 4 – Wirtschaftlichkeitsprüfung</u>
  - ✓ Prüfung bzw. Bewertung der nach VOB/A 2019 und/oder dem NTVergG gesetzten Zuschlagskriterien, die vorab zu veröffentlichen sind …
  - ✓ … unter Beachtung der Bewertungsmatrix und des Punktevergabeschlüssels

- ✓ <u>Sonder-Prüfbereiche</u>
  beachten, insbesondere Pflicht zur Einholung eines Auszugs aus dem Gewerbezentralregister bzw. dem Wettbewerbsregister vor Zuschlagserteilung, ferner der Vorlage der besonderen Erklärungen und Nachweise nach NTVergG und NKernVO

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 14 ff. FKL KOM

19. ggf. Aufhebung der Ausschreibung gem. § 17 VOB/A 2019

- ✓ Achtung:
  Überschreiten die Angebote der Bieter das bei Ihnen vorhandene Budget, rechtfertigt dies nicht ohne weiteres eine Aufhebung.

  Vielmehr ist nach (aktueller) Rechtsprechung wie folgt zu differenzieren:

  - War bereits Ihre Auftragswert-Schätzung nach § 3 VgV unseriös, so haben Sie einen sog. Kontrahierungszwang, müssen also gem. Rechtsprechung im Zweifel den Zuschlag erteilen (oder Schadenersatz zahlen – einen echten Kontrahierungszwang im Sinne der Verpflichtung zur Erteilung eines Zuschlags kennt das Vergaberecht nicht)

  - War Ihre Auftragswert-Schätzung nach § 3 VgV seriös, können Sie unter folgenden Voraussetzungen aufheben:

    - Der angebotene Preis liegt um etwa 20 bis 30 % höher als Ihre seriöse Schätzung.

    - Sie weisen nach, dass Sie die Finanzierungslücke nicht anderweitig decken können (z.B. durch Nachbeantragung von Fördermitteln, durch Kredite, bei Kommunen durch Nachtragshaushalte)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

20. Zuschlagserteilung und Beachtung von Informations- und Wartepflichten sowie der ex-post-Transparenz gem. §§ 18, 19 VOB/A 2019 sowie gem. § 16 NTVergG

- ✓ Information über die Zuschlagserteilung an die unterlegenen Bieter gem. § 16 Abs. 1 NTVergG

  Achtung:
  Norm ist hinsichtlich des Umfangs der Informationspflicht weiter gefasst als § 19 Abs. 1 und 2 VOB/A 2019

- ✓ Erteilung des Zuschlags unter Beachtung der Wartefrist des § 16 Abs. 2 NTVergG – siehe zu Ausnahmen von der Wartepflicht § 16 Abs. 3 NTVergG

- ✓ ggf. Beachtung von ex-post Transparenz nach § 20 Abs. 3 VOB/A 2019 (Verpflichtung zur Internet-Veröffentlichung über das Ergebnis von Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb bzw. von Freihändigen Vergaben)

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 14 ff. FKL KOM

21. Beachtung der vergaberechtlichen Pflichten bei der Vertragsdurchführung gem. § 22 VOB/A 2019 i.V.m. VOB/B

- ✓ Aktuell herrschende Meinung ist, dass die neue Regelung des § 132 GWB zu wesentlichen Vertragsänderungen nicht (analog) anzuwenden ist

- ✓ Siehe § 22 VOB/A 2019 und den dortigen Verweis auf die gestatten Vertragsänderungen gem. VOB/B

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern situationsbedingte Abzüge gem. Ziffern 22 f. FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Grundlegender Hinweis zur Anwendung des NTVergG

- ✓ Das NTVerG (und die auf seiner Basis erlassene NWertVO sowie die NKernVO) sind bei allen Beschaffungen ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro netto anzuwenden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 NTVergG)

- ✓ In Bezug auf Liefer- und Dienstleistungen verweist das NTVergG in § 3 Abs. 1 NTVergG via statischem Verweis auf eine grundsätzliche Anwendung der UVgO

  Einzelne Regelungen der UVgO werden via NTVergG und/oder via NWertVO allerdings modifiziert

- ✓ Gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 NTVergG gilt das NTVergG (und damit auch dessen Verweis auf die UVgO) nicht für freiberufliche Leistungen – siehe speziell zu den freiberuflichen Leistungen das Ablaufschema Nummer 3 im weiteren Verlauf dieses Hauptteils 3 des Skripts

- ✓ Ist diese Auftragswertsumme von 20.000 Euro nicht erreicht, gilt für die Beschaffung das jeweils einschlägige Haushaltsrecht (§ 55 LHO nebst der dazugehörigen VV bzw. § 28 KomHKVO in Verbindung mit den dort erwähnten jeweiligen kommunalen Richtlinien zur Beschaffung). In der VV zur LHO befindet sich ein dynamischer Verweis auf die jeweils aktuell geltende UVgO.

- ✓ **Fazit für die Darstellungen dieses Ablaufschemas:**

  - ✓ In Bezug auf Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich dürften auch im Bereich der vorerwähnten kommunalen Richtlinien Verweise auf die UVgO enthalten sein, so dass im Weiteren Verlauf grundsätzlich von einer Anwendungspflicht dieser Norm ausgegangen wird.

  - ✓ Soweit in den nachfolgenden Punkten auf Besonderheiten des niedersächsischen Landesvergaberechts, insbesondere auf Vorschriften des NTVergG, hingewiesen wird, gelten die betreffenden Ausführungen erst ab Erreichen eines Auftragswertes von 20.000 Euro

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

1. Einordnung der jeweiligen Beschaffungsleistung

- ✓ Bauleistung im Sinne der VOB/A 2019 – siehe hierzu bereits das vorstehende Ablaufschema Nummer 1
- ✓ Lieferung oder Dienstleistung im Sinne der UVgO
- ✓ Freiberufliche Dienstleistung – siehe hierzu im Detail das nachfolgende Ablaufschema Nummer 3
  - ✓ Leistungen durch einen Freiberufler aus der Katalog-Auflistung des § 18 EStG bzw. im Wettbewerb mit einem solchen
  - ✓ Leistungen, bei denen ein geistig-kreativ-schöpferisches Handeln im Vordergrund steht

Grundsätzlicher Hinweise zur Kommunikation in Vergabeverfahren gem. UVgO

- ✓ Grundlegend ist § 7 UVgO. Anders als bislang § 11 VOL/A (der eine Kommunikationsregel für alle Schritte des Vergabeverfahrens statuiert) legt § 7 UVgO eine Tendenz fest, die im weiteren Verlauf der Norm für einzelne Verfahrensschritte ergänzt wird.
- ✓ Grundsätzlich soll die gesamte Kommunikation im Vergabeverfahren elektronisch erfolgen (siehe § 7 Abs. 1 UVgO)

  Im Umkehrschluss hieraus ist insofern auch die Statuierung anderer Kommunikationsformen (schriftlich, Textform o.ä.) möglich
- ✓ Mündliche Kommunikation ist in Ausnahmefällen gestattet, darf aber nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnehmeranträge oder die Angebote betreffen und muss im Sinne des § 6 UVgO dokumentiert werden (siehe § 7 Abs. 2 UVgO).

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Siehe zu den (künftigen) Vorgaben der eVergabe den Exkurs im letzten Abschnitt dieses Hauptteils 3 des Skripts

- ✓ Siehe hinsichtlich Erleichterungen bzw. Abweichungen von den entsprechenden Vorgaben der UVgO § 3 Abs. 3 Nr. 2 NTVergG i.V.m. Teil 3 der NWertVO

2. Pflicht zur umfassenden Dokumentation des gesamten Verfahrens gem. § 6 UVgO

- ✓ Festlegung der Textform gem. § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuches

- ✓ In der UVgO eine dezidiertere Fassung als bisher in § 20 VOL/A

- ✓ Teilweise auch als Vergabevermerk bezeichnet

- ✓ Umfassend in Bezug auf jeden einzelnen Schritt des Verfahrens
- ✓ Zeitnahe und fortlaufende Erstellung

- ✓ Verifizierung der Angaben durch Beifügung von Unterlagen, Screenshots etc.

- ✓ Positive und negative Beweiskraftwirkung der Dokumentation – alles was dokumentiert wurde gilt als so durchgeführt (Versicherung an Eides statt), alles was nicht dokumentiert wurde, gilt als nicht durchgeführt

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

3. Beachtung von Interessenkonflikt-Situationen im Verfahren gem. §§ 3 bis 5 UVgO

- ✓ Siehe speziell in der UVgO die folgenden Regelungsfelder:
  - ✓ Vertraulichkeit gem. § 3 UVgO – Übernahme der Inhalte aus § 5 VgV
  - ✓ Interessenkonflikte gem. § 4 UVgO – Übernahme der Inhalte aus § 6 VgV
    Statuierung von Verwandtschaftsverhältnissen und sonstigen Verflechtungen, bei denen ein Interessenkonflikt impliziert wird
  - ✓ Vorbefasstheit gem. § 5 UVgO – nahezu komplette Übernahme der Inhalte aus § 7 VgV

    Darlegung einer Informations- und Unterrichtungssystematik, mit welcher Wettbewerbsvorteile aus einer Vorbefasstheit ausgeglichen werden können – ggf. Einfluss auf die ausreichende Frist im Sinne des § 13 UVgO
- ✓ Siehe auch die Vorgaben der Nds. Antikorruptionsrichtlinie zu Vergabeverfahren sowie zum Themenfeld Interessenkonflikte Runderlasse der Ministerien zur Annahme von Belohnungen oder Schenkungen

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% gem. Ziffer 21 FKL KOM

4. Prüfung des Vorliegens von Vergabefreiheit

- ✓ § 1 Abs. 2 der UVgO verweist in Bezug auf die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich auf eine analoge Anwendung der dort aufgeführten GWB-Vorschriften zu Ausnahmen von der Vergabepflicht. Insofern gelten diese auch unabhängig von einem nicht im NTVergG statuierten Verweis hierauf (wie es ihn bei Bauleistungen in § 3 Abs. 2 NTVergG gibt – siehe hierzu schon das Ablaufschema 1 zu bei Bauleistungen)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Von praktischer Bedeutung können dabei insbesondere die in 2016 neu geregelten Konstellationen der sog. „Inhouse-Vergabe“ im Sinne des § 108 GWB sein.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von fehlerhafter Annahme von Vergabefreiheit Abzug von 100% gem. Ziffer 1 FKL KOM

5. Auftragswertschätzung gem. § 3 VgV

- ✓ Von Bedeutung für die Frage der Durchführung eines europaweiten Oberschwellen- oder eines nationalen Unterschwellen-Verfahrens (Stichwort: Schwellenwerte) – darüber hinaus von Bedeutung hinsichtlich der Frage der Auswahl der korrekten Vergabeverfahrensart im Unterschwellen-Bereich (Stichwort: Wertgrenzen)

- ✓ Bildung eines Gesamtwerts bezogen auf ein funktional-sinnvolles Gesamtprojekt inkl. etwaiger Optionen und Vertragsverlängerungen (§ 3 Abs. 1 VgV)

- ✓ Verbot der Umgehung eines Oberschwellen-Verfahrens durch künstliche Aufteilung des Beschaffungsbedarfs, Fehlschätzungen, „Schönrechnen“ etc. (§ 3 Abs. 2 VgV) – gleiches gilt für den Unterschwellen-Bereich hinsichtlich des „Hineinrechnens“ in Wertgrenzen-Korridore für Beschränkte Ausschreibungen oder Freihändige Vergaben

- ✓ Schätzung zum Tag der Auftragsbekanntmachung (§ 3 Abs. 3 VgV) – laut Rechtsprechung dürfen Schätzungen in der Regel nicht älter als drei bis sechs Monate sein

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln für Rahmenvereinbarung und Innovationspartnerschaften (§ 3 Abs. 4 und 5 VgV)

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln Bauleistungen (§ 3 Abs. 6 VgV) – Addition der Werte der eigentlichen Bauausführungsleistung mit den hierfür benötigen Liefer- und Dienstleistungen (gilt auch für den Wert etwaiger Eigenleistungen)

- ✓ Verpflichtung zur Addition von gebildeten Losen (§ 3 Abs. 7 und 8 VgV) – siehe zu Losen und Besonderheiten in Niedersachsen auch die nachfolgende Ziffern 6 bis 8.

  Achtung!:

  In diesem Zusammenhang (geänderte) Rechtsprechung bzw. Rechtsauffassung sowie die künftige Gesetzeslage seit Ende Oktober zur Addition von Planungsleistungen beachten.

