Handreichung (FAQ) zur Vergabe von Leistungen für die kommunale Wärmeplanung durch schleswig-holsteinische Kommunen

Inhaltsübersicht

I. Zielsetzung 2

II. Fragestellungen vor Einleitung des Vergabeverfahrens 2

1. Durch wen und für wen werden Leistungen vergeben? 2
2. Welche Leistungen sollen beschafft werden? 4
3. Müssen die Leistungen in Lose aufgeteilt werden? 5
4. Wie ist der vergaberechtliche Auftragswert zu ermitteln? 7
5. Welche Verfahrensordnung gilt für die Vergabe? 9
6. In welcher Verfahrensart kann der Auftrag vergeben werden? 10
7. Muss die Vergabe durch eine Bekanntmachung eingeleitet werden? 15
8. Müssen Eignungskriterien festgelegt werden und ggf. wie? 15
9. Wann und wie sind Zuschlagskriterien festzulegen? 17
10. Wie können Zuschlagskriterien gestaltet werden? 17
11. Wie sind Vertragsbedingungen festzulegen? 24

III. Fragestellungen während des Verfahrens 25

1. Wie ist die Eignung der Unternehmen zu prüfen? 25
2. Wie ist mit formell fehlerhaften Angeboten umzugehen? 26
3. Wie ist mit einem Verdacht auf ein „Dumping“-Angebot umzugehen? 27
4. Wann ist eine Abfrage beim Wettbewerbsregister nötig? 29
5. Wann ist eine Vorabinformation unterlegener Bieter erforderlich? 29
6. Dokumentation 30

I. Zielsetzung

1 Das Wärmekompetenzzentrum (WKZ.SH) beim Breitband-Kompetenzzentrum Schleswig-Holstein (BKZ.SH) hat das Ziel, schleswig-holsteinische Kommunen aktiv bei der kommunalen Wärmeplanung nach Maßgabe des Wärmeplanungsgesetzes des Bundes (WPG) und des Energiewende- und Klimaschutzgesetzes (EWKG) des Landes zu unterstützen.

2 Die kommunale Wärmeplanung mit ihrem Ziel der Aufstellung eines Wärmeplans ist eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe (§ 10 Abs. 1 S. 2 EWKG), die in der Verantwortung der – je nach Konstellation – zuständigen kommunalen Organe liegt. Es sind teilweise Entscheidungen der jeweiligen Organe der Selbstverwaltung (z.B. der Gemeindevertretung oder eines Amtsausschusses) zu treffen. Diese Entscheidungen bedürfen in allen gesetzlich geregelten Schritten der Wärmeplanung einer fachlichen Vorbereitung und Ausarbeitung der planerischen Unterlagen. Dies ist im Ansatz eine Aufgabe der für die planende Körperschaft zuständigen Verwaltung, also insbesondere der Gemeinde- bzw. Amtsverwaltung. Nach § 6 S. 2 WPG kann die planungsverantwortliche Stelle zur Erfüllung ihrer Aufgabe Dritte beauftragen. Wegen des hohen Maßes an erforderlicher Fachkompetenz und des Arbeitsaufwands wird es die Regel sein, dass die Kommunen externe Dienstleister einbinden wollen. Dabei sind die für die jeweilige Kommune oder sonst verantwortliche Körperschaft geltenden Vorschriften des Vergaberechts zu beachten.

3 Die vorliegende Handreichung soll den Kommunen eine Hilfestellung bei typischen hierbei auftretenden Fragen („FAQ“) aus rechtlicher Sicht geben. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder darauf, eine grundlegende Einführung in das Vergaberecht darzustellen. Die Handreichung ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Sie behandelt auch nicht das Vorgehen bei der Wärmeplanung selbst.

II. Fragestellungen vor Einleitung des Vergabeverfahrens

1. Durch wen und für wen werden Leistungen vergeben?

4 **Einzeln durch den Aufgabenträger, im Planungsverbund oder im bloß zur Vereinfachung gebildeten vergaberechtlichen „Konvoi“. Im Falle der Zusam-**

menarbeit ist grundsätzlich eine Vereinbarung nach § 4 VgV zu schließen; handelt es sich um Gemeinden desselben Amtes, dürfte für eine Abwicklung der Vergabe durch dieses die gesetzliche Regelung von § 3 Abs. 1 AO ausreichen.

5 Grundkonstellation ist, dass eine planungsverantwortliche Stelle Leistungen zur Unterstützung der Wärmeplanung am Markt beschaffen möchte. Dies kann eine einzelne Gemeinde sein. Wenn diese über eine eigene Verwaltung verfügt, wird diese die Beschaffung der Unterstützungsleistungen organisieren und das Vergabeverfahren durchführen. Bei amtsangehörigen Gemeinden ohne eigene Verwaltung obliegt diese Tätigkeit der Amtsverwaltung im Rahmen der Erledigung gemeindlicher Selbstverwaltungsaufgaben (§ 3 Abs. 1 AO).

6 Wurde die Aufgabe der Wärmeplanung als solche von einer amtsangehörigen Gemeinde nach Maßgabe der Amtsordnung auf das Amt übertragen, ist das Amt originär auch für die Beschaffung von Unterstützungsleistungen zur Erfüllung der dann eigenen Aufgabe zuständig. Entsprechendes gilt bei der Übertragung auf einen Zweckverband. In beiden Fällen gilt das unabhängig davon, ob das Amt oder der Zweckverband nach § 10 Abs. 2 EWKG für mehrere Gemeindegebiete einen gemeinsamen, gemeindegebietsübergreifenden Wärmeplan aufstellen möchte.

7 Auch ohne eine derartige Aufgabenübertragung bietet § 10 Abs. 3 EWKG die Möglichkeit der Aufstellung eines gemeinsamen Wärmeplans durch benachbarte Gemeinden – planungsverantwortlich bleiben dann die Gemeinden. Da ein gemeinsamer Plan entstehen soll, werden die Gemeinden in der Regel bestrebt sein, dass die Unterstützung für alle durch jeweils denselben Dienstleister erfolgt (zum Gebot der Losvergabe noch sogleich). Daher werden sie die Vergabe gemeinsam durchführen wollen. Vergaberechtlich ist eine solche „gelegentliche“ gemeinsame Auftragsvergabe zulässig (§ 4 VgV, § 16 UVgO). Sie setzt eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Gemeinden voraus. Obwohl diese Form der Zusammenarbeit im GkZ nicht ausdrücklich geregelt ist und zivilrechtlich die Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (mit der Folge gemeinsamer und unbeschränkter Haftung) haben dürfte, was wiederum im Hinblick auf § 102 Gemeindeordnung problematisch sein könnte, wird davon ausgegangen, dass die kommunalrechtliche Zulässigkeit der bloßen gemeinsamen Vergabe durch die Vorschriften von § 10 EWKG implizit vorausgesetzt wird. Eine solche Vereinbarung sollte regeln, welche der beteiligten Gemeinden das Vergabeverfahren praktisch durchführt und wer für die Entschei-

dungen im Verfahren verantwortlich ist, etwa die Festlegung der Zuschlagskriterien und natürlich vor allem die Entscheidung über das Ergebnis der Auswertung und damit darüber, wer den Zuschlag erhält. Es sollte vereinbart werden, ob für diese Entscheidungen Einstimmigkeit der Beteiligten vorausgesetzt wird. Empfehlenswert ist es, wesentliche Punkte gleich in der Vereinbarung festzulegen, eben z.B. die Zuschlagskriterien.

8 Eine häufige Konstellation dürfte der sogenannte rein vergaberechtliche Konvoi sein, also der Fall, dass mehrere Körperschaften nicht einen gemeinsamen Wärmeplan zu erstellen beabsichtigen, sondern lediglich zur Verwaltungsvereinfachung die Erstellung jeweils eigener Pläne koordinieren und daher auch die Unterstützungsleistungen gemeinsam beschaffen wollen. Auch in diesem Fall ist eine gemeinsame Vergabe nach Maßgabe von § 4 VgV, § 16 UVgO, durch eine entsprechende Vereinbarung möglich. Die vorstehenden Hinweise für eine solche Vereinbarung gelten sinngemäß.

9 Einfacher kann eine Beschaffung der Dienstleistungen für mehrere Gemeinden organisiert werden, wenn diese demselben Amt angehören. Da dem Amt die Erledigung der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe für die jeweilige Gemeinde nach deren Beschlüssen obliegt, kann das Amt, wenn ihm die eigenen Fachkräfte fehlen, die entsprechenden Leistungen extern beschaffen. Dies könnte auch für die Leistungen geschehen, die für die Wärmeplanungen mehrerer Gemeinden erforderlich werden. Für diese Tätigkeiten des Amtes und die entsprechende Koordinierung von Beschlüssen der Gemeinden dürfte die gesetzliche Regelung von § 3 Abs. 1 AO ausreichen.

2. Welche Leistungen sollen beschafft werden?

10 **Es ist eine Leistungsbeschreibung / ein Leistungsverzeichnis aufzustellen. Das vom WKZ.SH bereitgestellte Muster-LV ist eine empfehlenswerte Grundlage.**

11 Wie bei jedem Vergabeverfahren ist es auch vorliegend von großer Bedeutung, vor der Einleitung klar festzulegen, welche Leistungen beschafft werden sollen. Dies ist Gegenstand der zu erstellenden Leistungsbeschreibung.

12 Eine Mustervorlage dazu nebst der dazugehörigen Handreichung stellt das WKZ.SH bereit..

3. Müssen die Leistungen in Lose aufgeteilt werden?

13 **Es gilt der Grundsatz der Aufteilung in Fach- und Teillose, soweit nicht einzelfallbezogene technische oder wirtschaftliche Gründe eine Zusammenfassung „erfordern“ bzw. im Unterschwellenbereich „rechtfertigen“. Dafür bestehen Spielräume.**

14 Im deutschen Vergaberecht gilt traditionell das Gebot der Losaufteilung (im Oberschwellenbereich § 97 Abs. 4 GWB, im Unterschwellenbereich § 2 Abs. 3 VGSH), und zwar sowohl der Menge nach (Teillose) als auch der Art oder dem Fachgebiet nach (Fachlose). Eine Abweichung ist nach allgemeinen Regeln nur zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies „erfordern“. In Schleswig-Holstein wurde im Unterschwellenbereich durch VO vom 05.05.2026 eine bis Ende 2031 befristete Erleichterung eingeführt: Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 SHVgVO kann derzeit auf eine Aufteilung verzichtet werden, „wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen“. Somit können auch zeitliche Gründe angeführt werden, und die angeführten Gründe müssen die Zusammenfassung nicht „erfordern“, sondern bloß „rechtfertigen“. Gleichwohl: Diese Gründe müssen einzelfallbezogen sein – die Vermeidung der mit jeder Aufteilung typischerweise verbundenen Mehraufwände und Nachteile genügen nicht. Die Vergabestelle muss sich im Rahmen einer Abwägung im Einzelfall mit den für und gegen die Zusammenfassung sprechenden Gründen auseinandersetzen und dies dokumentieren.

15 Soweit ein einzelner Wärmeplan für ein Gemeindegebiet oder ein gemeinsamer für benachbarte Gemeindegebiete vorbereitet werden soll, wird es in der Regel vertretbar sein, eine Aufteilung in Teillose aus technischen Gründen zu unterlassen, weil ansonsten die Einheitlichkeit und Kohärenz der Planung schwer zu erreichen wäre. In Bezug auf die Fachlosbildung könnte erwogen werden, etwa die Datenerhebung im Rahmen der Bestandsanalyse separat von den weiteren planerischen Leistungen zu vergeben. Technische Gründe für ein Absehen von der Fachlosbildung können hier in dem Erfordernis einer besonders engen Koordination der Tätigkeiten gesehen werden. Dies bedarf allerdings der fachlichen Darlegung im Einzelfall. Es wird auch zu berücksichtigen sein, inwieweit die Planungsvariante (verkürzt/vereinfacht) einer umfangreichen Datenerhebung bedarf. Zudem müssen keine unwirtschaftlichen Mini- oder Splitterlose gebildet werden.

16 Wie oben ausgeführt, sind unterschiedliche Konstellationen denkbar, in denen im Rahmen eines Vergabeverfahrens Unterstützungsleistungen für die Erstellung von Wärmeplänen für die Gebiete unterschiedlicher Gemeinden beschafft werden sollen, sowohl dann, wenn die Aufgabe auf ein Amt oder eine andere Körperschaft übertragen wurde, als auch im Falle eines rein vergaberechtlichen Konvois, wenn also die Vergabe der Leistungen (und deren Erbringung) lediglich aus Gründen der Effizienz bzw. Verwaltungsvereinfachung gemeinsam erfolgen soll. Denkbar ist auch, dass der vergaberechtliche Konvoi eine Kombination aus einzelgemeindlicher und gemeinsamer Wärmeplanung umfasst.

17 In diesen Fällen der Erarbeitung mehrerer Pläne stellt sich nicht nur ebenfalls die vorgenannte Frage der Fachlosvergabe. Vielmehr stellt sich die Frage der Teillosvergabe anders als in den zuvor betrachteten Konstellationen, nämlich auch danach, ob eine Aufteilung nach Gemeindegebieten zu erfolgen hat. Dass aus Effizienzgründen ein gemeinsames Vergabeverfahren durchgeführt wird, genügt nicht, um ein Absehen von einer Vergabe unterschiedlicher Teillose innerhalb des Verfahrens zu rechtfertigen. Vielmehr kommt es auch hier auf einzelfallbezogene Erwägungen an. So kann bei einem Auftrag, der nur die Gebiete von zwei sehr kleinen Gemeinden umfasst, ein Absehen von der Losbildung unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung unwirtschaftlicher Splitterlose eher gerechtfertigt sein als bei einem Verfahren, welches mehrere vergleichsweise aufwendige Planungen umfasst. Die Losaufteilung muss nicht am Markt vorbeigehen, insbesondere nicht zu einer solchen Zersplitterung führen, dass sich keine Bieter mehr finden. In diesem Zusammenhang sollten die zuständigen Verwaltungen sich ggf. vom WKZ.SH beraten lassen, ob die Losaufteilung unter den gegebenen Umständen zu unwirtschaftlichen Splitterlosen führen würde.

18 Im Grundsatz dürfte eine Teillosbildung insbesondere dann angezeigt sein, wenn die Wärmeplanung in den verschiedenen vom Vergabeverfahren erfassten Gemeindegebieten in unterschiedlichen Verfahrensvarianten durchgeführt werden soll, also z.B. teilweise im vereinfachten, teilweise im verkürzten und/oder teilweise im normalen Verfahren. Denn in diesen Fällen sind die Arbeitsschritte teilweise unterschiedlich, sodass „technische“ Gründe für die Zusammenfassung ein geringeres Gewicht aufweisen. Je nach Lage im Einzelfall könnte aber auch hier der Gesichtspunkt der Vermeidung von unwirtschaftlichen Splitterlosen eine Zusammenfassung legitimieren (z.B. bei einer sehr geringen Größe der vom vereinfachten Verfahren umfassten Gebiete).

4. Wie ist der vergaberechtliche Auftragswert zu ermitteln?

19 **Der Auftragswert ist vor Einleitung des Verfahrens zu schätzen. Es sind alle Lose und Optionen zusammenzurechnen. Es ist eine konkrete Prognose erforderlich. Die Abschlagszahlungen des Landes nach § 38 EWKG sind nicht direkter Maßstab, aber ein Anhaltspunkt. Kostenobergrenzen sind möglich, wenn realistisch.**

20 Vor Einleitung des Vergabeverfahrens ist eine Schätzung des Auftragswerts vorzunehmen. Diese ist insbesondere zur Bestimmung des anzuwendenden Verfahrensrechts und der Verfahrensart von Bedeutung, spielt aber auch eine Rolle, wenn im Verlaufe des Verfahrens zu prüfen ist, ob Angebote unangemessen hoch erscheinen und deswegen eine Aufhebung des Verfahrens in Betracht gezogen wird.

21 Die vergaberechtlichen Maßstäbe der Schätzung ergeben sich aus § 3 VgV (auch dann, wenn im Ergebnis Unterschwellenvergaberecht zur Anwendung gelangt, vgl. § 2 Abs. 1 SHVgVO). Maßgeblich ist daher der voraussichtliche Gesamtwert der Leistung ohne Umsatzsteuer. Einzubeziehen sind sämtliche Optionen, mögliche Vertragsverlängerungen oder -erweiterungen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Tag der Einleitung des Vergabeverfahrens.

22 Soll die Erbringung der Leistungen in mehreren Losen vergeben werden, so ist nach § 3 Abs. 7 S. 1 VgV der Gesamtwert aller Lose maßgeblich. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Teillose oder Fachlose handelt. Ebenfalls spielt es keine Rolle, ob alle Lose gleichzeitig vergeben werden sollen. Auch der Wert von Leistungen der Unterstützung der Wärmeplanung, die der Auftraggeber erst später (z.B. je nach Haushaltslage) evtl. vergeben möchte, ist in die Berechnung einzubeziehen. Denn maßgeblich ist eine funktionale Betrachtung aller Dienstleistungen, die für ein Vorhaben (hier die kommunale Wärmeplanung) erbracht werden.

23 Erreicht oder übersteigt dieser Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, so gilt das Oberschwellenrecht mit den Erfordernissen einer europaweiten Vergabe für jedes einzelne Los – auch wenn dieses isoliert betrachtet unterschwellig wäre. Eine Ausnahme hinsichtlich des anzuwendenden Rechts kann bei Anwendung von § 3 Abs. 9 VgV in Betracht kommen (sogenanntes 20 %-Kontingent).

24 Die Schätzung stellt eine Prognose dar, die der Auftraggeber nach der Rechtsprechung sorgfältig und unter Heranziehung aller wesentlichen Erkenntnisquellen zu treffen hat. Sie hat nach objektiven Kriterien, fachkundig und unter Berücksichtigung der aktuellen Marktsituation zu erfolgen. Anhaltspunkte können die Ergebnisse früherer inhaltsgleicher Ausschreibungen (unter Berücksichtigung der Preisentwicklung/Inflation) sein, aber auch die Ergebnisse von – dokumentierten – Markterkundungen (eine telefonische Abfrage bei einem einzelnen Unternehmen genügt hierfür nicht). Die Übernahme von pauschalen Werten, die auf anderen Kalkulationsgrundlagen oder abweichenden Risikoverteilungen beruhen, genügt nicht. Ein angemessener Sicherheitszuschlag ist zu berücksichtigen.

25 Die Leistungen der Unterstützung der Wärmeplanung unterliegen nicht der (ohnehin nur noch Orientierungswerte enthaltenden) HOAI; die Vergütung ist unabhängig davon frei zu vereinbaren.

26 Die Höhe der den jeweiligen Gemeinden zur Verfügung stehenden Konnexitätsmittel (Ausgleichsbetrag nach § 38 Abs. 2 EWKG) stellt isoliert betrachtet noch keine vergaberechtliche hinreichende Grundlage der Schätzung des Auftragswerts dar. Diese Zahl orientiert sich nicht konkret am voraussichtlich in der jeweiligen Gemeinde entstehenden Planungsaufwand. Grundsätzlich kann nicht von einem vorgegebenen Budget auf den Auftragswert geschlossen werden. – Vorliegend kommt hinzu, dass die Mittel nach § 38 Abs. 2 EWKG nur eine „Abschlagszahlung“ sind und die Gemeinden im Rahmen der Schlussabrechnung gem. § 39 Abs. 2 S. 4 EWKG einen Ausgleich auch für übersteigende Kosten erhalten, soweit diese erforderlich und angemessen waren und der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit beachtet wurde. Die Ermittlung der „Abschlagszahlung“ konnte ihrerseits naturgemäß nicht auf der Grundlage einer konkreten Schätzung des Auftragswerts von externen Unterstützungsleistungen im Einzelfall beruhen.

27 Anders könnte die Lage zu beurteilen sein, wenn Erfahrungswerte aus einer Reihe von Ausschreibungen vorliegen, wonach Aufträge im Wettbewerb so vergeben werden konnten, dass die „Abschlagszahlungen“ auf die Konnexitätsmittel hinreichten. Soweit hier bekannt, ist es Auffassung des Landes, dass die als Abschlag bezeichneten Ausgleichszahlungen nach dem EWKG 2025 auf der Basis früherer Erfahrungen auskömmlich berechnet wurden. Die Frage ist allerdings um so weniger relevant, desto weiter der Betrag der Ausgleichszahlung unter jeweils für das

Verfahren maßgeblichen Schwellenwerten und Wertgrenzen liegt (da dann der Sicherheitspuffer größer ist).

28 Zudem wurde in der Rechtsprechung verschiedentlich vertreten, der öffentliche Auftraggeber könne bei der Ausschreibung eine finanzielle Obergrenze festlegen und teurere Angebote dann zwingend ausschließen (OLG Düsseldorf, 16.05.2018 – Verg 24/17 –; OLG Koblenz, 04.02.2014 – 1 Verg 7/13 –). Anderes soll gelten, wenn dies missbraucht wird, um eine Ware oder Leistung unter Marktpreis einzukaufen oder dazu, den Großteil der Bieter ausscheiden zu lassen. Mit anderen Worten: Die Vorgabe darf nicht unrealistisch niedrig sein. – Sofern eine nach diesen Maßgaben zulässige finanzielle Obergrenze in der Höhe des vorhandenen Budgets gesetzt wird, könnte man argumentieren, dass der Auftragswert eben auch nicht höher liegen könne, weil teurere Angebote ausgeschlossen würden, und auf diese Weise eben doch die Höhe der „Abschlagszahlungen" zugrunde legen. Ob die Rechtsprechung einen solchen „normativen" Auftragswert auch dann akzeptieren würde, wenn sich z.B. die pauschalen Konnexitätsmittel (Abschlagszahlungen) als strukturell unzureichend erweisen, ist offen. Da wegen der Selbstbindung eine einmal bekannt gegebene finanzielle Obergrenze nicht nachträglich aufgeweicht werden kann, sollte dieses Instrument ohnehin nur mit Bedacht eingesetzt werden.

5. Welche Verfahrensordnung gilt für die Vergabe?

29 **Abhängig von der Erreichung des EU-Schwellenwerts gelten entweder die VgV oder die UVgO (diese je nach Leistungsart entweder insgesamt oder – oft – nur deren § 50).**

30 Bei einem Auftrag zur Unterstützung der kommunalen Wärmeplanung, z.B. nach Maßgabe des Muster-Leistungsverzeichnisses) handelt es sich vergaberechtlich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag, da es weder um Bauleistungen noch um die Lieferung von Waren geht. Ob zivilrechtlich ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliegt, spielt dafür keine Rolle.

31 Welche Verfahrensordnung für die Vergabe eines solchen Auftrags gilt, hängt maßgeblich davon ab, ob der geschätzte Auftragswert den für einen solchen Dienstleistungsauftrag maßgeblichen EU-Schwellenwert erreicht. Dieser liegt für die hier relevanten Leistungen gegenwärtig bei 216.000 € ohne Umsatzsteuer (der Wert

ändert sich typischerweise regelmäßig alle zwei Jahre). (Der für die Leistungen nach § 130 GWB maßgebliche deutlich höhere Schwellenwert spielt hier keine Rolle: Die hier relevanten planerischen Dienstleistungen im Energiebereich des Titels 71314000-2 des CPV fallen als Kategorie der Ingenieurleistungen nicht in den Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU.)

32 Jedenfalls dann, wenn die Leistungen die Wärmeplanung für mehrere Gemeindegebiete betreffen – sei es aufgrund einer Aufgabenübertragung, sei es aufgrund einer gemeinsamen Wärmeplanung benachbarter Gemeinden nach § 10 Abs. 3 EWKG oder sei es aufgrund einer schlichten gemeinsamen Ausschreibung durch oder für mehrere Gemeinden (vergaberechtlicher Konvoi) –, kommt eine Überschreitung in Betracht.

33 Ist das der Fall, gelten der Teil 4 des GWB und die VgV, also das Bundesrecht, welches die EU-Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU umsetzt.

34 In vielen Fällen – bei der Vergabe durch einzelne Kommunen ebenso wie bei kleineren Konvois – dürfte die Schätzung des Auftragswerts allerdings zu dem Ergebnis führen, dass der Schwellenwert nicht erreicht wird. Für die Vergabe gilt dann Landesrecht, also in Schleswig-Holstein das Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) und nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 VGSH damit die UVgO – unter Berücksichtigung der Modifikationen durch die SHVgVO. Ob die UVgO insgesamt zur Anwendung gelangt oder nur § 50 UVgO, hängt von der Einordnung als freiberufliche Leistung ab, siehe sogleich.

6. In welcher Verfahrensart kann der Auftrag vergeben werden?

35 **Im Oberschwellenbereich ist europaweit zu vergeben. Das kann oft durch europaweiten Teilnahmewettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren erfolgen. Unterhalb des EU-Schwellenwerts dürfte oft die Sonderregelung von § 50 UVgO eingreifen, die nur möglichst viel Wettbewerb verlangt. Falls jedoch die UVgO insgesamt gilt, ist bei Auftragswerten unter 150.000 € nach § 3 Abs. 2 SHVgVO eine Verhandlungsvergabe (auch ohne**

Bekanntmachung) zulässig. Grob schematisch zeigt das die folgende Tabelle:

<table>
<tr><td colspan="2">Oberschwellenbereich (derzeit ab 216.000 € netto)</td></tr>
<tr><td colspan="2">EU-weite Vergabe nach VgV (meist Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb</td></tr>
<tr><td colspan="2">Unterschwellenbereich</td></tr>
<tr><td>Freiberufliche Leistung:</td><td>„Nicht freiberufliche“ Leistung:</td></tr>
<tr><td>Es gilt nur § 50 UVgO</td><td>UVgO gilt insgesamt, aber SHVgVO-Modifikationen:</td></tr>
<tr><td>Wert bis 50.000 €:
➔ Direktauftrag möglich</td><td>Wert bis 5. 000 €:
➔ Direktauftrag möglich</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Wert ab 50.000 €:
➔ Einholung mehrerer Angebote im Wettbewerb</td><td>Wert größer als 50.000 bis 150.000 €:
➔ UVgO-Verhandlungsvergabe ohne Bekanntmachung</td></tr>
<tr><td>Wert größer 150.000 €, aber kleiner als 216.000 €:
➔ „Normale“ UVgO-Vergabe (mit Bekanntmachung) u. E-Vergabe</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ab 50.000 € Bieterinformation 7 Tage vor Zuschlag (§ 5 SHVgVO) (oberschwellig 10 Tage vorher, § 134 GWB)</td></tr>
</table>

36 In welcher Verfahrensart die Auftragsvergabe erfolgen kann, hängt wegen der unterschiedlichen Verfahrensordnungen wiederum vom geschätzten Auftragswert, aber auch von anderen Umständen ab.

a) Europaweites Verfahren (EU-Schwellenwert erreicht oder überschritten)

37 Erreicht oder überschreitet der Auftragswert den EU-Schwellenwert und sind daher GWB und VgV anzuwenden, stehen dem Auftraggeber die förmliche europaweite Ausschreibung („offenes Verfahren“) oder die europaweite Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb („nicht offenes Verfahren“) zur freien Auswahl. Jedenfalls dann, wenn Bestandteil der Leistungen auch diejenigen zur Entwicklung eines Zielszenarios und der Umsetzungsstrategie mit Maßnahmen sind, wird aber auch die Vergabe im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durch § 14 Abs. 3 Nr. 2 VgV („konzeptionelle oder innovative Lösungen“) gerechtfertigt sein. Nach dem Wortlaut dürfte auch § 14 Abs. 3 Nr. 4 VgV zur Anwendung gelangen, weil die technischen Anforderungen wohl nicht allein durch Rückgriff auf (technische) Normen der dort genannten Art beschrieben werden können (die Reichweite dieser Vorschrift ist aber strittig).

38 Häufig wird in diesem Bereich daher – wie bei anderen Planungsleistungen – die Vergabe durch einen europaweiten Teilnahmewettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren nach § 17 VgV durchgeführt werden.

b) Unterschwellenrecht (EU-Schwellenwert nicht erreicht)

39 Erreicht der Auftragswert nach ordnungsgemäßer Schätzung den EU-Schwellenwert nicht, hängt die Einordnung nach dem Landesrecht von weiteren Umständen ab, wobei sich im Ergebnis die Vorgehensweise ähneln wird:

aa) Greift das vereinfachte Recht für freiberufliche Leistungen (§ 50 UVgO) ein?

40 **Soweit die abgefragten Leistungen auch von freiberuflich geführten Ingenieurbüros erbracht werden können und angeboten werden, gilt das vereinfachte Recht von § 50 UVgO. Dann ist nach h.M. eine Angebotsabfrage im Wettbewerb bei mind. 3 geeigneten Unternehmen ausreichend.**

41 Unterhalb der Schwellenwerte verweist das Landesrecht in § 3 Abs. 1 Nr. 1 VGSH auf die UVgO. Diese enthält in § 50 UVgO eine privilegierende Sonderregelung für öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Hinsichtlich der Freiberuflichkeit verweist die amtliche Anmerkung auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG und damit eine nicht abschließende Aufzählung freier Berufe. Zu diesen gehört unter anderem die selbstständig ausgeübte Berufstätigkeit der Ingenieure.

42 Für die Anwendung der Vorschrift kommt es nicht darauf an, ob der Auftrag tatsächlich an einen freiberuflich Tätigen vergeben wird. Ausreichend ist, dass die Leistungen auch von freiberuflich Tätigen angeboten werden. Leistungen der Unterstützung der kommunalen Wärmeplanung werden zum Teil von spezialisierten Beratungsunternehmen angeboten, die teils schon kraft Rechtsform steuerlich als Gewerbebetriebe einzuordnen sind (z.B. GmbH) oder deren Berufsträger keinem Katalogberuf im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG nachgehen. Besteht jedoch Wettbewerb auch mit selbständig geführten Ingenieurbüros, greift § 50 UVgO ein. Ob ein solcher Wettbewerb besteht, ist vom Auftraggeber vor Einleitung des Vergabeverfahrens zu ermitteln. Grundsätzlich ist das jedoch wahrscheinlich, wie ein Blick in das Dienstleisterverzeichnis des KWW Halle zeigt. **Häufig wird im Unterschwellenbereich daher § 50 UVgO anzuwenden sein**.

43 Im Anwendungsbereich von § 50 UVgO gilt lediglich, dass sie grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind und dabei so viel Wettbewerb zu schaffen ist, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Welches Maß an Wettbewerb grundsätzlich erforderlich ist, ist nicht abschließend geklärt und wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Nach wohl überwiegender Meinung wird der Ermessenspielraum im Einzelfall betont und soll eine öffentliche Bekanntmachung nicht zwingend sein. Dafür spricht, dass sonst die beabsichtigte Vereinfachung / Privilegierung der Vergabe freiberuflicher Leistungen weitgehend verfehlt würde. **Erforderlich ist, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, aber zumindest die parallele Aufforderung mehrerer (in der Regel mindestens dreier) vom Auftraggeber vorab als geeignet angesehener Unternehmen zur Abgabe eines Angebots im Wettbewerb** (vgl. etwa Stolz: in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 50 UVgO Rn. 1; Scharf; in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO, 3. Aufl. 2022, § 50 Rn. 9 f.; Meckler, NZBau 2021, S. 768, 771; strenger z.B. Kern, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 2017, § 50 Rn. 78). Aus Gründen der Transparenz ist dabei mindestens empfehlenswert, wenn nicht zwingend, dass die Zuschlagskriterien und die Art ihrer Bewertung mitgeteilt werden. Verhandlungen über die Angebote sind möglich, müssen dann allerdings diskriminierungsfrei geführt werden (statt nur mit einem „Lieblingsbieter“ nachzuverhandeln).

44 Die übrigen Vorschriften der UVgO zu den Verfahrensarten, Formalien, E-Vergabe u. dgl. finden keine Anwendung. Allerdings sind die öffentlichen Auftraggeber nicht gehindert, sich freiwillig daran zu orientieren. Ebenso wenig sind sie im Anwendungsbereich von § 50 UVgO daran gehindert, eine Bekanntmachung mit Aufforderung zur Abgabe von Bewerbungen oder Angeboten zu veröffentlichen. Die Anwendung von § 50 UVgO sollte dabei aber klargemacht werden (in der Praxis wird die Vorschrift von Vergabestellen leider oft übersehen, so dass sie mehr formalen Aufwand betreiben als nötig).

45 Liegt der Auftragswert sogar unter 50.000 €, kann ein Direktauftrag erteilt werden (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 SHVgVO); die Vergabe ist im Anschluss bekannt zu geben. Diese Regelung gilt auch, wenn der Wert eines Fachloses („Einzelauftragswert“, vgl. 2 Abs. 3 SHVgVO) unter dem Betrag liegt – bei Teillosen gilt das aber nicht für jedes Teillos. Soll die Wärmeplanung also zeitlich parallel für mehrere Gemeinden erarbeitet werden, kommt es im Hinblick auf diese Wertgrenze auf den Gesamtbetrag für alle Gemeinden an. Die Zulässigkeit der Direktvergabe bedeutet bei alledem

nicht, dass ein Wettbewerb verboten wäre. Die beauftragende Stelle kann stets freiwillig einen solchen durchführen.

bb) Welches Verfahren gilt im Unterschwellenbereich, wenn es nicht um freiberufliche Leistungen geht?

46 **In diesem Fall gilt die UVgO insgesamt unter Berücksichtigung der Erleichterungen nach dem schleswig-holsteinischen Landesrecht, insbesondere für Aufträge unterhalb von 50.000 € bzw. 150.000 €.**

47 Seit dem 16.05.2026 sind Direktaufträge nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 SHVgVO für alle Dienstleistungsaufträge bis 50.000 € zulässig; vgl. dazu näher soeben Tz. 45.

48 Darüber hinaus gilt im Unterschwellenbereich für die Vergabe von (nicht-freiberuflichen) Dienstleistungsaufträgen nach dem schleswig-holsteinischen Landesrecht eine weitere besondere Wertgrenze: Nach § 3 Abs. 3 SHVgVO sind bis zu einem Auftragswert von 150.000 € sowohl eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb als auch eine Verhandlungsvergabe ohne weitere Voraussetzungen zulässig. Bei Losaufteilung gilt das nur bis zum addierten Wert von 150.000 €.

49 Oberhalb des Wertes von 150.000 € (bis zur Erreichung des EU-Schwellenwerts von 216 000 €) gelten, soweit nicht § 50 UVgO eingreift, die normalen Maßgaben der UVgO. Eine Verhandlungsvergabe dürfte ähnlich wie im oberschwelligen Bereich der VgV oft nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 UVgO („konzeptionelle oder innovative Lösungen“) zulässig sein. Da die UVgO anders als im Oberschwellenbereich die VgV nicht zwischen der Zulässigkeit mit oder ohne Teilnahmewettbewerb unterscheidet, entfällt dann ebenso wie im Bereich unter 150.000 € die Notwendigkeit einer Bekanntmachung. Auch hier kann die Vergabestelle also mehrere als geeignet angesehene Unternehmen zur Angebotsabgabe oder Teilnahme an Verhandlungen auffordern (§ 12 Abs. 2 UVgO).

50 Sofern § 50 UVgO nicht eingreift, gelten für die Vergabe freilich auch alle sonstigen Regelungen der UVgO unter Berücksichtigung der landesspezifischen Sonderregelungen der SHVgVO. Das bedeutet z.B., dass ab einem Wert von 150.000 € die Vergabe verpflichtend als E-Vergabe zu erfolgen hat und die Vergabeunterlagen öffentlich bereitzustellen sind (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 1 SHVgVO i.V.m. den §§ 7 und

38 UVgO sowie § 3 Abs. 2 Nr. 4 SHVgVO i.V.m. § 29 Abs. 1 UVgO). Ab einem Auftragswert von 50.000 € ist zudem sieben Tage vor Erteilung des Zuschlags die Vorabinformation an unterlegene Bieter gemäß § 5 SHVgVO erforderlich (dies gilt allerdings auch im Anwendungsbereich von § 50 UVgVO).

7. Muss die Vergabe durch eine Bekanntmachung eingeleitet werden?

51 **Im Oberschwellenbereich wird eine europaweite Bekanntmachung praktisch stets erforderlich sein. Bei einer Vergabe unterhalb des Schwellenwertes ist sie in den meisten Fällen nicht zwingend.**

52 Dies hängt von der anzuwendenden Verfahrensordnung und Verfahrensart ab.

53 Erreicht oder übersteigt der Auftragswert den EU-Schwellenwert und ist somit die VgV anwendbar, kommt praktisch nur eine Verfahrensart mit europaweiter Bekanntmachung in Betracht, nämlich entweder das offene oder das nicht offene Verfahren oder das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.

54 Unterhalb des Schwellenwertes ist eine einleitende Bekanntmachung bei Zulässigkeit eines Direktauftrags (also bis Auftragswert von 50.000 €) natürlich nicht nötig. Dabüer ist sie im Anwendungsbereich von § 50 UVgO nach wohl überwiegender Auffassung nicht zwingend (siehe oben Tz. 43). Werden die Leistungen nicht als freiberufliche eingeordnet und gilt somit die UVgO insgesamt, kann bis zu einem Auftragswert von 150.000 € nach § 3 Abs. 3 SHVgVO auf eine solche Bekanntmachung verzichtet werden, indem eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb oder eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb gewählt wird. Ab einem Auftragswert von 150.000 € gilt das ebenfalls, wenn eine Verhandlungsvergabe insbes. nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 UVgO für zulässig erachtet wird

8. Müssen Eignungskriterien festgelegt werden und ggf. wie?

55 **Die Vergabe darf nur an geeignete Unternehmen erfolgen. Die Art und Förmlichkeit der Festlegung unterscheidet sich nach der Verfahrensart. Der Auftraggeber genießt inhaltlich einen Spielraum.**

56 Öffentliche Aufträge werden nur an geeignete, d.h. fachkundige und (in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht) leistungsfähige Unternehmen vergeben. Im Ober-

schwellenbereich ist das in § 122 GWB geregelt, im Anwendungsbereich der UVgO in § 31 UVgO. Im Anwendungsbereich von § 50 UVgO ist das zwar nicht geregelt. Es dürfte aber schon dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz (§ 2 Abs. 1 S. 1 SHVgO) widersprechen, ungeeignete Auftragnehmer auszuwählen. Gleiches gilt bei Direktvergabe (bis 50.000 €) – eine förmliche Festlegung oder Bekanntmachung ist dabei freilich nicht nötig.

57 Welche Eignungskriterien im konkreten Fall gelten sollen, ist vom Auftraggeber festzulegen, wobei er einen erheblichen Beurteilungsspielraum genießt. Sog. „Newcomer“ dürfen durch die Kriterien ausgeschlossen werden, wenn es sachliche Gründe dafür gibt, konkrete Vorerfahrungen zwingend zu verlangen.

58 Unterschiedlich ist allerdings das Verfahren der Festlegung. Wird im Anwendungsbereich von § 50 UVgO oder im Falle der unterschwelligen Verhandlungsvergabe zugunsten einer direkten Aufforderung von ausgewählten Unternehmen auf eine Bekanntmachung verzichtet, so sollte in einem Vermerk festgehalten werden, dass und warum die anzuschreibenden Unternehmen für geeignet erachtet werden. Eine gesonderte vorherige förmliche Festlegung von Kriterien ist dann nicht zwingend. Es ist nicht zwingend, aber zulässig, zur Bestätigung mit dem Angebot noch konkretisierende Eigenerklärungen abzufordern, z.B. zum Bestehen einer Haftpflichtversicherung oder zu konkreten Referenzen.

59 In Vergabeverfahren mit einer Bekanntmachung sind die Eignungskriterien demgegenüber grundsätzlich abschließend in der Bekanntmachung aufzuführen (vgl. § 122 Abs. 4 GWB, § 33 Abs. 1 S. 3 UVgO – im Oberschwellenbereich ist seit 01.07.2026 unter Umständen ein Verweis auf eine spezielle Vergabeunterlage erlaubt, für die UVgO gilt das noch nicht, eine Refom wird allerdings diskutiert). Eine spätere Änderung ist unzulässig. Es sollte darauf geachtet werden, die Anforderungen nicht zu überspannen, um den Wettbewerb nicht zu sehr einzuengen. So ist zu bedenken, dass es sich bei der kommunalen Wärmeplanung noch um ein noch junges Tätigkeitsgebiet handelt, sodass die Unternehmen oft nicht über allzu viele entsprechende Referenzprojekte verfügen. Es bietet sich auch an, den Maßstab der Vergleichbarkeit nicht allzu eng zu bestimmen.

9. Wann und wie sind Zuschlagskriterien festzulegen?

60 **Zuschlagskriterien sind vor Einleitung eines wettbewerblichen Verfahrens festzulegen und den interessierten Unternehmen unter Angabe der Gewichtung transparent zu machen.**

61 Für den Oberschwellenbereich ist in § 127 Abs. 1 GWB geregelt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Dieses bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und wie weit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. In § 44 UVgO ist das für den Unterschwellenbereich entsprechend und detailliert geregelt. In beiden Fällen ist geregelt, dass die Zuschlagskriterien und grundsätzlich auch ihre Gewichtung in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben sind – und somit vor Beginn des Wettbewerbs festgelegt werden müssen.

62 Für freiberufliche Leistungen im Unterschwellenbereich ist das in § 50 UVgO nicht ausdrücklich geregelt. Eine Vergabe im Wettbewerb impliziert jedoch, dass es Kriterien gibt, nach denen der Wettbewerb entschieden wird. Dann entspricht es wiederum der Transparenz, diese Kriterien gegenüber den Bietern auch zu benennen (wie der EuGH es für binnenmarktrelevante unterschwellige Vergaben generell verlangt). Eine Benennung in einer Angebotsaufforderung (oder Bekanntmachung, wenn diese denn erfolgt) ist also zumindest zu empfehlen.

63 Bei einer Direktvergabe entfällt die Festlegung von Zuschlagskriterien, da es hier eben keinen Wettbewerb gibt.

10. Wie können Zuschlagskriterien gestaltet werden?

64 **Es sollten nicht nur preisliche, sondern auch qualitative Kriterien berücksichtigt werden. Eignungskriterien dürfen nicht berücksichtigt werden.**

a) Die Preisfrage

65 Im Allgemeinen ist es im Vergaberecht möglich, den Preis als einziges Zuschlagskriterium festzulegen (vgl. den Wortlaut von § 127 Abs. 1 S. 4 GWB) und wird z.B. bei typischen Bauausschreibungen nach Leistungsverzeichnis auch oft so gehandhabt. Vorliegend ist das nicht zu empfehlen: Im Oberschwellenbereich regelt § 76

Abs. 1 S. 1 VgV, dass Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb vergeben werden – also gerade nicht allein nach dem Preis. Ob es sich vorliegend stets um Ingenieurleistungen handelt, ist zwar nicht sicher. Auch fehlt unterhalb der Schwellenwerte eine vergleichbare Regelung. Jedoch ist bei planerischen Leistungen generell davon auszugehen, dass z.B. die Qualifikation und Organisation der konkret tätigen Personen erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann (vgl. noch unten), sodass eine reine Vergabe nach dem Preis dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit nur unzureichend gerecht würde. Gleichwohl stellt der Preis einen wichtigen und nicht zu vernachlässigenden Aspekt dar.

66 Es kommen verschiedene Arten der Berücksichtigung in Betracht:

67 Prinzipiell ist es zulässig, dass der Auftraggeber einen konkreten Festpreis vorgibt, zu dem vergeben wird, sodass der Wettbewerb nur nach qualitativen Kriterien entschieden wird (vgl. § 58 Abs. 2 S. 3 VgV, § 43 Abs. 2 S. 3 UVgO). