

Orientierung und Praxistipps für eine technisch sinnvolle und rechtssichere eVergabe

Bearbeitet von

Herausgegeben von Ole Beust, Dr. Jörg Stoye, Patrick Thomas, und Daniel Zielke, Unter Mitarbeit von  
Henrik Baumann, und Dr. Marc Pauka, Rechtsanwalt

- Verpflichtung der Verwaltung zur Eröffnung einer elektronischen Verbindung und zusätzlich der Bundesverwaltung zur Eröffnung eines DE-Mail-Zugangs,
- Grundsätze der elektronischen Aktenführung und des ersetzenden Scannens,
- Erleichterung bei der Erbringung von elektronischen Nachweisen und der elektronischen Bezahlung in Verwaltungsverfahren,
- Erfüllung von Publikationspflichten durch elektronische Amts- und Verkündungsblätter,
- Verpflichtung zur Dokumentation und Analyse von Prozessen,
- Regelung zur Bereitstellung von maschinenlesbaren Datenbeständen durch die Verwaltung („open data“).<sup>254</sup>

Landesverwaltungen werden hiervon jedoch kaum erfasst. Das Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden des Bundes einschließlich der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, § 1 Abs. 1 EGovG. Zudem gilt das Gesetz gem. § 1 Abs. 2 EGovG auch für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände und der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Bundesrecht ausführen.

Allerdings haben auch die Bundesländer bereits zum Teil eigene EGovG:

- **Baden-Württemberg:** Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung des Landes Baden-Württemberg (E-Government-Gesetz Baden-Württemberg – EGovG BW) vom 17.12.2015<sup>255</sup>
- **Bayern:** Gesetz über die elektronische Verwaltung in Bayern (Bayerisches E-Government-Gesetz – BayEGovG) vom 22.12.2015<sup>256</sup>
- **Berlin:** Gesetz zur Förderung des E-Government (E-Government-Gesetz Berlin – EGovG Bln) vom 30.5.2016<sup>257</sup>
- **Mecklenburg-Vorpommern:** Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltungstätigkeit in Mecklenburg-Vorpommern vom 25.4.2016 (E-Government-Gesetz Mecklenburg-Vorpommern – EGovG M-V)<sup>258</sup>

<sup>254</sup> BT-Drs. 17/11473, S. 21 f.; siehe auch *Degen* in Heussen/Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 66 Rn. 101.

<sup>255</sup> BW GBl. 2015, S. 1191.

<sup>256</sup> GVBl. 2015, S. 458.

<sup>257</sup> GVBl. 2016, S. 282.

<sup>258</sup> GVOBl. 2016, S. 198.

- **Nordrhein-Westfalen:** Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung in Nordrhein-Westfalen (E-Government-Gesetz Nordrhein-Westfalen – EGovG NRW), (Art. 1 G vom 8.7.2016)<sup>259</sup>
- **Sachsen:** Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung im Freistaat Sachsen (Sächsisches E-Government-Gesetz – SächsEGovG), (Art. 1 G vom 9.7.2014)<sup>260</sup>
- **Schleswig-Holstein:** Gesetz zu elektronischen Verwaltung für Schleswig-Holstein vom 8.7.2009<sup>261</sup>

Auch wenn die Vergabekammern einen gewissen Sonderstatus innehaben, so werden diese künftig – zumeist als Einrichtungen der Regierungspräsidien bzw. Bezirksregierungen oder (im Falle der VK Bund) einer Bundesoberbehörde – schon rein faktisch von der Förderung der elektronischen Verwaltung erfasst. Zudem ist die elektronische Kommunikation in der Verwaltung wie bei den Vergabekammern – auch ohne E-Government-Gesetz – im vollen Gange. Die Kommunikation per Telefax, aber auch per E-Mail ist hier nicht mehr wegzudenken.<sup>262</sup>

### III. E-Justice-Strategie

Das Bundesministerium der Justiz nutzte die deutsche EU-Ratspräsidentschaft im Jahre 2007, um die **Modernisierung der Justiz** – und damit auch der Vergabesenate – zu einem zentralen Thema des Präsidentschaftshabjahres zu erheben sowie den bis dahin wenig gebräuchlichen Begriff „E-Justice“ auf deutscher wie auch auf europäischer Ebene mit Inhalten zu füllen.<sup>263</sup> Andere EU-Mitgliedsländer hatten die Digitalisierung der Justiz bereits zu diesem Zeitpunkt konsequenter vorangetrieben. Auch als Reaktion auf diese Digitalisierungsprozesse in anderen Mitgliedsstaaten wurden weitere Reformen angestrengt; hierzu gehörte insbesondere das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013.<sup>264</sup> Dieses hat Bewegung in die seit langer Zeit mühsame Justizmodernisierung gebracht.<sup>265</sup> Hiermit wurde ein verfahrensrechtlicher Digitalisierungsprozess mit Virtualisierungsformen, IT-infrastrukturellen und speziellen softwarebasierten Cloud-Computern-

---

<sup>259</sup> GV.NRW.2016, S. 551.

<sup>260</sup> SächsGVBl. 2014, S. 398.

<sup>261</sup> GVOBl. 2009, S. 398.

<sup>262</sup> Vgl. *Ramsauer/Frische* NVwZ 2013, 1505.

<sup>263</sup> *Bernhardt* NJW 2015, 2775 (2777).

<sup>264</sup> BGBl. I, S. 3786.

<sup>265</sup> *Bernhardt* NJW 2015, 2775.

Technologien wie dem besonderen elektronischen Anwaltspostfach „beA“ hergestellt.<sup>266</sup>

So regt sich in Zukunft beispielsweise bei der anwaltlichen Korrespondenz mit den Gerichten – und damit auch den Vergabesenaten – so einiges. Denn zum 1.1.2018 wird eine gesetzliche Verpflichtung für Anwälte bestehen, das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) passiv zu nutzen. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Gerichte dann in zunehmendem Maße Korrespondenz zu den Prozessbevollmächtigten auf elektronischem Weg – also über das beA des Empfängers – abwickeln werden.

Auch förmliche Zustellungen mittels Empfangsbekanntnis (EB) werden nach der ab 1.1.2018 geltenden Fassung des § 174 Abs. 3 ZPO über das beA abgewickelt werden. Bei Entscheidungen der Vergabesenate ist die Verweisung in § 175 Abs. 2 GWB auf § 73 GWB und damit auf die Vorschriften der ZPO über die Zustellung von Amts wegen (§§ 160 bis 190 ZPO) zu beachten. Gem. § 174 Abs. 4 ZPO kommt das Empfangsbekanntnis in Form eines elektronischen Datensatzes zum Einsatz. Das beA wird entsprechende Funktionalitäten bereitstellen, damit die Prozessbevollmächtigten den Empfang des elektronischen Dokumentes bestätigen können und das so erstellte elektronische Empfangsbekanntnis an das Gericht zurückgeleitet wird. Dabei ist das Gericht auf den durch die Rechtsverordnung gem. § 130 a Abs. 2 ZPO zugelassenen Übertragungsweg beschränkt.

---

<sup>266</sup> Degen in Heussen/Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 66 Rn. 3.

## Teil H. eVergabe in der UVgO

### I. Die Entstehung der UVgO

Mit der Vergaberechtsreform 2016 ist der zweite Abschnitt der VOL/A entfallen. An seine Stelle sind mit Wirkung zum 18. April 2016 einige neue Regelungen im GWB und der neu gefassten VgV getreten. Für das nationale Haushaltsvergaberecht gilt zunächst aber der erste Abschnitt der VOL/A fort. Dies führt zu einer erheblichen Inkongruenz der Regelungen des nationalen Vergaberechts gegenüber dem GWB-Vergaberecht: Während das nationale Vergaberecht des ersten Abschnitts der VOL/A der Rechtstradition des deutschen Vergaberechts seit der ersten VOB/A aus dem Jahre 1926 folgt, entspricht die neue VgV in Inhalt, Struktur und Begrifflichkeiten weitgehend den europäischen Regelungen.

Für nationale Bauvergaben ist dieser Konflikt durch eine Überarbeitung der VOB/A im Jahre 2016 gelöst worden. Für Liefer- und Dienstleistungen ist es Aufgabe der UVgO, die Inkongruenz zur VgV auszuräumen. Sie ersetzt den ersten Abschnitt der VOL/A und orientiert sich strukturell an der für öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts geltenden VgV aus 2016<sup>267</sup>. Mit ihrem Inkrafttreten wird durch sie die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem nationalen Haushaltsrecht, also vor allem bei Unterschreiten der Schwellenwerte des GWB-Vergaberechts, geregelt. Sie wird darüber hinaus aber auch Relevanz für die Vergabe von zuwendungsfinanzierten Aufträgen haben. Hier wird die Anwendung der UVgO in der Regel durch Nebenbestimmungen vorgegeben.