  Aktuell läuft gegen die bundesdeutsche Umsetzung der EU-Vergaberecht-Richtlinien in Form der VgV seit Mitte Februar 2019 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland. Inhalt der Auseinandersetzung ist insbesondere eine fehlerhafte Umsetzung der zugrunde liegenden EU-Richtlinie in § 3 Abs. 7 Satz 2 („gleichartige Leistungen“) und damit die Frage, ob Planungsleistungen im Sinne eines funktionalen Gesamt-Auftragswertes auf das zu beplanende Objekt zu beziehen sind.

  Die EU und mittlerweile auch weite Teile der bundesdeutschen Rechtsprechung bejahen dies. Einzelne Bundesländer haben in dieser Hinsicht bereits entsprechende Erlasse veröffentlicht.

  Das vorgenannte Vertragsverletzungsverfahren der EU hat sich zwischenzeitlich erledigt. Denn im Februar 2023 hat die Bundesregierung einen Referentenentwurf zur Änderung der VgV vorgelegt, der unter anderem eine ersatzlose Streichung von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV vorsieht. Die entsprechende Regelung ist im Juni beschlossen worden und ist im Oktober 2023 in Kraft getreten.

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln für regelmäßig wiederkehrende Aufträge sowie für Laufzeiten-Verträge (§ 3 Abs. 10 und 11 VgV)

- ✓ Ergänzende besondere Schätzregeln für Planungswettbewerbe (§ 3 Abs. 12 VgV)

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 2 FKL KOM

6. Bildung von Fach- und/oder Teil-Losen gem. § 9 NTVergG gem. § 2 Abs. 4 sowie § 22 UVgO

- ✓ Quasi grundsätzliche Verpflichtung zur Losbildung, absehen hiervon muss gesondert begründet werden

- ✓ Losbildungsregelungen des NTVergG sind strenger als die der UVgO, deren Regelungen zu Losen in § 22 UVgO sind allerdings im Vergleich zur bisherigen VOL/A strenger bzw. dezidierter gefasst

  - ✓ Quasi ständige Verpflichtung zur Bildung von Losen, welche dann in Ausnahmefällen als gebündelte Lose zusammen ausgeschrieben und vergeben werden können

  - ✓ Generalunternehmer-Aufträge sind nicht gewünscht und bedürfen einer besonderen Begründung

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 2 FKL KOM – Fehler beziehen sich hier nicht auf die eigentliche Bildung oder Nichtbildung der Lose, sondern darauf, diese nicht im Sinne einer Gesamtauftragswert-Betrachtung miteinander zu addieren

bzw. in Höhe von 5% gem. Ziffer 3 FKL KOM, wenn keine Lose gebildet worden sind und diese Nichtbildung nicht begründet wurde

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

7. Beachtung der Binnenmarktrelevanz-Mitteilung (2006/C 179/02) der Europäischen Kommission

- ✓ Darlegung von Kriterien, unter welchen Voraussetzungen eine Ausschreibung im Unterschwellen-Bereich als binnenmarktrelevant zu betrachten ist (z.B. Art der zu beschaffenden Leistung, Marktgröße, Nähe zu einer EU-Grenze, Auftragswert etc.)

- ✓ Statuierung von zu beachtenden Punkten bei Bejahung von Binnenmarktrelevanz:

  - ✓ Bekanntmachung oder Bieterauswahl im Binnenmarktrelevanz-Gebiet – bei Bejahung von Binnenmarktrelevanz ist nach dem Tenor der Mitteilung die Bekanntmachung der Beschaffung so transparent zu machen, dass ein interessierter Bieter sich daran beteiligen kann.

    Dies ist auf jeden Fall bei einer Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerberfüllt, was die VOB/A 2019 als die beiden Regelverfahren auch schon berücksichtigt.

    Sofern eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden soll, muss auf jeden eine Transparenz dergestalt hergestellt werden, im Rahmen einer (nationalen) Vorab-Information hierüber zu berichten und interessierten Bietern die Möglichkeit einzuräumen, sich wegen einer etwaigen Beteiligung hieran bei der Vergabestelle zu melden.

    Siehe zu den Verfahrensarten im Detail auch die nachfolgende Ziffer 8.

  - ✓ Gestaltung der Vergabeunterlagen, Kriterien etc. so, dass EU-ausländische Bieter nicht diskriminiert bzw. benachteiligt werden

- ✓ Vergabedokumentationen sollten auf jeden Fall um den Punkt der Binnenmarkt-relevanz ergänzt werden

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 1 FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

8. Auswahl der korrekten Vergabeart – Kaskadenprinzip gem. UVgO in Verbindung mit den Regelungen der NWertVO

Übersicht zum Kaskadenprinzip der Vergabearten gem. UVgO:

- ✓ Regelfälle (neue Systematik gegenüber der VOL/A) nach Wahl der Vergabestelle
  - ✓ entweder Öffentlichen Ausschreibung
    gem. § 8 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 UVgO
    oder Beschränkte Ausschreibung mit Teilnehmerwettbewerb
    gem. § 8 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 10 UVgO
  - ✓ Inhalt und Vorgehensweise (Öffentliche Ausschreibung):
    - Öffentliche Bekanntmachung an eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten
    - Formell erfolgt dies durch Bekanntgabe in geeigneten Veröffentlichungs-organen (siehe zu den Details der Bekanntmachung weiter unten)
  - ✓ Inhalt und Vorgehensweise (Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahme-wettbewerb) – zweistufiges Verfahren:
    - Stufe 1: Öffentliche Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs an eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen – Vorabauswahl von Unternehmen nach festgelegten Eignungskriterien für die zweite Stufe
    - Stufe 2: Angebotsaufforderung an die ausgewählten Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei
- ✓ Ausnahmefall der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnehmerwettbewerb
  gem. § 8 Abs. 3 i.V.m. § 11 UVgO
  - ✓ Inhalt und Vorgehensweise – im Endeffekt quasi zweistufiges Verfahren:
    - Stufe 1:
      Vorherige Eignungsprüfung in Bezug auf die Unternehmen, welche in Stufe 2 zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollen (siehe im Detail § 11 UVgO, insbesondere Abs. 2 inkl. der dortigen Ausnahmeregel nach Satz 2)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- Angebotsaufforderung an die ausgewählten Unternehmen – grundsätzlich mindestens drei

✓ Beachtung der Vorgabe des § 11 Abs. 4 UVgO – regelmäßiger Wechsel zwischen den zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmen

✓ <u>Ausnahmefall der Verhandlungsvergabe</u>
(neuer Begriff für die bisherige Freihändige Vergabe)
gem. § 8 Abs. 4 i.V.m. § 12 UVgO

✓ Inhalt und Vorgehensweise

- Mit oder ohne Teilnahmewettbewerb möglich – siehe insofern schon entsprechend die vorstehenden Ausführungen zu den beiden Varianten der Beschränkten Ausschreibung
- Möglichkeit der Verhandlung über die Auftragsbedingungen

✓ <u>Sonderfall / Ausnahmefall des Direktauftrages</u>
bis 1.000 Euro (statt wie bisher in der VOL/A bis 500 Euro)
gem. § 14 UVgO

<u>Besonderheit gem. NWertVO:</u>

✓ Siehe allgemein zu den Wertgrenzenregelungen der NWertVO schon die obigen Ausführungen in Hauptteil 1, Ziffer 1.2. dieses Skripts

✓ Soweit bestimmte Auftragswerte nicht überschritten werden, dürfen gem. des Dritten Teils der NWertVO bei der Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen die nachstehenden Erleichterungen gegenüber der UVgO genutzt werden.

Wenn Fach- und/oder Teil-Lose gem. § 9 NTVergG gebildet wurden, beziehen sich die Erleichterungen nur auf das konkrete Los, eine Addition der Lose gem. § 3 Abs. 7 und 8 VgV findet also nicht statt (§ 2 Abs. 2 NWertVO)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Achtung!:

Diese Erleichterungsregelung bezieht sich nur auf die Wahl der Vergabeart bzw. auf die statuierten Kommunikationsregeln.

In Bezug auf alle weiteren Regelungen des Niedersächsischen Landesvergaberechts (insbesondere Mindestlohnerklärungen nach NTVergG, sonstige Regelung des NTVergG, ILO-Erklärungen nach NKernVO) gilt der § 3 VgV komplett, also auch dessen Abs. 7 und 8.

Dies kann dazu führen, dass auch bei Lose unterhalb der Anwendungsschwelle des NTVergG (20.000 Euro) das komplette NTVergG und die NKernVO zu beachten ist.

- ✓ Möglichkeit der Wahl der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb bei Auftragswerten bis zu 25.000 Euro (§ 7 Abs. 2 NWertVO)

  Sofern hierbei die Voraussetzungen des § 12 Abs. 3 UVgO erfüllt sind, darf die Abwicklung des Vergabeverfahrens mit dem einen kontaktierten Unternehmen komplett per E-Mail erfolgen

- ✓ Möglichkeit der Wahl der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb bei Auftragswerten bis zu 50.000 Euro (§ 7 Abs. 1 NWertVO)
- ✓ Modifizierungen in Bezug auf die künftig pflichtigen eVergabe-Regelungen für bestimmte Öffentliche Auftraggeber gem. § 7 Abs. 3 NWertVO

- ✓ Siehe im Weiteren Erleichterungen bzw. Modifizierungen im Rahmen der Covid 19-Pandemie gem. § 8 NWertVO (ausgelaufen)

<u>Neue / weitere Beschaffungsmethoden bzw. -instrumente in der UVgO:</u>

- ✓ (gegenüber der VOL/A erweiterte bzw. dezidierter gefasste) Möglichkeit der Durchführung von Markterkundungsverfahren (§ 20 UVgO)

- ✓ Rahmenvereinbarungen (§ 15 UVgO)

- ✓ Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergaben bzw. Beschaffungen durch zentrale Beschaffungsstellen (§ 16 UVgO)
- ✓ Dynamische Beschaffungssysteme (§ 17 UVgO)
- ✓ Elektronische Auktionen (§ 18 UVgO)
- ✓ Elektronische Kataloge (§ 19 UVgO)

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% bzw. von 25% gem. Ziffer 1 FKL KOM

Siehe darüber hinaus auch Ziffer 7 FKL KOM

9. Setzung von Eignungskriterien in Bezug auf Bieter-Unternehmen gem. §§ 31 bis 36 UVgO sowie NTVergG

- ✓ Deutlich umfassendere Regelungen als bislang in der VOL/A, die nicht nur die Frage der Eignung umfassen, sondern auch Regelungen zu Bietergemeinschaften, Begrenzungen der Bewerberzahl etc. beinhalten
- ✓ Eignungskriterien beziehen sich (wie im Oberschwellen-Bereich) nur noch auf die Felder „Fachkunde“ und „Leistungsfähigkeit“ – die Frage der „Zuverlässigkeit“ wird im Rahmen der Prüfungs- und Wertungsphase untersucht (siehe dort)
- ✓ Neu ist das Instrument der Eignungsleihe (§ 34 UVgO)
- ✓ Klare Abgrenzung zu den Zuschlagskriterien, die sich auf das Angebot des bietenden Unternehmens beziehen
- ✓ keine Doppelungen gestattet, diskriminierungsfrei und verhältnismäßig

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Nutzung von Eigenerklärungen, Formblatt aus VHB oder via Präqualifizierung

- ✓ Bei Beschränkten Ausschreibungen und bei Verhandlungsvergaben ohne Teilnehmerwettbewerb vorab zu prüfen – es dürfen hierbei nur geeignete Unternehmen kontaktiert werden (siehe schon die vorstehende Ziffer 8.)

- ✓ Siehe zum Umfang der Eignungsprüfung, zu den zwingend vorzulegenden Nachweisen, zu den Besonderheiten der VOB/A 2019 sowie des NTVergG die Ausführungen unter der Ziffer 18.

- ✓ Neu ist die Möglichkeit der Selbstreinigung unter entsprechender Anwendung der Regelungen der VgV bzw. des GWB

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM

10. Vergabeunterlagen – Anfertigung einer Leistungsbeschreibung gem. §§ 21, 23, 24 UVgO sowie NTVergG

- ✓ Regelung zu den Anforderungen an Leistungsbeschreibungen

- ✓ Leistungsbeschreibungen können / dürfen nunmehr weitere Aspekte aus den Bereichen Qualität, sog. vergabefremder Kriterien etc. enthalten – gleiches gilt für Bereiche, die eher im Bereich vertragsrechtliches angesiedelt sind

- ✓ Beachtung des Grundsatzes der Produktneutralität

  - ✓ Grundsatz / Regelfall:
    Vergabestellen verfügen über Beschaffungshoheit in Bezug auf ihre Vergaben. Diese Beschaffungshoheit ist in sich allerdings durch den Grundsatz der Produktneutralität gem. § 23 Abs. 5 UVgO begrenzt

- ✓ Ausnahme 1:
  Vorliegen einer sachlich-objektiven Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand

  Beispielsweise im Fall von Denkmalschutzauflagen in Bezug auf bestimmte Materialien, bei Kompatibilitäten, bei Freigabevorschriften der Hersteller bereits vorhandener / beschaffter Produkte, ggf. möglich bei Einhaltung von Einheitlichkeiten etc.

- ✓ Ausnahme 2:
  keine hinreichend genaue Beschreibbarkeit ohne Nennung eines sog. Leitprodukts möglich – inkl. Zusatz „oder gleichwertig“

  Herrschende Meinung in der Fachliteratur und in der (alten) Rechtsprechung war in Bezug auf diesen Ausnahmefall sehr streng. Die Nennung eines Leitprodukts mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ ist (war) hiernach nur gestattet, wenn quasi keine weiteren neutralen Beschreibungsmöglichkeiten mehr vorhanden sind (= „wenn der Duden alle ist“).

  Aktuelle Fachliteratur und Rechtsprechung sind eher näher an der Lebensrealität und anerkennen, dass konkrete Produktnennungen mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ nahezu die Regel sind, gestatten insofern unter dem Stichwort der „unechten Produktorientierung“ nunmehr folgendes:

  > Produkt ist zunächst hinsichtlich seiner wesentlichen Vergleichsmerkmale neutral zu beschreiben, um Bieter dazu in die Lage zu versetzen, ihre Produkte bzw. ggf. Alternativprodukte in Bezug auf die genannten Merkmale zu prüfen.
  > Im Anschluss kann ein Planungs-, Muster-, Leit-Produkt o.ä. verbunden mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ aufgeführt werden.

  Weder nach der alten noch nach der neuen Auffassung ist es gestattet, lediglich ein Produkt mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ aufzuführen.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

11. Vergabeunterlagen – Festlegung von Bewerbungs- bzw. Teilnahmebedingungen gem. §§ 21, 28, 43 UVgO sowie NTVergG

- ✓ Wie in der VOL/A sind auch in der UVgO Zuschlagskriterien stets auf das Angebot bezogen und insofern zu bewerten

- ✓ Ergo sind gem. der aufgeführten Normen und der hieraus erfolgten Auslegung durch die Rechtsprechung und die juristische Fachliteratur die Kriterien selbst, ihre Gewichtung und eine Bewertungsmatrix inkl. eines Punktevergabeschlüssels festzusetzen sowie im weiteren Verlauf zu veröffentlichen

- ✓ Zuschlagskriterien zur Bewertung des wirtschaftlichsten Angebots sind standardmäßig der Preis im Zusammenhang mit mindestens einem weiteren Kriterium

  Der § 43 Abs. 2 Satz 3 UVgO gestattet nun auch rein qualitative Wertungen ohne Berücksichtigung des Preises als Zuschlagskriterium

  Der Preis kann bzw. darf gem. Rechtsprechung das einzige Kriterium sein, wenn die Leistungsbeschreibung qualitative Aspekte beinhaltet

- ✓ Darüber hinaus in den Teilnahme- und Bewerbungsbedingungen Festlegung von allgemeinen Rahmenbedingungen der Ausschreibung (Form, Frist etc.)

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM

Siehe in diesem Zusammenhang auch Ziffer 8 FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

12. Vergabeunterlagen – Erklärungen gem. NTVergG und NKernVO

- ✓ Mindestentgelt- bzw. Tariftreueerklärung
  gem. § 4 NTVergG (bei Dienstleistungen, nicht erforderlich bei Lieferleistungen)

  - ✓ Siehe hierzu im Detail auch die seitens der Servicestelle zum NTVergG beim MW regelmäßig in aktualisierter Form bereitgestellten Mustererklärungen sowie die Handlungshinweise hierzu

  - ✓ Gem. Wortlaut von § 4 Abs. 2 NTVergG Pflicht zur Nachforderung bei fehlender Einreichung der Erklärung im Rahmen der Angebotsabgabe

    Achtung:
    Nicht formgerechte Einreichung der Erklärung gilt nicht als ein Fehlen in diesem Sinne. Das hat zur Folge, dass ein Bieter, der die Erklärung nicht formgerecht einreicht, bei strenger Betrachtung ausgeschlossen werden muss.

  - ✓ Auf dem Musterformular angegebene Schriftform wird im Fall von eVergabe (elektronische Angebotsabgabe) sowie in den Fällen der gestatteten Angebotseinreichung per Mail durch Textform gem. § 126b BGB ersetzt

- ✓ ILO-Erklärung
  gem. § 12 NTVergG und NKernVO

  - ✓ Siehe auch hierzu im Detail die die seitens der Servicestelle zum NTVergG beim MW regelmäßig in aktualisierter Form bereitgestellten Mustererklärungen sowie die Handlungshinweise hierzu

  - ✓ § 12 Abs. 1 NTVergG listet ILO-Kernarbeitsnormen auf. Dabei handelt es sich um internationale Bestimmungen in Bezug auf Arbeitsrecht, Arbeitssicherheit etc. (beispielsweise Kinderarbeitsverbot, Diskriminierungsverbote usw.)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ § 1 Abs. 1 der NKernVO listet bestimmte Gruppen von Produkten auf und koppelt diese mit einer Länderliste (DAC-Liste).

  Vergabestellen müssen im Rahmen der Konzeption ihrer Ausschreibungen insofern prüfen, ob in der Leistungsbeschreibung Produkte der gelisteten Produktgruppen auftauchen oder auftauchen könnten.

  Bieter müssen im Rahmen ihrer Angebotsabgabe insofern prüfen, ob sie gelistete Produkte anbieten und ob diese aus einem Staat stammen, der auf der DAC-Liste steht. Wenn ja, müssen sie Nachweise zur Einhaltung der ILO-Normen erbringen. Siehe hierzu nachstehenden Aufzählungspunkt.

- ✓ § 1 Abs. 2 der NKernVO schließlich schreibt vor, dass Bieter im Rahmen ihrer Angebote Erklärungen (siehe Muster-Erklärung der Servicestelle) zur Herkunft der Produkte und ggf. zur Berücksichtigung der ILO-Kernnormen abgeben müssen, und zwar nach folgendem Schema:

  Das Produkt kommt nicht aus einem in der Länderliste aufgeführten Staat (beispielsweise, wenn das Produkt aus der Bundesrepublik Deutschland oder der EU kommt)
  = keine Nachweispflicht

  Das Produkt kommt aus einem in der Länderliste aufgeführtem Staat (beispielsweise asiatischer, afrikanischer oder arabischer Raum)
  = Nachweispflicht über explizit aufgeführte Zertifikate, FairTrade Siegel o.ä.

- ✓ <u>Nachunternehmen und Nachunternehmer-Erklärungen</u>
  gem. § 26 UVgO und gem. § 13 NTVergG
  (Erklärungen faktisch nur bei Dienstleistungen, nicht erforderlich bei Lieferleistungen)

  - ✓ Im NTVergG keine weitreichenden dezidierten Regelungen zu Nachunternehmen im Fall von Liefer- und Dienstleistungen wie im Bereich von Bauleistungen vorhanden

Siehe aber zu Benennungspflichten etc. (nach Wahl der Vergabestelle) die Regelungen des § 26 UVgO

- ✓ Gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 NTVergG müssen Bieter für die Nachunternehmen von diesen ausgefüllte Mindestentgelt- bzw. Tariftreueerklärungen gem. § 4 vorlegen. Diese sind aber nur bei Dienstleistungen, nicht bei Lieferleistungen einzureichen.

- ✓ Vergabestellen können gem. § 13 Abs. 3 NTVergG auf die Vorlage der Erklärungen und Nachweise verzichten, wenn der Auftragsanteil des Nachunternehmens unter 3.000 Euro netto liegt.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. analoger Anwendung der Ziffern 9 ff. FKL KOM

13. Festlegung von Vertragsbedingungen gem. § 21, 28 UVgO bzw. gem. NTVergG und NKernVO siehe auch § 45 UVgO (in der aktuellen Fassung der UVgO fälschlicherweise als „§ 46“ beziffert)

- ✓ Weiterhin Geltung der VOL/B bzw. der Besondere Vertragsbedingungen des Landes Niedersachsen für Lieferungen und Leistungen (ZVB) i.V.m. der VOL/B

- ✓ Sonstige Besondere Vertragsbedingungen (z.B. zu Punkten wie Nutzungs- und Verwertungsrechte bei Urheberrechten etc.)

- ✓ Siehe zu Besonderen Vertragsbedingungen auch die Muss-Klauseln gem. §§ 14 bis 16 NTVergG zur Umsetzung des NTVergG in Bezug auf Kontrollen, Sanktionen etc. sowie die besonderen Muss-Klauseln gem. NKernVO

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 9 ff. FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

14. Festlegung von ausreichenden Fristen gem. § 13 UVgO

- ✓ Berücksichtigung der Komplexität der Ausschreibung – wie lange wird ein durchschnittlicher Bieter benötigen, um ein Angebot abzugeben?

- ✓ Festlegung einer Angebotsfrist (= Frist bis zur Abgabe der Angebote) sowie einer Binde- und Zuschlagsfrist (= Frist, bis zu der die Bieter an ihr Angebot gebunden sind und bis zu der Sie den Zuschlag erteilen müssen)

- ✓ Insbesondere die Zuschlags- und Bindefrist sollte so lang bemessen sein, dass (soweit erlaubt) ggf. noch fehlende Unterlagen der Bieter eingeholt werden können, soweit gesetzlich vorgeschrieben ein Auszug aus dem Gewerbezentral- oder Wettbewerbsregister über den Bieter eingeholt werden kann etc.

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern je nach Situation Abzug gem. Ziffern 4 ff. FKL KOM

15. Bekanntmachung der Ausschreibung bzw. Anforderung von Angeboten sowie Bereitstellung der Vergabeunterlagen gem. §§ 27, 28, 29 UVgO

- ✓ Regelungen zu den Inhalten der Auftragsbekanntmachung (siehe §§ 27, 28 UVgO)

- ✓ Ferner Regelungen zu Form bzw. der Art und Weise der Bekanntmachung bzw. der Bereitstellung der Vergabeunterlagen
  - ✓ Bekanntmachung hat ohne Ausnahme stets via Internet zu erfolgen (siehe § 28 Abs. 1 Satz 1 UVgO)
  - ✓ Bereitstellung der Vergabeunterlagen:
    - ✓ In der Regel ebenfalls Pflicht zur Bereitstellung via Internet – Einrichtung einer elektronischen Adresse (sie § 29 Abs. 1 UVgO)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Sehr stark begrenzte Ausnahmeregelungen hierzu in § 29 Abs. 2 UVgO

✓ Siehe darüber hinaus auch die nachstehenden Hinweise zur Form der einzureichenden Angebote

✓ Siehe des Weiteren zu Ausnahmeregelungen, verlängerten Übergangsfristen etc. in Niedersachsen den Exkurs zur eVergabe im letzten Abschnitt dieses Skripts

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 100% oder 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 1, 4 ff., 8 FKL KOM

Hinweise bzw. Anmerkungen zur Form der einzureichenden Angebote

✓ Siehe §§ 38 und 39 UVgO

✓ Siehe des Weiteren zu Ausnahmeregelungen, verlängerten Übergangsfristen etc. in Niedersachsen den Exkurs zur eVergabe im letzten Abschnitt dieses Skripts

✓ Regelung eines dezidierten Systems zu Kommunikationsregeln sowie zur Form der einzureichenden Angebote, welches von den Vergabestellen vorab festzulegen ist – Statuierung einer e-Vergabe Systematik:

- ✓ Freie Wahl seitens der Vergabestelle bis zum 31.12.2018 (§ 38 Abs. 1 UVgO)
- ✓ Seit dem 01.01.2019 müssen Vergabestellen elektronisch eingereichte Angebote etc. auch bei vorab statuierter anderer Kommunikationsart akzeptieren (§ 38 Abs. 2 mit Ausnahmen gem. Abs. 4 ff)
- ✓ Seit dem 01.01.2020 müssen Vergabestellen grundsätzlich elektronische Abgabe vorgeben (§ 38 Abs. 3 mit Ausnahmen gem. Abs. 4 ff.)

✓ Regelungen zur Art und Weise der Aufbewahrung von eingegangenen Angeboten etc. durch die Vergabestellen (siehe § 39 UVgO)

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. analoger Anwendung der Ziffern zu Formvorgaben bzw. der Ziffern zur Diskriminierung bzw. zur Ungleichbehandlung

  Fehler können in diesem Zusammenhang dadurch entstehen, dass die vorgenannten Vorgaben zur e-Vergabe Systematik nicht beachtet werden

  Fehler können darüber hinaus darin bestehen, dass nicht formgerechte Angebote von Bietern gleichwohl nicht ausgeschlossen werden – siehe hierzu die Darstellungen weiter unten im Rahmen der Prüfungs- und Wertungsphase

16. ggf. Beantwortung von Bieterfragen zur Ausschreibung und/oder den Ausschreibungsunterlagen

- ✓ Beantwortung von Bieterfragen ist verpflichtend
- ✓ Aus Gründen der Gleichbehandlung sind etwaige Fragen und Ihre Antworten allen Beteiligten zur Verfügung zu stellen (bei öffentlicher Ausschreibung also veröffentlichen, bei Beschränkter Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb durch Information der übrigen kontaktierten Unternehmen etc.)

17. Angebotsöffnung (Submissionstermin) gem. § 40 UVgO

- ✓ Beachtung des Vieraugen-Prinzips
- ✓ Stets ohne Bieter
- ✓ Erstellung eines gesonderten Protokolls

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

18. Prüfung- und Wertung der eingegangenen bzw. eingeholten Angebote gem. §§ 41 bis 45 sowie gem. NTVergG und NKernVO

- ✓ Phase 1 – Formalien und Ausschlüsse
  - ✓ Vollständigkeit der Angebote – Problemfeld des Nachforderns von fehlenden Unterlagen
  - ✓ Zwingende Ausschlüsse
  - ✓ Fakultative Ausschlüsse

- ✓ Phase 2 – Eignungsprüfung
  in Bezug auf die Bieter-Unternehmen anhand der festgesetzten Eignungskriterien

  - ✓ Findet bei Beschränkter Ausschreibung oder Verhandlungsvergabe ohne Teilnehmerwettbewerb schon vorab statt – siehe schon oben unter der Ziffer 8

    § 35 Abs. 1 klingt in Bezug auf die Verfahrensarten ohne Teilnehmerwettbewerb zunächst so, als müsse in der UVgO keine Vorabprüfung der Eignung stattfinden. Der betreffende Part ist aber im Kontext der Sonderausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 Satz 2 UVgO zu sehen / zu lesen. Siehe ansonsten auch die sehr deutlichen Regelungen zur Vorabprüfung der Eignung in § 31 Abs. 3 und in § 11 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

  - ✓ Sowohl die Vorabprüfung der Eignung bei Beschränkten Ausschreibungen oder Verhandlungsvergaben ohne Teilnehmerwettbewerb als auch die Eignungsprüfungen im laufenden Verfahren sind deutlich unkomplizierter als bei Bauleistungen (siehe dazu auch nachstehend zum sonstigen / grundsätzlichen Ablauf der Eignungsprüfung)

  - ✓ Grundsätzlicher Ablauf der Festlegung von Eignungskriterien (siehe dazu schon oben unter der Ziffer 9.) und der Eignungsprüfung:

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ Vergabestelle legt im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Teilnehmer an der Ausschreibung Eignungskriterien im Sinne der §§ 31 ff. UVgO fest.

- ✓ Der Nachweis dieser Eignung kann gem. § 35 UVgO bzw. gem. § 8 NTVergG zum einen im Wege der Präqualifikation erbracht werden.

  Für nicht Präqualifizierte Unternehmen sollen Vergabestellen grundsätzlich den Beleg der Eignung via Eigenerklärungen fordern (siehe § 35 Abs. 2 UVgO). Diese gelten in der UVgO grundsätzlich als Beleg, so dass keine weitere Verifizierung stattfinden muss. Anders als bei Bauleistungen gibt es insofern keine Differenzierung zwischen Eigenerklärungen und vorläufigen Eigenerklärungen, spezielle Verifizierungen schreibt der § 8 Abs. 2 NTVergG nur bei Bauleistungen vor.
  Siehe hierzu aber das nachstehende Achtung Nr. 1!

- ✓ **Achtung Nr. 1!:**

  Verwendet eine Vergabestelle für die Eigenerklärungen der nicht Präqualifizierten Bieter kein eigenes Eigenerklärungsformular, sondern das Formblatt 124 LD aus dem VHB, so erfüllt dieses Formblatt nicht die Möglichkeit, dass die Eigenklärung ausreichend ist und nicht gesondert verifiziert werden muss.

  Aufgrund des Wortlauts des Formblattes 124 LD und des dort nahezu durchgängig zu findenden Satzes, dass der Bieter im Fall einer beabsichtigten Zuschlagserteilung die Angaben der Eigenerklärung gem. Formblatt 124 LD noch durch gesonderte / explizite Nachweise verifizieren wird, ist die Vergabestelle insofern grundsätzlich verpflichtet, in Bezug auf alle Eignungspunkte noch derartige gesonderte Nachweise einzufordern.

  Dies gilt lediglich dann nicht, wenn die Vergabestelle das Formblatt 124 LD modifiziert, beispielsweise in den Vergabeunterlagen festlegt, dass sie keine gesonderten Nachweise einfordern wird. Hierbei kann auch festgelegt werden,

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

dass sich die Vergabestelle aber ihr grundsätzliches Recht zur Einholung von verifizierenden Nachweisen in Bezug auf alle Punkte offen hält.

- ✓ **Achtung Nr. 2!**

  Die UVgO hat keine mit § 6b Abs. 3 der VOB/A 2019 vergleichbare Regelung zu bereits bei der Vergabestelle vorliegenden Eignungsnachweisen.

  Das hat zur Folge, dass die Vorgabe zur Einreichung von Eignungsbelegen und zur Eignungsprüfung in jeder Ausschreibung neu erfolgen müssen, und zwar selbst dann, wenn beispielsweise ein Bieter in einer Öffentlichen Ausschreibung im Januar seine Eignung belegt hat und derselbe Bieter im Februar an einer weiteren Ausschreibung teilnimmt.

- ✓ <u>Phase 3 – Preisprüfung und weitergehende Angebotsprüfung</u>
  - ✓ Auskömmlichkeit des Preises, siehe insbesondere den § 44 zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten
  - ✓ Vollständigkeit des Angebots in Bezug auf Leistungsbeschreibung etc.

- ✓ <u>Phase 4 – Wirtschaftlichkeitsprüfung</u>
  - ✓ Prüfung bzw. Bewertung der nach UVgO und/oder NTVergG gesetzten Zuschlagskriterien, die vorab zu veröffentlichen sind …
  - ✓ … unter Beachtung der Bewertungsmatrix und des Punktevergabeschlüssels

- ✓ <u>Sonder-Prüfbereiche</u>
  beachten, insbesondere Pflicht zur Einholung eines Auszugs aus dem Gewerbezentralregister bzw. dem Wettbewerbsregister vor Zuschlagserteilung, ferner der Vorlage der besonderen Erklärungen und Nachweise nach NTVergG und NKernVO

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 14 ff. FKL KOM

19. ggf. Aufhebung der Ausschreibung gem. § 48 UVgO

- ✓ Achtung:
  Überschreiten die Angebote der Bieter das bei Ihnen vorhandene Budget, rechtfertigt dies nicht ohne weiteres eine Aufhebung.

  Vielmehr ist nach (aktueller) Rechtsprechung wie folgt zu differenzieren:

  - War bereits Ihre Auftragswert-Schätzung nach § 3 VgV unseriös, so haben Sie einen sog. Kontrahierungszwang, müssen also gem. Rechtsprechung im Zweifel den Zuschlag erteilen (oder Schadenersatz zahlen – einen echten Kontrahierungszwang im Sinne der Verpflichtung zur Erteilung eines Zuschlags kennt das Vergaberecht nicht)

  - War Ihre Auftragswert-Schätzung nach § 3 VgV seriös, können Sie unter folgenden Voraussetzungen aufheben:

    - Der angebotene Preis liegt um etwa 20 bis 30 % höher als Ihre seriöse Schätzung.

    - Sie weisen nach, dass Sie die Finanzierungslücke nicht anderweitig decken können (z.B. durch Nachbeantragung von Fördermitteln, durch Kredite, bei Kommunen durch Nachtragshaushalte)

- ✓ Ob die betreffende Rechtsprechung vor dem Hintergrund des § 48 Abs. 2 UVgO (grundsätzliche keine Pflicht zur Zuschlagserteilung) aufrechterhalten werden kann, ist aus meiner Sicht fraglich – ggf. wandelt sich der bislang statuierte Kontrahierungszwang (den es im wörtlichen Sinne wie vorstehend erwähnt ohnehin nicht gibt) im Falle einer ungerechtfertigten Aufhebung in einen Schadenersatzanspruch

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

20. Zuschlagserteilung und Beachtung von Informationspflichten sowie der ex-post-Transparenz gem. § 16 NTVergG sowie gem. §§ 43, 46 und 30 UVgO

- ✓ Information über die Zuschlagserteilung an die unterlegenen Bieter gem. § 16 Abs. 1 NTVergG

  Achtung:
  Norm ist hinsichtlich des Umfangs der Informationspflicht weiter gefasst als § 46 UVgO

- ✓ Erteilung des Zuschlags unter Beachtung der Wartefrist des § 16 Abs. 2 NTVergG – siehe zu Ausnahmen von der Wartepflicht § 16 Abs. 3 NTVergG

- ✓ ggf. Beachtung von ex-post Transparenz (Verpflichtung zur Internet-Veröffentlichung über das Ergebnis von Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb bzw. von Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb) gem. § 30 UVgO

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern Abzug von 25% bzw. in minder schweren Fällen von 10% oder 5% gem. Ziffern 14 ff. FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

21. Beachtung der vergaberechtlichen Pflichten bei der Vertragsdurchführung gem. § 47 UVgO

- ✓ Verweis auf den im Rahmen der Reform des Oberschwellen-Vergaberechts neu geschaffenen § 132 GWB via § 47 Abs. 1 UVgO

- ✓ Modifizierung der in § 132 GWB statuierten sog. „De-Minimis-Nachtragsregelung“ (20 % statt 15 %) via § 47 Abs. 2 UVgO

↳ Bei öffentlicher Förderung mit EU-Mitteln im Fall von Fehlern je nach Situation Abzüge gem. Ziffern 22 f. FKL KOM

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

1. Grundsätzliches zur Rechtslage seit Januar 2020

✓ Wie bekannt und in den vorstehenden Abschnitten dieses Skripts dargestellt, ist seit dem 1. Januar 2020 das reformierte NTVergG in Kraft.

Dieses verweist in § 3 Abs. 1 NTVergG hinsichtlich der Beschaffung von unterschwelligen Liefer- und Dienstleistungen auf die Regelungen der UVgO und in § 3 Abs. 2 NTVergG hinsichtlich der Beschaffung von unterschwelligen Bauleistungen auf die VOB/A 2019.

✓ Die Regelung des § 2 NTVergG begrenzt den sachlichen Anwendungsbereich des NTVergG (und damit auch die Verweise auf die UVgO und die VOB/A 2019) jedoch in mehrfacher Hinsicht.

Zunächst sind alle Beschaffungen unterhalb von 20.000 Euro netto von der Anwendung des NTVergG bzw. des dortigen Verweises auf die UVgO und die VOB/A 2019 ausgenommen (Umkehrschluss aus § 2 Abs. 1 Satz 1 NTVergG).

Darüber hinaus gilt das NTVergG inkl. des dortigen Verweises auf die UVgO ganz unabhängig von dem vorgenannten Wert nicht für freiberufliche Leistungen sowie nicht für Architekten- und Ingenieursleistungen die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können (siehe § 2 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 1 und 2 NTVergG).

✓ Diese Nichtgeltung des NTVergG inkl. der Verweise auf die UVgO und die VOB/A 2019 hat für Öffentliche Auftraggeber selbstverständlich nicht zur Folge, dass bei Beschaffungen unter 20.000 Euro netto bzw. bei den komplett ausgenommenen freiberuflichen Leistungen gar keine vergaberechtlichen bzw. wettbewerblichen Regeln zu beachten sind.

Vielmehr gilt das jeweils einschlägige Haushaltsrecht in Form der LHO (hier insbesondere der § 55 LHO inkl. der VV zu § 55 der LHO) bzw. die KomHKVO (hier insbesondere der § 28 KomHKVO inkl. der dort erwähnten einheitlichen Verfahrensrichtlinien) und die regelmäßig zu beachten Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

2. Exkurs zum HOAI-Urteil des EuGH

✓ Wie sicherlich allen bekannt sein wird, hat der EuGH in seinem HOAI-Urteil vom Juli 2019 statuiert, dass die bis dahin rechtlich verbindlichen Regelungen zu den Mindest- und Höchst-Sätzen der HOAI nicht mehr gelten und alle Beschaffungen nach dem Urteil im Lichte des Urteils zu erfolgen haben.

✓ Dieses hat folgende Konsequenzen:

- Die bis dahin verbindlichen Honorar-Regelungen der HOAI dürfen in Beschaffungsverfahren weder verpflichtend statuiert werden noch dürfen Bieter wegen einer Unter- oder Überschreitung der Honorarsätze ausgeschlossen werden. Laufende Ausschreibungen sind entsprechend anzupassen.

- Hinweis:
  Alle übrigen Regelungen der HOAI zu den Leistungsbildern, den Leistungsphasen, der Differenzierung von Grundleistungen und Besonderen Leistungen etc. sind von dem Urteil nicht betroffen und dürfen weiterhin angewendet werden.

- Aus dem vorstehenden Punkt folgt sachlogisch, dass im Rahmen der Beschaffung von HOAI-Leistungen ein Kriterium zur Bewertung des Preises aufgenommen werden muss.

- Weitere Konsequenz ist, das bisherige haushaltsrechtliche Gepflogenheiten oder explizit in Beschaffungsordnungen, Förderrichtlinien o.ä. getroffene Regelungen, dass bei HOAI-Leistungen die Einholung eines Angebots ausreichend ist, nicht mehr mit einer Auslegung im Lichte des EuGH-Urteils zu vereinbaren sind. Folglich müssen mindestens mehrere Unternehmen (in der Regel mindestens drei) zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden (siehe hierzu im Detail auch die nachfolgenden Punkte).

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- Ob von dem EuGH-Urteil auch bereits beschaffungstechnisch abgeschlossene Altfälle betroffen sind ist derzeit in der juristischen Fachwelt und in der Rechtsprechung der bundesdeutschen Obergerichte umstritten.

  Sehr große Teile der Fachliteratur und beispielsweise die OLG´s Celle, Düsseldorf und Schleswig-Holstein gehen auch von einer Rückwirkung des Urteils auf Altverträge aus, verneinen insofern beispielsweise eine Geltung der Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI oder halten Nachforderungen auf der Basis der Mindestsätze für gem. § 242 BGB treuwidrig.

✓ Zwischenzeitlich ist mit Wirkung zum 1. Januar 2021 eine reformierte Fassung der HOAI in Kraft getreten, welche die Vorgaben des EuGH-Urteils umsetzt.

Von Bedeutung ist dabei insbesondere, dass die nach wie vor geregelten Honorarsätze nicht mehr verbindlich sind, sondern eine Art Orientierung darstellen.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

3. Vorgehensweise nach LHO

Soweit also nicht das NTVergG inkl. der dortigen Verweise auf die UVgO und die VOB/A 2019 gilt, haben Öffentliche Auftraggeber bei Beschaffungen ihre jeweilige Haushaltsordnung zu beachten.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit stelle ich die Vorgehensweise nachstehend am Beispiel der LHO dar.

3.1. Ein wichtiger Hinweis vorweg

Im Zuge der Reform des Landesvergaberecht ist nicht nur das NTVergG reformiert worden, sondern auch der § 55 der LHO hat eine neue Fassung erhalten, die auf der vorstehenden Seite abgedruckt ist.

Die Anpassung der VV zu § 55 LHO ist jedoch erst Ende 2020 mit Wirkung ab Januar 2021 erfolgt. Insofern wird nachfolgend zwischen der Rechtslage bis Dezember 2020 und ab Januar 2021 differenziert.

3.2. Rechtslage bis Dezember 2020

Der § 55 der LHO und die dazugehörige VV gehen im Regelfall der Beschaffungen davon aus, dass eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb durchzuführen ist.

Ausnahmefälle von der Regel können aufgrund der Natur des Geschäfts oder durch besondere Umstände der Beschaffung gerechtfertigt sein.

Nahezu die gesamte juristische Fachliteratur und Rechtsprechung geht davon aus, dass bei freiberuflichen Leistungen (fast) ausnahmslos die Ausnahmefälle der Natur des Geschäfts oder der besonderen Umstände der Beschaffung greifen.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Zur Erfüllung der haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist die Durchführung einer Art Freihändigen Vergabe in Form der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots gegenüber in der Regel mehreren (in der Regel mindestens drei) Unternehmen erforderlich. Wie im Rahmen des Exkurses zum HOAI-Urteil des EuGH dargestellt, gilt dies auch bei HOAI-Leistungen.

Die VV zu § 55 LHO sah in der damaligen Fassung ferner weitere Ausnahmen für Sachverständigenleistungen vor, bei denen sogar eine Angebotsaufforderungen an nur ein Unternehmen ausreichend sein soll (siehe Anlage zur VV).

3.3. Rechtslage seit Januar 2021

Mit Wirkung zum 1. Januar 2021 hat das MF zwischenzeitlich auch die VV zu § 55 LHO reformiert und dort in Ziffer 2.2 spezifische Regelungen für die Beschaffung von freiberuflichen Leistungen bzw. für die Anwendung des insofern einschlägigen § 50 UVgO statuiert.

Hiernach gilt folgendes Schema:

- ✓ In der Regel müssen mehrere (mindestens drei) geeignete Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

- ✓ Es reicht die Aufforderung eines geeigneten Unternehmens, wenn der geschätzte Auftragswert 5.000 Euro bzw. 10.000 Euro bei Architekten- und Ingenieursleistungen nicht übersteigt. Gleiches gilt bei Leistungen, die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können.

Ferner gelten gem. Ziffer 3. der VV auch weiterhin besondere Regeln für die Vergabe von Sachverständigenleistungen.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

1. Einleitung

Der **Oberschwellen-Bereich** hat in Sachen eVergabe die Vorreiterrolle übernommen.

Seit Oktober 2018 sind dort grundsätzlich Beschaffungen im Wege der eVergabe durchzuführen. Die entsprechende Verpflichtung umfasst alle Phasen bzw. Schritte eines Beschaffungsvorgangs – neben der allgemeinen Kommunikation im Verfahren sind von der Auftragsbekanntmachung über die Bereitstellung der Vergabeunterlagen bis hin zur Einreichung der Angebote bzw. der Teilnahmeanträge alle Schritte elektronisch zu vollziehen.

Die einschlägigen Richtlinien der Europäischen Union bzw. die bundesdeutsche Umsetzung insbesondere durch das GWB, die VgV und die VOB/A Abschnitt 2 (VOB/A EU) legen dezidierte Verfahrensregeln fest, die durch EU-Verordnungen wie die CPV-Verordnung ergänzt werden.

Zudem stellt die Europäische Union mit dem pflichtig zu nutzenden TED-System (Tender Electronics Daily) eine einheitliche Plattform für Oberschwellen-Beschaffungen zur Verfügung.

Doch auch im **Unterschwellen-Bereich** der Bundesrepublik Deutschland halten die modernen Zeiten Einzug – allerdings mit dem typischen föderalen „Flickenteppich“ und diversen Sonderregelungen bzw. Ausnahmen einerseits und (noch nicht komplett gelösten) technischen Schwierigkeiten wie unterschiedliche Vergabeplattformen andererseits.

Wie in den vorstehenden Abschnitten mehrfach dargelegt, hat Niedersachsen im November 2019 mit Wirkung zum 1. Januar 2020 sein Landesvergaberecht (**LHO/KomHKVO und NTVergG**) reformiert und in diesem Rahmen als eines der letzten Bundesländer die UVgO als Ersatz für die VOL/A sowie die VOB/A 2019 eingeführt.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Im weiteren Verlauf dieses Exkurses lege ich Ihnen dar, dass hinsichtlich der eVergabe deutlich zwischen der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen nach UVgO einerseits und der Beschaffung von Bauleistungen nach VOB/A 2019 anderseits differenziert werden muss.

Im Beschaffungsbereich der **UVgO** gilt die eVergabe hinsichtlich aller Schritte eines Beschaffungsvorgangs grundsätzlich als pflichtig. Lediglich für die Einreichung von Angeboten und Teilnahmeanträgen sieht die § 17 Abs. 4 NTVergG eine Übergangsfrist bis Ende Juni 2020 vor, so dass eine komplette eVergabe erst ab dem 1. Juli 2020 durchzuführen ist (soweit nicht die bereits in der UVgO geregelten Ausnahmen hiervon zum Tragen kommen).

Im Beschaffungsbereich der **VOB/A 2019** besteht nach dem Gesamtkontext der Normen zwar der grundsätzliche Wunsch der Durchführung von eVergabe-Verfahren. Die abschließende Entscheidung darüber liegt allerdings in der Hand der Vergabestellen, so dass auch weiterhin „klassische“ Vergabeverfahren in Papierform durchgeführt werden dürfen.

In Bezug auf einige Punkte bestehen bzw. bestanden Übergangsregelungen bzw. Modifizierungen durch das NTVergG und/oder die NWertVO.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

2. Grundbegriffe zur eVergabe

2.1. Technik, Software, Hardware

Wenn Sie sich einen raschen Überblick über die technische Seite der eVergabe, über Software- und Hardware-Lösungen aus diesem Bereich verschaffen wollen, ist der entsprechende Wikipedia-Eintrag mit seinen Zahlreichen Verlinkungen eine gute Anlaufstelle.

Empfehlenswert ist darüber hinaus das Onlineangebot der Vergabeplattform des Bundes, welchen Sie unter der folgenden Internetadresse erreichen:

http://www.evergabe-online.info

2.2. Vergabeplattformen

Vergabeplattformen gibt es zwischenzeitlich wie Sand am Meer …

Erste Wahl ist aus meiner Sicht die vorstehend schon erwähnte Vergabeplattform des Bundes – nicht zuletzt, weil diese als Pflichtplattform beispielsweise in der UVgO benannt wird und eine dortige Veröffentlichung aus der Sicht der Europäischen Kommission die Transparenz-erfordernisse bei binnenmarktrelevanten Beschaffungen im Unterschwellenbereich erfüllen. Gleiches gilt für die Plattform des Landes Niedersachsen.

Der Bund stellt auf seiner kostenfreien Plattform darüber hinaus mehrere Software-Lösungen für Vergabestellen und Unternehmen zur Verfügung, mit denen sich alle (pflichtigen) Verfahrensschritte der eVergabe abwickeln lassen.

Beim Nutzen einer alternativen Plattform sollte auf jeden Fall darauf geachtet werden, dass diese eine Verlinkung zur Plattform des Bundes herstellt, dass also dort veröffentlichte Ausschreibungen automatisch auch auf der Bundesplattform angezeigt werden.

2.3. Formvorschriften im Bereich der eVergabe

Bei der bisherigen klassischen Vergabe in Papierform war stets die Schriftform vorausgesetzt.

Diese ist jedoch nur dann erfüllt, wenn eine handschriftliche Originalunterschrift vorliegt.

In der Praxis hat dies beispielsweise auch in Niedersachsen zu Fallkonstellationen geführt, dass die Angebote von Unternehmen aus formalen Gründen ausgeschlossen werden mussten, wenn beispielsweise Mindestlohnerklärungen nach NTVergG nur mit einer eingescannten Unterschrift versehen waren oder per Telefax übermittelt worden sind.

2.3.1. Regelfall der Textform nach § 126b BGB

Die eVergabe-Regelungen des aktuellen Vergaberechts lösen dieses Problem durch ein Statuieren des Regelfalls der Textform gem. § 126b BGB – die unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten allerdings auch ihre Tücken aufweist.

2.3.1.1. Die bürgerlich-rechtlichen Voraussetzungen der Textform

Die vertragsrechtlichen bzw. bürgerlich-rechtlichen Voraussetzungen an die Textform ergeben sich aus dem nachstehenden Auszug aus dem BGB:

> ***§ 126b BGB – Textform***
> *Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das*
> *1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und*
> *2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.*

Erfüllt werden diese Voraussetzungen beispielsweise durch ein Anschreiben auf Papier, durch eine E-Mail, durch ein pdf-Dokument im Anhang einer E-Mail oder durch ein Telefax.

Bei allen Varianten gilt, dass keine Unterschrift erforderlich ist. Ausreichend ist, dass die erklärende Person namentlich benannt wird, beispielsweise durch Angabe des Namens eines Menschen oder der Firma bei Kaufleuten. Auch wenn dies teilweise in Artikeln oder Internetforen behauptet wird, ist es zur Erfüllung der Textform nicht notwendig, dass eine einscannte Unterschrift vorhanden sein muss.

2.3.1.2. Die Tücken der zusätzlichen vergaberechtlichen Voraussetzungen

Die Tücken der zusätzlichen vergaberechtlichen Voraussetzungen an die Textform zeigen sich am deutlichsten in der UVgO und den dort enthalten Verweisen auf die VgV:

> ***§ 7 UVgO – Grundsätze der Kommunikation***
>
> *(1) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden der Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel) nach Maßgabe dieser Verfahrensordnung.*
>
> *(2) …*
>
> *(3) …*
>
> *(4) Die §§ 10 bis 12 der Vergabeverordnung gelten für die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel und deren Einsatz entsprechend.*

> ***§ 10 VgV – Anforderung an die verwendeten elektronischen Mittel***
>
> *(1) Der öffentliche Auftraggeber legt das erforderliche Sicherheitsniveau für die elektronischen Mittel fest. Elektronische Mittel, die von dem öffentlichen Auftraggeber für den Empfang von Angeboten, Teilnahmeanträgen und Interessensbestätigungen sowie von Plänen und Entwürfen für Planungswettbewerbe verwendet werden, müssen gewährleisten, dass*
>
> *1. die Uhrzeit und der Tag des Datenempfangs genau zu bestimmen sind,*
>
> *2. kein vorfristiger Zugriff auf die empfangenen Daten möglich ist,*
>
> *3. der Termin für den erstmaligen Zugriff auf die empfangenen Daten nur von den Berechtigten festgelegt oder geändert werden kann,*

4. nur die Berechtigten Zugriff auf die empfangenen Daten oder auf einen Teil derselben haben,

5. nur die Berechtigten nach dem festgesetzten Zeitpunkt Dritten Zugriff auf die empfangenen Daten oder auf einen Teil derselben einräumen dürfen,

6. empfangene Daten nicht an Unberechtigte übermittelt werden und

7. Verstöße oder versuchte Verstöße gegen die Anforderungen gemäß den Nummern 1 bis 6 eindeutig festgestellt werden können.

§ 11 VgV – Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren

(1) …

(2) Der öffentliche Auftraggeber verwendet für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten.

§ 38 UVgO – Form und Übermittlung der Teilnahmeanträge und Angebote

(1) …

(2) …

(3) Ab dem 1. Januar 2020 gibt der Auftraggeber vor, dass die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausschließlich mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 übermitteln. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation nach § 7.

Prüfen wir vor dem Hintergrund der vorstehenden Normen, ob die oben dargestellten Varianten die Voraussetzungen der Normen erfüllen:

- Das Anschreiben auf Papier, das sich in einem verschlossen Umschlag befindet, der im Vergabeverfahren auch erst nach Ablauf der Angebotsfrist geöffnet werden darf, erfüllt ganz wunderbar die Vorgaben zur Vertraulichkeit etc. – wurde aber nicht mittels elektronischer Mittel übermittelt.

- Die E-Mail oder das Telefax werden zwar elektronisch übermittelt, auf diese könnte aber problemlos direkt nach Eingang (also vor Fristablauf) zugegriffen werden. Nach Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Fachliteratur ändert sich daran auch nichts, wenn innerhalb einer Vergabestelle eine spezielle E-Mail-Adresse eingerichtet

wird und eine nicht am Vergabeverfahren beteiligte Person hierauf erst nach Ablauf der Angebotsfrist einen Zugriff gewährt. Denn zum einen hätte damit bei sehr strenger Betrachtung eine unberechtigte Person Zugriff auf Daten aus dem Vergabeverfahren. Zum anderen muss es technisch unmöglich sein, dass berechtigte Person vor Fristablauf Zugriff nehmen können, was hier nicht gewährleistet ist.

- Die E-Mail mit pdf-Anhang wäre theoretisch eine Möglichkeit, wenn das pdf vom sendenden Unternehmen verschlüsselt wurde und der Schlüssel erst nach Fristablauf übermittelt wird. Faktisch kann aber auch hier nicht ausgeschlossen werden, dass der Schlüssel bereits vor Fristablauf mitgeteilt wird.

Welche Lösung also erfüllt sowohl die Voraussetzung des BGB als auch die zusätzlichen vergaberechtlichen Voraussetzungen?

Wiederum nach Auffassung der herrschenden Meinung im Grunde nur die Abwicklung der eVergabe über eine Vergabeplattform. Denn bei dieser Variante garantiert der (unabhängige) Plattformbetreiber, dass eine Vergabestelle nicht vor Fristablauf einen Zugriff auf die von den Unternehmen dort eingestellten verschlüsselten Angebote erhält.

2.3.2. Ausnahmefälle der Signaturen und Siegel

Regel der eVergabe ist also die vorstehend dargestellte Textform. Nur in besonderen Ausnahmefällen, wenn wegen ihres Inhalts besonders hohe Anforderungen an die Sicherheit der Datenübermittlung gestellt werden müssen, darf eine Vergabestelle mehr als Textform verlangen, nämlich je nach Sicherheitsanforderungen

- eine fortgeschriebene elektronische Signatur bzw. ein fortgeschriebenes elektronisches Siegel
- oder eine qualifizierte elektronische Signatur bzw. ein qualifiziertes elektronisches Siegel.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

3. eVergabe gem. NTVergG und UVgO

Nachstehend stelle ich Ihnen im Rahmen eines Ablaufschemas die Punkte dar, die unter eVergabe-Gesichtspunkten von Vergabestellen bzw. bietenden Unternehmen bei Liefer- und Dienstleistungen gem. NTVergG und UVgO zu beachten sind.

Dieses Ablaufschema ergänzt das obige erste Ablaufschema.

3.1. Schema der eVergabe-Verpflichtungen gem. UVgO siehe insbesondere § 38 Abs. 1 bis 4 UVgO siehe ferner die Übergangsregelung in § 17 Abs. 4 NTVergG

- ✓ UVgO beinhaltet (seit dem 1. Januar 2020) grundsätzlich eine alle Beschaffungsschritte umfassende Verpflichtung zur eVergabe – dies ergibt sich aus dem Gesamtkontext der nachfolgend genauer betrachteten Normen

  Bedingt durch die Übergangsregelung des § 17 Abs. 4 NTVergG greift dieser Grundsatz in Niedersachsen erst seit dem 1. Juli 2020

- ✓ Ausnahmsweise müssen die eVergabe Regelungen gem. § 38 Abs. 4 UVgO nicht beachtet werden, wenn

  - ✓ der geschätzte Netto-Auftragswert bis 25.000 Euro beträgt

    ! Achtung !
    Diese Ausnahme greift nach Auffassung der Europäischen Kommission, des EuGH sowie der gängigen Rechtsprechung der bundesdeutschen Obergerichte nicht in den Fällen von binnenmarktrelevanten Beschaffungen – siehe zum Procedere im Detail die Binnenmarktrelevanz-Mitteilung der Europäischen Kommission

  - ✓ eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb bzw. eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird

- ✓ In den Ausnahmefällen gilt, dass eine Vergabestelle gleichwohl freiwillig eVergabe Vorgaben statuieren darf – Umkehrschluss: Unternehmen haben auf der Basis von § 38 Abs. 4 UVgO kein Recht, eine bestimmte Form der Kommunikation bzw. der Angebotsabgabe zu fordern

- ✓ Siehe ferner die besonderen Ausnahmesituationen gem. § 29 Abs. 2 und/oder § 38 Abs. 5 UVgO

3.2. Grundlegende Regelungen der UVgO zur eVergabe

- ✓ Siehe § 3 Abs. 2 UVgO – Daten-Integrität und Grundsatz der Vertraulichkeit

- ✓ Siehe § 7 UVgO – Grundsätze der Kommunikation

- ✓ Siehe aus § 7 UVgO den Verweis auf die analog anzuwendenden Regelungen der §§ 10 bis 12 VgV

  - ✓ Statuierung von Anforderungen an die verwendeten elektronischer Mittel gem. § 10 Abs. 1 sowie Verweis auf hierbei geltenden Sicherheitsstandards in der Bundesrepublik Deutschland in § 10 Abs. 2 VgV

  - ✓ Statuierung von Anforderung an den Einsatz dieser elektronischen Mittel (allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend, barrierefrei etc.)

  - ✓ siehe ferner auch schon die Ausführungen oben zur Textform

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

3.3. Auftragsbekanntmachung durch die Vergabestelle siehe §§ 27, 28 UVgO – siehe ferner § 29 Abs. 3 UVgO

- ✓ Pflicht zur Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung auf der (eigenen) Internetseite oder auf Internetportalen (Vergabeportalen) inkl. Verpflichtung zur Such-Verknüpfung zur Vergabeplattform des Bundes (www.bund.de)

- ✓ inkl. Angabe einer elektronischen Adresse für den Abruf der Vergabeunterlagen – diese dürfen auch schon direkt auf dem genutzten Internetportal zum Download eingestellt werden

- ✓ ! Achtung !
  Zugang zur Auftragsbekanntmachung darf nicht von einer vorherigen Pflicht-Registrierung der Unternehmen abhängig gemacht werden (§ 7 Abs. 3 Satz 2 UVgO)

3.4. Bereitstellung der Vergabeunterlagen durch die Vergabestelle siehe § 29 UVgO

- ✓ Regelfall der Bereitstellung der Vergabeunterlagen via einer elektronischen Adresse (§ 29 Abs. 1 UVgO)

  unentgeltlich,
  uneingeschränkt (ebenfalls keine Pflicht zur Registrierung gestattet)
  vollständig
  direkt abrufbar (downloadbar)

- ✓ Siehe zu Ausnahmen die besonderen Situationen gem. § 29 Abs. 2 UVgO

3.5. Umgang mit Bieterfragen und ggf. daraus resultierender Fristverlängerungen bzw. geänderter Vergabeunterlagen

- ✓ Entsprechende Kommunikation mit fragenden Unternehmen erfolgt ebenfalls mit elektronischen Mitteln

- ✓ Antworten, etwaige Fristverlängerungen oder geänderte Vergabeunterlagen sind allen (potenziellen) Interessen via Internetplattform bereit zu stellen

- ✓ Vor dem Hintergrund des Verbots einer Registrierungspflicht (siehe schon § 7 Abs. 3 Satz 2 UVgO) gilt laut Fachliteratur folgendes:

  - ✓ Bei nicht erfolgter freiwilliger Registrierung der Unternehmen haben diese eine Holschuld

  - ✓ Bei erfolgter freiwilliger Registrierung der Unternehmen hat die Vergabestelle eine Bringschuld – Hinweis: Vergabeplattform des Bundes informiert Unternehmen automatisch über seitens der Vergabestelle eingestellte Veränderungen

3.6. Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen durch Unternehmen siehe § 38 UVgO siehe ferner Regelungen zu den besonderen Erklärungen nach NTVergG sowie § 17 Abs. 4 NTVergG

- ✓ Regelungen des § 38 Abs. 1 und UVgO zu den eVergabe Alternativen (insbesondere Postweg) sind vor dem Hintergrund der Fristenregelung des § 38 Abs. 3 UVgO im Grunde nur noch in den oben dargestellten Ausnahmefällen von Bedeutung

- ✓ Gem. § 17. Abs. 4 NTVergG gelten die Fristenregelungen des § 38 Abs. 2 und 3 UVgO nicht für Beschaffungsverfahren bis Ende Juni 2020 – ergo gilt eine komplette grundsätzliche eVergabe Pflicht inkl. Angebotsübermittlung erst seit dem 1. Juli 2020

- ✓ Form für die Einreichung der besonderen Erklärungen nach NTVergG (Mindestlohn- , Nachunternehmer- und ILO-Erklärungen) folgt durch die Streichung der Schriftform im reformierten NTVergG nunmehr der jeweiligen Form der UVgO, in der Regel also Textform mittels elektronischer Mittel

  Ergo ist keine Unterschrift mehr erforderlich (auch wenn beispielsweise das zum Januar 2020 aktualisierte Mindestlohn-Formular noch ein Unterschriften-Feld beinhaltet …)

- ✓ Siehe zu den Formvorschriften sowie zu den Ausnahmefällen von der eVergabe auch schon die Ausführungen weiter oben

3.7. Aufbewahrung ungeöffneter Angebote und Teilnahmeanträge durch die Vergabestelle – Öffnungstermin siehe §§ 39, 40 UVgO UVgO

- ✓ Kennzeichnungspflicht und Pflicht zur verschlüsselten Speicherung

- ✓ Kenntnisnahme vom Inhalt ist erst im Rahmen des Öffnungstermins nach Ablauf der Angebotsfrist gestattet

- ✓ ! Grundsätzlicher Hinweis !
  Unabhängig von der Frage ob eVergabe zum Tragen kommt oder nicht gelten die betreffenden Regelungen der §§ 39 und 40 UVgO auch für die Verhandlungs-vergabe (mit und ohne Teilnahmewettbewerb)
  Im Gegensatz zur bisherigen Freihändigen Vergabe nach VOL/A gelten damit in der UVgO für alle Verfahrensarten die Regelungen zu den Förmlichkeiten

3.8. eVergabe Bezüge in der Prüfungs- und Wertungsphase siehe §§ 41 bis 44 UVgO

- ✓ Im Fall des Nachforderns von Unterlagen gem. § 41 UVgO kommen im Regelfall selbstverständlich auch die Kommunikationsregelungen des § 7 UVgO zur Anwendung

- ✓ Gem. § 42 UVgO führen Verstöße gegen die Formvorschriften des § 38 UVgO zum Ausschluss des Angebots – dies gilt insbesondere, wenn ein Angebot nicht verschlüsselt ist

3.9. eVergabe Bezüge im Zusammenhang mit Zuschlag und Informationspflichten siehe § 46 UVgO sowie § 30 UVgO siehe § 16 NTVergG

- ✓ Hinsichtlich der Zuschlagserteilung und der Informationspflichten gegenüber Unternehmen, deren Angebot ausgeschlossen wurde bzw. die unterlegen sind (siehe § 16 Abs. 1 NTVergG sowie ergänzend § 46 UVgO), kommen im Regelfall selbstverständlich auch die Kommunikationsregelungen des § 7 UVgO zur Anwendung

- ✓ Keine tatsächliche neue eVergabe Regelung bildet der § 30 UVgO mit seiner internetgestützten ex-post Transparenz bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb sowie bei Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

4. eVergabe gem. NTVergG und VOB/A 2019

Nachstehend stelle ich Ihnen im Rahmen eines Ablaufschemas die Punkte dar, die unter eVergabe-Gesichtspunkten von Vergabestellen bzw. bietenden Unternehmen bei Bauleistungen gem. NTVergG und VOB/A 2019 zu beachten sind.

Der Ansatz ist im Kern ähnlich, allerdings weist die VOB/A 2019 im Vergleich zur UVgO im Bereich der eVergabe einige wesentliche Abweichungen auf, die insbesondere die Frage der Pflicht zur regelmäßigen Pflicht zur eVergabe betreffen.

Dieses Ablaufschema ergänzt das obige erste Ablaufschema.

4.1. Schema der eVergabe-Verpflichtungen gem. VOB/A siehe insbesondere die §§ 11 und 13 VOB/A 2019

- ✓ Die Diskussionen im mehrfachen Anpassen und Veränderung der VOB/A in den vergangenen drei Jahren (Wechsel von der VOB/A 2012 auf die zwei Versionen der VOB/A 2016 bis jetzt zur nunmehr auch in Niedersachsen gelten VOB/A 2019) haben erkennen lassen, dass grundsätzlich auch im Unterschwellen-Bereich bei der Beschaffung von Bauleistungen auf eVergabe gesetzt werden soll.

  Die gleichen Diskussionen ließen jedoch auch erkennen, dass aus unterschiedlichen Gründen Probleme bei der Durchsetzung befürchtet worden sind, insbesondere was die Akzeptanz bei den bietenden Unternehmen anbelangt.

- ✓ Vor diesem Hintergrund sieht auch die VOB/A 2019 im Unterschwellen-Bereich im Gegensatz zur UVgO keine grundsätzliche Pflicht zur eVergabe mit Ausnahmen vor, sondern gestattet es den Vergabestellen festzulegen, wie im Beschaffungsverfahren kommuniziert wird bzw. wie Angebote und Teilnahmeanträge einzureichen sind.

Dieses Wahl- Bestimmungsrecht liegt allein im Ermessen der Vergabestelle. Unternehmen haben nicht das Recht, eine bestimmte Form oder ein bestimmtes Procedere auf der Basis der VOB/A 2010 einzufordern.

Pflichtige eVergabe Regelungen, von denen auch eine Vergabestelle nicht abweichen darf, nur es nur sehr wenige, auf die ich unter den nachstehenden Punkten gesondert hinweise.

✓ ! Achtung !

In binnenmarktrelevanten Fällen sind auf jeden Fall die internetbasierten Transparenzregeln der der Europäischen Kommission bzw. des EuGH sowie der gängigen Rechtsprechung der bundesdeutschen Obergerichte zu beachten - siehe zum Procedere im Detail die Binnenmarktrelevanz-Mitteilung der Europäischen Kommission

4.2. Grundlegende Regelungen der VOB/A 2019 zur eVergabe siehe §§ 11, 11a VOB/A 2019

✓ Die Regelung des § 11 VOB/A 2019 statuiert einen Mix aus dem vorstehend bereits erwähnten Wahlrecht der Vergabestelle und pflichtigen eVergabe Vorgaben

Entscheidet sich eine Vergabestelle für eVergabe bzw. unterliegt das Verfahren pflichtig der eVergabe, greifen die Abs. 2 bis 6 des § 11 sowie der § 11a VOB/A, der Anforderungen an die elektronischen Mittel festlegt – siehe zu diesen Anforderungen bereits die obigen Darstellungen zur UVgO

Besonderheit:
Soweit besondere, nicht allgemein zugängliche elektronische Mittel, seitens der Vergabestelle verlangt werden, kann sie auch dies fordern, wenn sie die betreffenden Mittel während des Vergabeverfahrens unentgeltlich etc. zur Verfügung stellt (siehe § 11a Abs. 6 VOB/A)

- ✓ Wahlrecht der Vergabestelle:

  Festlegung, wie die Kommunikation im Vergabeverfahren erfolgen soll – dabei Möglichkeit der Statuierung von elektronischer Kommunikation

  siehe § 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 VOB/A 2019

- ✓ Pflicht zur eVergabe:

  Verpflichtung zur elektronischen Bereitstellung der Vergabeunterlagen

  Damit einhergehend Verpflichtung zur Angabe einer elektronischen Adresse, unter welche die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können – siehe hierzu auch schon die entsprechenden Ausführungen zur UVgO

  Auch bei Bauleistungen ist keine Pflichtregistrierung gestattet

  siehe § 11 Abs. 2 und 3 sowie § 11 Abs. 6 und 7 VOB/A 2019

- ✓ Eingeschränktes Wahlrecht der Vergabestelle:

  Hat die Vergabestelle sich für eVergabe hinsichtlich der Einreichung der Angebote und Teilnahmeanträge entschieden, gilt hinsichtlich der Form ein ähnliches Procedere wie im Fall der UVgO:

  - ✓ Grundsätzlich Textform inkl. Übermittlung via elektronischer Mittel
  - ✓ Ausnahmsweise soweit aufgrund der übermittelten Daten eine höhere Sicherheit erforderlich ist (= Prüfpflicht der Vergabestelle) fortgeschrittene elektronische Signatur etc.

  siehe § 11 Abs. 4 und 5 VOB/A 2019

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

4.3. Auftragsbekanntmachung durch die Vergabestelle siehe §12 VOB/A 2019

- ✓ Wahlmöglichkeit der Vergabestelle (Printmedien oder Internetportale) – dabei Möglichkeit, aber keine Pflicht zur Veröffentlichung auf der Vergabeplattform des Bundes (www.bund.de)

- ✓ Inhalt der Auftragsbekanntmachung ist davon abhängig, ob die Vergabestelle sich für eVergabe entscheiden hat (siehe oben aufgeführte Wahlmöglichkeiten sowie im Weiteren die dargestellten Pflichtregelungen zur eVergabe)

- ✓ ! Achtung !
  Zugang zur Auftragsbekanntmachung darf bei eVergabe nicht von einer vorherigen Pflicht-Registrierung der Unternehmen abhängig gemacht werden (siehe schon oben)

4.4. Bereitstellung der Vergabeunterlagen durch die Vergabestelle siehe § 11 VOB/A 2019

- ✓ Regelfall der Bereitstellungspflicht der Vergabeunterlagen via einer elektronischen Adresse (§ 11 Abs. 2 und 3 VOB/A 2019)

4.5. Umgang mit Bieterfragen und ggf. daraus resultierender Fristverlängerungen bzw. geänderter Vergabeunterlagen

- ✓ Entsprechende Kommunikation mit fragenden Unternehmen erfolgt ebenfalls mit elektronischen Mitteln, wenn sich die Vergabestelle gemäß ihres oben dargestellten Wahlrechts für elektronische Kommunikation entscheiden hat

- ✓ Antworten, etwaige Fristverlängerungen oder geänderte Vergabeunterlagen sind allen (potenziellen) Interessen via Internetplattform bereit zu stellen

- ✓ Vor dem Hintergrund des Verbots einer Registrierungspflicht (siehe schon § 11 Abs. 6 und 7 VOB/A 2019) gilt laut Fachliteratur wie bei der UVgO folgendes:

  - ✓ Bei nicht erfolgter freiwilliger Registrierung der Unternehmen haben diese eine Holschuld

  - ✓ Bei erfolgter freiwilliger Registrierung der Unternehmen hat die Vergabestelle eine Bringschuld – Hinweis: Vergabeplattform des Bundes informiert Unternehmen automatisch über seitens der Vergabestelle eingestellte Veränderungen

4.6. Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen durch Unternehmen siehe § 13 VOB/A 2019 sowie § 11 VOB/A 2019 siehe ferner Regelungen zu den besonderen Erklärungen nach NTVergG

- ✓ Wahlrecht der Vergabestelle zur Form der Einreichung der Angebot und Teilnahmeanträge – bei Entscheidung für eVergabe sind die hierfür geltenden Regelungen (Verschlüsselung etc. zu beachten)

- ✓ Form für die Einreichung der besonderen Erklärungen nach NTVergG (Mindestlohn, Nachunternehmer- und ILO-Erklärungen) folgt durch die Streichung der Schriftform im reformierten NTVergG nunmehr der jeweiligen Formvorgabe der Vergabestelle, bei eVergabe also in der Regel Textform mittels elektronischer Mittel

  Ergo ist keine Unterschrift mehr erforderlich (auch wenn beispielsweise das zum Januar 2020 aktualisierte Mindestlohn-Formular noch ein Unterschriften-Feld beinhaltet …)

4.7. Aufbewahrung ungeöffneter Angebote und Teilnahmeanträge durch die Vergabestelle – Öffnungstermin siehe §§ 11, 11a, 13 und 14 VOB/A 2019

- ✓ Kennzeichnungspflicht und Pflicht zur verschlüsselten Speicherung
- ✓ Kenntnisnahme vom Inhalt ist erst im Rahmen des Öffnungstermins nach Ablauf der Angebotsfrist gestattet
- ✓ Regelung eines besonderen Öffnungstermins bei eVergabe in § 14 VOB/A 2019 – dieser findet ohne Unternehmen oder Bevollmächtigte statt, denen aber die Ergebnisse des Öffnungstermins elektronisch zur Verfügung zu stellen sind und die des Weiteren das Recht auf Einsichtnahme in das Protokoll des Termins haben

4.8. eVergabe Bezüge in der Prüfungs- und Wertungsphase siehe §§ 16 bis 16d VOB/A 2019

- ✓ Im Fall des Nachforderns von Unterlagen gem. § 16a VOB/A 2019 kommen im Fall der Wahl der Vergabestelle für elektronische Kommunikation selbstverständlich auch die entsprechenden Kommunikationsregelungen zur Anwendung
- ✓ Gem. § 16 VOB/A 2019 führen Verstöße gegen die Formvorschriften auch bei eVergabe zum Ausschluss des Angebots – dies gilt insbesondere, wenn ein Angebot nicht verschlüsselt ist

4.9. eVergabe Bezüge im Zusammenhang mit Zuschlag und Informationspflichten siehe §§ 18 und 19 sowie § 20 VOB/A 2019 siehe § 16 NTVergG

- ✓ Hinsichtlich der Zuschlagserteilung und der Informationspflichten gegenüber Unternehmen, deren Angebot ausgeschlossen wurde bzw. die unterlegen sind kommen bei einer entsprechenden Wahlentscheidung der Vergabestelle selbstverständlich auch die Kommunikationsregelungen für die elektronische Kommunikation zur Anwendung – zu berücksichtigen sind dabei auch die Informationspflichten nach § 16 Abs. 1 NTVergG, die weiter gehen als die des § 19 VOB/A 2019

- ✓ ! Achtung !

  Unabhängig von eVergabe Verpflichtungen kommt in Niedersachsen durch den neu eingeführten § 16 Abs. 2 NTVergG nunmehr eine Wartefrist von 15 Kalendertagen zum Tragen.

  Diese verkürzt sich bei elektronischer Kommunikation auf zehn Kalendertage.

  Die Wartefrist ist von den Vergabestellen unbedingt im Rahmen einer hinreichend langen Zuschlags- und Bindefrist zu berücksichtigen.

- ✓ Keine tatsächliche neue eVergabe Regelung bildet der § 20 Abs. 3 VOB/A 2019 mit seiner primär internetgestützten ex-post Transparenz bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb sowie bei Freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb

  Gleiches gilt für die ex-ante Transparenz gem. § 20 Abs. 4 VOB/A 2019 in Bezug auf beabsichtigte Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb bei Nutzung der Wertgrenzenvorschriften des § 3a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A 2019

Hauptteil 4: Ablaufschemata wettbewerbliche Auflagen und Nebenbestimmungen für Privatpersonen

- ✓ **Bemühen um oder Einholung von Angeboten**
- ✓ **Direktbeauftragung unter Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**

Wie eine Erholung wird es Ihnen nach diesem langen und harten Marsch durch das Vergaberecht vorkommen, wenn in Ihrem Zuwendungsbescheid lediglich die Verpflichtung zur Durchführung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens in Form der Einholung von Angeboten verankert ist.

Doch so ganz ohne die Beachtung von vergaberechtlichen bzw. wettbewerblichen Verhaltensweisen geht es auch hier nicht zu – die entsprechende Auflage kann man insofern als „Vergaberecht light“ bezeichnen.

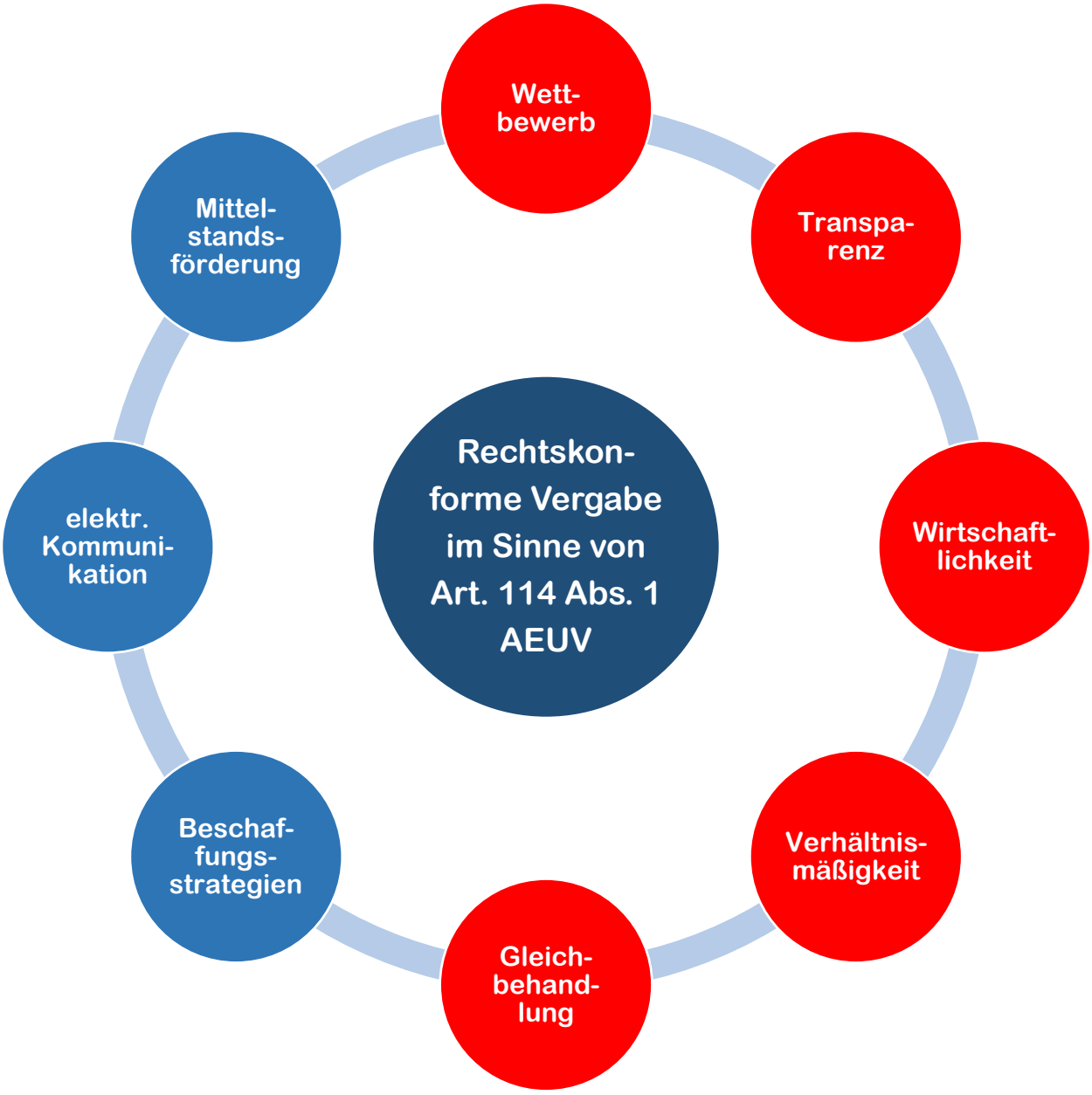
Ihre konkret zu unternehmenden Schritte sind dabei im Wesentlichen von der konkreten Auflage in Ihrem Zuwendungsbescheid bzw. von ANBest- bzw. BNBest-Regelungen abhängig, so dass ich Sie hier in erster Linie auf deren Inhalte verweise.

Hier wird Ihnen dargelegt, ob Sie eine bestimmte Zahl von Angeboten einholen müssen oder ob das Bemühen darum ausreicht, dass Sie sich an geeignete Unternehmen wenden müssen, dass der Preis allein nicht das ausschlaggebende Entscheidungskriterium sein soll etc.

Zum Teil geben die Bewilligungsbehörden für diese Variante auch sehr konkrete Hinweise bzw. Vorgaben in den Zuwendungsbescheiden, stellen (obligatorisch oder fakultativ zu verwendende) Formulare zur Verfügung, geben Merkblätter oder Handbücher für private Zuwendungsempfänger heraus etc. Musterhaft sind hier beispielsweise die Unterlagen des Landes Sachsen-Anhalt.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Allgemeine wettbewerbliche Grundsätze



© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Die vorstehenden Grundsätze sind in jedem Vergabeverfahren (unabhängig von der Höhe des Auftragswertes – und damit von der Frage der Über- oder Unterschreitung der dargestellten EU-Schwellenwerte) zu berücksichtigen.

Sie resultieren direkt aus dem Art. 114 Abs. 1 des AEUV, der quasi eine Art verfassungsrechtliche Wirkung besitzt.

Die Umsetzung dieser Grundsätze ist in der Bundesrepublik Deutschland durch die Regelung des § 97 GWB erfolgt. Ergänzung bzw. detaillierte Anwendungsvorgaben finden diese Grundsätze (für den Bereich des Unterschwellen-Vergaberechts) darüber hinaus in den landesvergaberechtlichen Normen sowie in der VOB, der VOL bzw. der UVgO.

Die wesentlichen Kerngedanken (rot markierte Felder) wie Wettbewerb, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit etc. spielen darüber hinaus auch in allen sonstigen wettbewerblichen Auswahlverfahren – so auch in Ihrer Auflage im Zuwendungsbescheid – eine Rolle, sind also bei der Angebotseinholung entsprechend zu berücksichtigen.

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Konkrete Arbeitsschritte

In Ergänzung bzw. in Ausfüllung der vorstehenden allgemeinen wettbewerblichen Grundsätze müssen Sie – unter Beachtung der speziellen Vorgaben Ihres Bundeslandes bzw. Ihres konkreten Zuwendungsbescheides – die folgenden Schritte umsetzen

1. Dokumentation des wettbewerblichen Auswahlverfahrens

- ✓ Hierbei je nach Bundesland unter Nutzung von zur Verfügung gestellter Formulare

2. Auswahl geeigneter Unternehmer

- ✓ Siehe zum Begriff der Eignung die obigen Ausführungen zu den förmlichen Vergabeverfahren

3. Übersendung von Angebotsaufforderung

- ✓ Diskriminierungsfrei (ähnlich bzw. in Anlehnung an die oben im Rahmen der förmlichen Vergabeverfahren dargestellten Leistungsbeschreibungen)
- ✓ inkl. Nennung von Auswahlkriterien (ähnlich bzw. in Anlehnung an die oben im Rahmen der förmlichen Vergabeverfahren dargestellten Zuschlagskriterien)
- ✓ siehe zu etwaigen Formalien (Brief, Mail, Telefon etc.) den Inhalt Ihres Zuwendungsbescheides

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

4. Auswertung des Rücklaufs

- ✓ Hierbei Beachtung des konkreten Wortlauts Ihrer zuwendungsrechtlichen Auflage: muss eine bestimmte Anzahl an Angeboten vorliegen oder mussten Sie lediglich eine bestimmte Anzahl geeigneter Unternehmen kontaktieren?

5. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

- ✓ Unter Beachtung der von Ihnen festgelegten und den Unternehmen mitgeteilten Kriterien

- ✓ Siehe zum Wirtschaftlichkeitsbegriff auch schon die obigen Ausführungen zu den förmlichen Vergabeverfahren – der Preis allein ist nicht entscheidend

6. Vertragsabschluss

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

Für unser Wanderwege-Projekt wird (wegen des finanziellen Umfangs) die dritte Variante „Haushaltsrecht-Lösung“ in vielen Bundesländern eher nicht in Betracht kommen. Der Vollständigkeit halber soll aber auch diese hier dargestellt werden.

Soweit es den hiernach zu zeigenden wirtschaftlichen und sparsamen Umgangs mit den erteilten Fördermitteln anbelangt, sind auch hier Ihre Schritte im Wesentlichen von der konkreten Auflage in Ihrem Zuwendungsbescheid abhängig, so dass ich Sie hier in erster Linie auf dessen Inhalte verweise.

Zum Teil geben die Bewilligungsbehörden für diese Variante auch sehr konkrete Hinweise bzw. Vorgaben in den Zuwendungsbescheiden, stellen (obligatorisch oder fakultativ zu verwendende) Formulare zur Verfügung, geben Merkblätter oder Handbücher für private Zuwendungsempfänger heraus etc.

Unabhängig von dieser speziellen Situation Ihres Bundeslandes bzw. Ihres konkreten Zuwendungsbescheides sind im Rahmen dieser Variante die folgenden Schritte zu gehen:

✓ **Dokumentation des wettbewerblichen Auswahlverfahrens**

✓ **Auswahl geeigneter Angebote**

- Mittels formloser Preisvergleiche, Internetrecherchen o.ä.

✓ **Auswertung**

- Hierbei Beachtung des konkreten Wortlauts Ihrer zuwendungsrechtlichen Auflage: muss eine bestimmte Anzahl an Vergleichsangeboten vorliegen?

- In der Regel geht man von drei Vergleichsangeboten aus

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft

- ✓ **Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots unter Beachtung des Sparsamkeits-Grundsatzes**

  - Siehe zum Wirtschaftlichkeitsbegriff auch schon die obigen Ausführungen zu den förmlichen Vergabeverfahren – der Preis allein ist nicht entscheidend

  - Vor dem Hintergrund des Sparsamkeits-Grundsatzes ist hier die etwaige Auswahl eines teureren Angebots gesondert zu rechtfertigen (via höherer Qualität o.ä.)

- ✓ **Vertragsabschluss**

© Frank Wolter
TEAM 3 Telkamp, Wolter & Telkamp Unternehmensberater-Partnerschaft