

Leitfaden für Vergaben im sog. „Unterschwellenbereich“

1. Vom Auftragswert erfasste Vergaben

Für eine verbindliche europaweite Vergabe gelten – derzeit (seit 01.01.2018) – folgende Schwellenwerte (jeweils ohne Umsatzsteuer), § 106 GWB (wird alle 2 Jahre neu festgelegt):

- für Bauaufträge: 5,548 Millionen €,
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 221.000,00 €.

Maßgeblich für die Anwendung des zutreffenden Vergaberechts ist die Schätzung des Auftragswerts, § 3 VgV (§ 1 Abs. 1 S. 2 ThürVgG). Wurde diese korrekt vorgenommen und hat beispielsweise als voraussichtlichen Auftragswert 215.000,00 € für einen Lieferauftrag ergeben, muss keine europaweite Vergabe erfolgen. Die Anwendung des so genannten „Unterschwellenvergaberechts“ bei dem Beschaffungsvorgang ist auch dann richtig, wenn das günstigste Angebot im Beispiel 222.000,00 € beträgt. Es muss dann nach Öffnung der Angebote keine Aufhebung des Vergabeverfahrens und keine neue – europaweite – Ausschreibung erfolgen. Das Vergabeverfahren kann vielmehr nach den für den Unterschwellenbereich geltenden Vorschriften fortgesetzt bzw. abgeschlossen werden.

Bei sog. „Oberschwellenwertvergaben“ sollte eine individuelle Beratung in Anspruch genommen werden.

2. Maßgebliches Vergaberecht in Thüringen/Sachsen (Übersicht „Unterschwellenvergaben“)

Sodann ist zu prüfen, welches Vergaberecht des maßgeblichen Bundeslandes zur Anwendung kommen muss. Der Adressat des maßgeblichen Vergaberechts ist materiell-wirtschaftlich zu bestimmen. Entscheidend ist, wer die Chancen und Risiken des im Rahmen des Beschaffungsvorhabens abgeschlossenen Vertrages endgültig tragen soll (Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 98, Rn. 105). Es muss geprüft werden, ob Ihr Unternehmen ausschließlich oder zumindest primär oder überwiegend im Interesse Ihres Gesellschafters, der AOK mit Sitz in Sachsen, aufgetreten ist. Dabei spielt eine Rolle, ob eine finanzielle Erstattung stattfindet bzw. ob Ihr Unternehmen für die Durchführung des jeweiligen Beschaffungsvorgangs Vorgaben von Ihrem Gesellschafter erhält (Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 98, Rn. 109). Je nachdem, ob der Beschaffungsvorgang materiell-wirtschaftlich eher demjenigen öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen ist, der seinen Sitz in Sachsen hat oder demjenigen mit Sitz in Thüringen, gilt sächsisches oder thüringisches Landesvergaberecht. Maßgeblich auch für die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanz, der Vergabekammer, ist, in welchem Bundesland der Auftraggeber seinen Sitz hat (Ohlerich in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 159, Rn. 24).

Siehe zum besseren Verständnis des nachstehenden Textes die Übersicht „Unterschwellenvergaben“!

a) Rechtslage in Thüringen

Bei fehlerhafter Rechtsanwendung haben die Bieter die Möglichkeit, ein rechtsfehlerfreies Vergabeverfahren zu erzwingen, und zwar nach dem Thüringer Landesvergabegesetz durch ein sogenanntes „Beanstandungsverfahren“ gemäß § 19 Abs. 2 ThürVgG, bei folgenden Beschaffungen:

- Bauaufträge ab einem Gesamtauftragswert von 150.000,00 € ohne Umsatzsteuer,
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge ab einem Auftragswert von 50.000,00 € ohne Umsatzsteuer,

§ 19 Abs. 4 ThürVgG.

Bei der Laurat Grundstücks- und Verwaltungs- GmbH, die die Erbringung von Leistungen des operativen Immobilienmanagements für den Gesellschafter, die AOK Plus – Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen –, zum Gegenstand hat, dürfte es sich um einen "öffentlichen Auftraggeber" im Sinne der §§ 2 Abs. 3 ThürVgG, 99 Nr. 2 GWB i.V.m. Nr. 2.3 (3) der Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge (ThürVVöA) vom 16.09.2014 (Thüringer StAnz Nr. 41/2014 vom 13.10.2014, S. 1299) handeln, so dass der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts auch im Unterschwellenbereich eröffnet ist. Bei der Gesellschafterin, einer Krankenkasse, handelt es sich jedenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber (Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, § 99, Rn. 235; Weyand, IBR-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14.09.2015, § 98 GWB, Rn. 72). Bei immobilienbezogenen Aktivitäten gemischtwirtschaftlicher Unternehmen wird die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts nicht einheitlich beantwortet und maßgeblich auf die Nichtgewerblichkeit abgestellt (vgl.: Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, § 99, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). Ihr Unternehmen verfolgt nach der Begriffsdefinition des EuGH im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art (Eschenbruch, a.a.O., Rn. 75). Insofern ist davon auszugehen, dass auch die Erbringung von Leistungen des operativen Immobilienmanagements für eine Krankenkasse den persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet.

Das Vergaberecht findet daher grundsätzlich auf jeden Beschaffungsvorgang Anwendung, sofern nicht im Vergaberecht eine Ausnahmenvorschrift, wie etwa die so genannten „Bagatellklauseln“ in §§ 3 a Abs. 4 S. 2 VOB/A, 3 Abs. 6 VOL/A, etwas anderes bestimmt. Nach den genannten Vorschriften können beispielsweise Bauleistungen bis zu einem Auftragswert von 10.000,00 € ohne Umsatzsteuer im Wege der freihändigen Vergabe, also ohne förmliches Vergabeverfahren (§ 3 Abs. 3 VOB/A) und Liefer- und Dienstleistungen bis zu einem Auftragswert von 500,00 € ohne Umsatzsteuer im Wege der Direktvergabe (Direktkauf) beschafft werden. Es gilt weiterhin das Landesvergabegesetz.

Das Thüringer Landesvergabegesetz wiederum schreibt eine Anwendung

- der VOB/A bei der Vergabe von Bauleistungen erst ab einem Auftragswert von 50.000,00 € ohne Umsatzsteuer,
- der VOL/A bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen erst ab einem Auftragswert von 20.000,00 € ohne Umsatzsteuer

vor, § 1 ThürVgG.

Das ThürVgG „überlagert“ insoweit die Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen bzw. definiert deren Anwendungsbereich.

Es besteht demnach die Möglichkeit, Liefer- und Dienstleistungen bis zu einem Auftragswert von 20.000,00 € (Nr. 1.2.2.2 ThürVVöA) und Bauleistungen bis zu einem Wert von 50.000,00 € (Nr. 1.2.2.1 ThürVVöA) freihändig vergeben zu können.

Bei der freihändigen Vergabe handelt es sich um ein nicht formalisiertes Verfahren. Insbesondere handelt es sich nicht um eine „Ausschreibung“, so dass die für Ausschreibungen geltenden Normen der VOB/A und VOL/A bei der freihändigen Vergabe nicht anwendbar sind (Haak/Preißinger in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht Kompaktcommentar, 3. Aufl., § 3 VOB/A, Rn. 18). Dennoch sind bei einer freihändigen Vergabe gewisse Mindestregelungen zu beachten; etwa ist es erforderlich, die Eignung der Bewerber vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zu prüfen (Haak/Preißinger, a.a.O., Rn. 19). Die wesentlichen Grundsätze des Vergaberechts sind zu beachten, so dass zur Wahrung des Wettbewerbsgrundsatzes beispielsweise nicht immer die gleichen Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen. Außerdem erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Gleichbehandlung aller Bieter im konkreten Vergabeverfahren, was die Informationsweitergabe anbelangt. Schließlich ist das Transparenzgebot zu beachten, d.h. die „wesentlichen Schritte“ des Vergabeverfahrens sind – mit entsprechenden Wertungen und Begründungen – zu dokumentieren (Haak/Preißinger, a.a.O., Rn. 20). Innerhalb dieses Rahmens kann der Verfahrensablauf jedoch eigenständig und eigenverantwortlich bestimmt werden. So bestimmt die Vergabestelle, wann sie Vertragsunterlagen zum Gegenstand der Verhandlung macht und ob den Wettbewerbsteilnehmern Fristen gesetzt werden (Haak/Preißinger, a.a.O., Rn. 21).

b. Rechtslage in Sachsen

Nach § 8 Abs. 1 besteht eine Verpflichtung, Bieter zu informieren, deren Angebote nicht berücksichtigt werden, allerdings erst ab einem Schwellenwert von 75.000,00 € ohne Mehrwertsteuer bei Bauleistungen und 50.000,00 € ohne Mehrwertsteuer bei Lieferungen und Leistungen, § 8 Abs. 3. Gemäß § 8 Abs. 2 besteht – entsprechend der inhaltsgleichen Regelung in § 19 Abs. 2 Thüringer Vergabegesetz – die Möglichkeit eines sogenannten „Beanstandungsverfahrens“. Bei fehlerhafter Rechtsanwendung haben die Bieter die Möglichkeit, ein rechtsfehlerfreies Vergabeverfahren zu erzwingen. Dies gilt jedoch nur im Falle einer Informationspflicht, also bei Vergaben oberhalb der besagten Schwellenwerte.

Führt die Laurat Grundstücks- und Verwaltungs- GmbH Beschaffungen durch, die wirtschaftlich der AOK zuzuordnen sind, ist die AOK öffentlicher Auftraggeber. Nach der EuGH – Rechtsprechung sind Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber zu behandeln (Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 99, Rn. 235, S. 173 f.). Es gelten die Ausführungen unter Nr. 2 a).

Derzeit gilt in Sachsen das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz – SächsVergG) vom 14.02.2013. Die Verordnung der sächsischen Staatsregierung zu Durchführung des sächsischen Vergabegesetzes (Sächsische Vergabedurchführungsverordnung – SächsVergDVO) vom 17.12.2002 wurde mit Inkrafttreten des Gesetzes ersatzlos außer Kraft gesetzt, § 11 S. 2 Nr. 2 SächsVergG. Das Gesetz hat die für Sachsen maßgeblichen zuvor gültigen Regelungen komplett außer Kraft gesetzt (Wieddekind in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht-Kompaktcommentar, 3. Aufl., Landesvergabegesetze, Rn. 119).

Die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO – wurde am 07.02.2017 im Bundesanzeiger veröffentlicht, eine Umsetzung auf Landesebene steht jedoch noch aus, so dass das Gesetz

in Sachsen wie auch in Thüringen derzeit noch nicht gültig ist. Folglich ist neben dem Haushaltsrecht derzeit allein das sächsische Vergabegesetz maßgeblich. Dieses wiederum verpflichtet bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Unterschwellenbereich zur Anwendung der VOL/A sowie der VOB/A in der jeweils gültigen Fassung, § 1 Abs. 2 SächsVergG.

Das Vergaberecht findet daher grundsätzlich auf jeden Beschaffungsvorgang Anwendung, sofern nicht im Vergaberecht eine Ausnahmenvorschrift, wie etwa die so genannten „Bagatellklauseln“ in §§ 3 a Abs. 4 S. 2 VOB/A, 3 Abs. 6 VOL/A, etwas anderes bestimmt. Nach den genannten Vorschriften können beispielsweise Bauleistungen bis zu einem Auftragswert von 10.000,00 € ohne Umsatzsteuer im Wege der freihändigen Vergabe, also ohne förmliches Vergabeverfahren (§ 3 Abs. 3 VOB/A) und Liefer- und Dienstleistungen bis zu einem Auftragswert von 500,00 € ohne Umsatzsteuer im Wege der Direktvergabe (Direktkauf) beschafft werden.

Nach § 4 SächsVergG sind freihändige Vergaben bis zu einem Auftragswert von 25.000,00 € ohne Umsatzsteuer sowohl im Bereich der Bauleistungen, als auch im Bereich von Liefer- und Dienstleistungen, möglich.

Zur freihändigen Vergabe gelten die oben unter Nr. 2 a) erfolgten Ausführungen entsprechend.

3. Ablauf des Vergabeverfahrens

a) Auswahl der zutreffenden Vergabeordnung

- VOB/A: Bauleistungen
- VOL/A bzw. UVgO: Liefer- und Dienstleistungen

Maßgeblich ist die **Definition des Beschaffungsgegenstandes**. Hier ist eine auftrags- und sachbezogene Bestimmung erforderlich, z.B. „Verstoß“ gegen den Grundsatz der Produktneutralität, weil ein bestimmtes, genau zu definierendes Produkt bestimmte Eigenschaften aufweist, die im konkreten Fall gerade benötigt werden.

Ggf. muss zur korrekten Definition des Beschaffungsvorgangs eine Markterkundung eingeholt werden (Probestellung). Erfolgt dies und sodann im Anschluss eine förmliche Vergabe (öffentliche/beschränkte Ausschreibung), so muss der „Wissensvorsprung“ derjenigen Bieter, die an der Markterkundung beteiligt waren, ausgeglichen werden. Andere Bieter, die solche Informationen noch nicht haben (können), müssen entsprechend in Kenntnis gesetzt werden, so dass alle Bieter auf Grundlage der gleichen Ausgangsbedingungen bieten können.

b) Auswahl der zutreffenden Vergabeart

Wenn die Definition des Beschaffungsvorgangs ergibt, dass es nur „einen“ Anbieter für die gefragte Leistung gibt (z.B. Patent), kann ggf. eine **freihändige Vergabe bzw. eine Verhandlungsvergabe** erfolgen (Ausnahmenvorschriften beachten, **§ 3 Abs. 5 VOL/A bzw. § 8 Abs. 4 UVgO**).

D. h., die **Prüfung geht vom Ausnahmefall (freihändige Vergabe bzw. Verhandlungsvergabe) hin zu den allgemeineren Vergabearten (beschränkte Ausschreibung – öffentliche Ausschreibung), § 3 Abs. 2, 3, 4 VOL/A bzw. § 8 Abs. 1, 2, 3 UVgO, §§ 3 Abs. 1, 2, 3a Abs. 1, 2, 3 S. 1 VOB/A.**

(1) Freihändige Vergabe

Werden Beschaffungen im Wege der **freihändigen Vergabe** durchgeführt, so werden von den Bietern zunächst sog. indikative Angebote eingeholt. Es folgen dann Verhandlungen mit den einzelnen Bietern oder gemeinsam unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dann werden die Bieter aufgefordert, ihre Angebote als verbindliche Angebote zu bestätigen, dann erfolgt die Auswahl nach den vorher transparent bekannt gegebenen Kriterien und der Zuschlag. Die freihändige Vergabe unterscheidet sich von der öffentlichen und beschränkten Ausschreibung folglich dadurch, dass für sie kein förmliches Verfahren vorgesehen ist. Dies bedeutet eine erhebliche Flexibilität bei der Auftragsvergabe. Unbedingt zu beachten sind jedoch die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung.

(2) Beschränkte Ausschreibung

Bei der **beschränkten Ausschreibung** werden Leistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben. In der Regel geht der beschränkten Ausschreibung eine öffentliche Aufforderung, Teilnahmeanträge zu stellen, voraus (beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb).

Auch bei der beschränkten Ausschreibung muss wie bei der öffentlichen Ausschreibung ein förmliches Verfahren nach den Vorschriften der VOL/A bzw. VOB/A eingehalten werden. Insbesondere gelten sowohl bei der öffentlichen, als auch bei der beschränkten Ausschreibung die Grundsätze der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, der Geheimhaltung der Angebote, dass nach Verhandlungsverbots und der transparenten Eignungs- und Beurteilungskriterien.

Im Gegensatz zur öffentlichen Ausschreibung ist die beschränkte Ausschreibung ein zweigeteiltes Verfahren. Während in der 1. Verfahrensstufe zunächst geeignete Unternehmen bestimmt werden, werden diese Unternehmen erst in der 2. Verfahrensstufe zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Bei der Entscheidung, welche Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, ist § 6 VOL/A bzw. §§ 6 ff. VOB/A zu beachten.

Die organisatorische Trennung von Eignungsprüfung und Angebotswettbewerb bei der beschränkten Ausschreibung kann insofern vorteilhaft sein, als die aufwändige Prüfung einer großen Zahl von Angeboten entfällt.

(3) Teilnahmewettbewerb

Sofern der beschränkten Ausschreibung bzw. der freihändigen Vergabe ein öffentlicher **Teilnahmewettbewerb** vorgeschaltet ist, bildet dieser **zusammen mit der beschränkten Ausschreibung bzw. der freihändigen Vergabe ein einheitliches Verfahren**. Ein Teilnahmewettbewerb lediglich zum Zweck der Markterkundung ohne Vergabeabsicht ist nicht zulässig.

Der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb dient dazu, die Eignungsvoraussetzungen der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vor der eigentlichen Angebotsabgabe bei den Bewerbern zu ermitteln und entsprechende Nachweise, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sein müssen, von ihnen zu verlangen. Nur solche Bewerber, die alle Eignungskriterien erfüllen und die geforderten Nachweise erbracht haben, kommen für die Auftragsvergabe, die in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens erfolgt, in Betracht.

(4) Öffentliche Ausschreibung

Bei der **öffentlichen Ausschreibung** erfolgt eine Aufforderung zur Einreichung von Angeboten an eine unbestimmte Zahl von Unternehmen im förmlichen Verfahren.

Der Verfahrensablauf beruht im Wesentlichen auf folgenden Verfahrensschritten:

Die zu vergebenden Leistungen müssen zunächst öffentlich bekannt gemacht werden. Die Bekanntmachung kann in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern, Fachzeitschriften oder Internetportalen erfolgen, § 12 VOL/A bzw. § 12 VOB/A.

Die Vergabeunterlagen sind an alle anfordernden Unternehmen zu übersenden, § 12 VOL/A bzw. § 12 a VOB/A. Sie erhalten in der Regel ein Anschreiben, die Bewerbungsbedingungen und die Vertragsunterlagen, bestehend aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen, § 8 VOL/A bzw. § 8 VOB/A.

Nach dem Ablauf einer – ausreichend zu bemessenden – Angebotsfrist (§ 10 VOL/A bzw. § 10 VOB/A) werden die fristgerecht eingereichten Angebote sodann einer formalen Prüfung unterzogen (§ 16 VOL/A bzw. §§ 16 ff. VOB/A). Dabei werden die Vollständigkeit der Angebote und deren rechnerische und fachliche Richtigkeit geprüft. Anschließend findet gemäß § 16 Abs. 5 VOL/A bzw. § 16 b VOB/A die Eignungsprüfung statt, bei der anhand der vorab bekannt gemachten Eignungsnachweise die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter für die Ausführung des Auftrags festgestellt wird. Danach werden die Angebote auf der Grundlage einer zuvor festgelegten Wertungsmatrix inhaltlich gewertet (§ 16 Abs. 7 VOL/A bzw. §§ 16 c f. VOB/A). Das wirtschaftlichste Angebot erhält schließlich den Zuschlag (§ 18 VOL/A bzw. § 18 VOB/A).

Im Anwendungsbereich des Thüringer Vergabegesetzes ist schließlich vor Zuschlagserteilung noch die Informations- und Wartepflicht des § 19 Abs. 2 des Thüringer Vergabegesetzes zu beachten.

Zusammengefasst:

1. Festlegung der geeigneten Vergabeart – Zeitplanung!
2. Veröffentlichung/Bekanntmachung
3. Vergabe- und Vertragsunterlagen, insbesondere die Leistungsbeschreibung
4. Reaktion auf Bieteranfragen/Fehlerkorrektur
5. Öffnung und Wertung der Angebote
6. Vorinformation der nicht berücksichtigten Bieter
7. Zuschlag bzw. ggf. Aufhebung des Vergabeverfahrens.