Die UVgO wurde am 7.2.2017 im Bundesanzeiger bekannt gemacht.<sup>268</sup> Allerdings ist sie hiermit nicht bereits in Kraft getreten. Für den Bund war dies vielmehr – mit Wirkung ab dem 2.9.2017 – erst nach der Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO der Fall. Für die Länder steht ein solcher Anwendungsbefehl durch die Neufassung der entsprechenden landesrechtlichen Regelungen z. T. noch aus.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> So die Begründung zur UVgO, BAnz AT 7.2.2017 B1, S. 1.

<sup>268</sup> BAnz AT 7.2.2017 B1, S. 1 – 18.

<sup>269</sup> Vgl. Begründung zur UVgO, BAnz AT 7.2.2017 B1, S. 1; zum Redaktionsschluss des Buches lagen diese Regelungen noch nicht vor. Sie werden erst ab Ende 2017 erwartet.

## II. Wesentliche Regelungen der UVgO

### 1. Anwendungsbereich

#### a. Personale Anwendungsbereich

Inhaltlich und strukturell ist die UVgO an der neuen VgV orientiert. Auf die übrigen Ausführungen in diesem Buch zur VgV kann daher insoweit verwiesen werden. Im Folgenden werden lediglich die wesentlichen Aspekte der Regelungen der UVgO im Vergleich zur VOL/A und zur VgV dargestellt, beginnend mit dem personalen Anwendungsbereich.

Der personale Anwendungsbereich regelt, *wer* die UVgO zu beachten hat. Die §§ 98 ff. GWB enthalten mit der Definition der „Auftraggeber“ für das GWB-Vergaberecht eine konkrete Bestimmung ihres persönlichen Anwendungsbereichs. Derartige Bestimmungen enthält die UVgO nicht. Vielmehr bestimmt sich der personale Anwendungsbereich nach den allgemeinen Vorschriften des Haushaltsrechts. Die UVgO ist im Gegensatz zur VgV auch keine Verordnung, sondern lediglich eine Verwaltungsvorschrift. Damit sie für oder gegen einen Auftraggeber Rechtsbindung entfaltet, bedarf es eines Anwendungsbefehls einer anderen Rechtsnorm. Die UVgO wird daher erst durch die Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 der BHO bzw. für die Länder durch die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen verbindlich.<sup>270</sup> Der personale Anwendungsbereich betrifft vor diesem Hintergrund vor allem die „klassischen Auftraggeber“ wie Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen sowie bestimmte Körperschaften des öffentlichen Rechts.<sup>271</sup>

Die UVgO verwendet durchgängig den Begriff „Auftraggeber“ anstelle des „öffentlichen Auftraggebers“ im Oberschwellenbereich. Auch hierdurch soll klargestellt werden, dass der personale Anwendungsbereich der UVgO über den Anwendungsbefehl von Bund und Ländern gesondert festgelegt werden muss.<sup>272</sup>

#### b. Sachlicher Anwendungsbereich, Geltung für freiberufliche Leistungen

Der sachliche Anwendungsbereich bestimmt, *was* nach den Vorgaben der UVgO zu vergeben ist. Das sind nach § 1 Abs. 1 UVgO *öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge und Rahmenvereinbarungen über diese Leistungen*, die nicht dem vierten Teil des GWB unterliegen, weil ihr geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer die Schwellenwerte gemäß § 106 GWB

---

<sup>270</sup> Begründung zur UVgO, BAnz AT 7.2.2017 B1, S. 1.

<sup>271</sup> Lausen NZBau 2017, 3.

<sup>272</sup> Erläuterungen des BMWi vom 5.1.2017 zu § 1 UVgO, S. 1.

unterschreitet. Der ausdrückliche Verweis auf Liefer- und Dienstleistungen bedeutet, dass Bauleistungen nicht der UVgO unterfallen. Sie finden in der VOB/A eine gesonderte Regelung.

Im Gegensatz zu Bauleistungen sind nunmehr aber *freiberufliche Leistungen*, wie die Dienstleistungen von Architekten oder Rechtsanwälten, grundsätzlich von der UVgO erfasst. Nach der Systematik des Vergaberechts vor 2016 waren freiberufliche Leistungen von der VOL/A überhaupt nicht erfasst und die VOF galt nur oberhalb der EU-Schwellenwerte. Die Vergaberechtsreform 2016 ließ die VOF wegfallen und integrierte die freiberuflichen Leistungen in die VgV. Konsequenterweise werden die freiberuflichen Leistungen deshalb jetzt auch von der UVgO erfasst, die sich an der VgV orientiert. Jedoch gilt für diese Leistungen eine Sonderregelung: Freiberufliche Leistungen sind nach § 50 UVgO grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Eine Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO ist aber nicht vorgesehen.<sup>273</sup>

Die UVgO übernimmt darüber hinaus nach § 1 Abs. 2 UVgO die Ausnahmeregelungen der §§ 107, 108, 109, 116, 117 oder 145 GWB. So findet die UVgO z. B. keine Anwendung auf die Vergabe von Aufträgen in öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit (z. B. Inhouse-Vergaben) oder für bestimmte Rechtsdienstleistungen wie die Vertretung vor Gericht.<sup>274</sup> Dies gilt ungeachtet des Erreichens des jeweiligen Schwellenwerts gemäß § 106 GWB. Sofern für den öffentlichen Auftrag eine Binnenmarktrelevanz gegeben ist, kann sich aber aus den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung des primären europäischen Gemeinschaftsrechts eine Ausschreibungspflicht ergeben.<sup>275</sup>

## 2. Vergabegrundsätze

§ 2 UVgO bestimmt die Vergabegrundsätze, die als Grundprogramm der UVgO stets zu beachten sind und bei Auslegungsschwierigkeiten einen Maßstab der Orientierung bieten. Die Regelung ist § 97 GWB nachgebildet und in den ersten drei Absätzen mit dieser Norm identisch. Öffentliche Aufträge sind nach § 2 Abs. 1 UVgO im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Dabei sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind ferner nach § 2 Abs. 2 UVgO gleich zu

---

<sup>273</sup> Erläuterungen des BMWi vom 5.1.2017 zu § 50 UVgO, S. 15.

<sup>274</sup> Lausen NZBau 2017, 3 (4).

<sup>275</sup> Erläuterungen des BMWi vom 5.1.2017 zu § 1 UVgO, 1.

behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund der UVgO oder anderen Vorschriften ausdrücklich geboten oder gestattet. Besonders bemerkenswert ist, dass die Vorgaben zur Berücksichtigung „vergabefremder“ Aspekte nach § 2 Abs. 3 UVgO nunmehr ausdrücklich auch im Unterschwellenbereich Anwendung findet: Nach der Regelung werden bei der Vergabe Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe der UVgO berücksichtigt.

Die Regelung zu mittelständischen Interessen fällt deutlich kürzer aus als die vergleichbare Regelung in § 97 GWB. Nach der UVgO sind diese bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Eine ausdrückliche Verpflichtung, Lose zu bilden, findet sich im Gegensatz zur Vorschrift im GWB nicht in der Bestimmung zu den Grundsätzen in § 2 UVgO, sondern in der gesonderten Bestimmung des § 22 UVgO.

Der neue Grundsatz der elektronischen Kommunikation nach § 97 Abs. 5 GWB und die Begründung subjektiver Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB, die im Wege eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden können, finden sich in der UVgO nicht. Dafür enthält § 2 Abs. 5 UVgO die Klarstellung, dass die Vorschriften über die Preise bei öffentlichen Aufträgen unberührt bleiben. Mit den Vorschriften über die Preise bei öffentlichen Aufträgen sind § 2 des Preisgesetzes und die darauf beruhende Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen sowie deren Anhang, die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) gemeint. Diese Vorschriften bilden das sogenannte „öffentliche Preisrecht“. Das öffentliche Preisrecht ist ein Regelungskomplex zur Bestimmung der höchstzulässigen Preise, die in der Regel die Marktpreise sind. Sofern Marktpreise nicht vorhanden sind, regelt das öffentliche Preisrecht, wie der Preis zum Beispiel anhand von den Selbstkosten des Unternehmens berechnet werden darf. Das öffentliche Preisrecht steht unabhängig neben den Vorschriften des Vergaberechts. Der Klarstellung, dass es durch das Vergaberecht unberührt bleibt, hätte es daher nicht bedurft. Es ist zu vermuten, dass der Zweck der Regelung vor allem darin besteht, die Beteiligten am Vergabeverfahren daran zu erinnern, dass es das öffentliche Preisrecht überhaupt gibt. Das öffentliche Preisrecht leidet nämlich daran, dass es selbst bei den öffentlichen Auftraggebern im Sinne des Vergaberechts, die es überwiegend anzuwenden haben, kaum bekannt ist.<sup>276</sup>

---

<sup>276</sup> Dörr/Hoffjan Die Bedeutung der Verordnung PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 5.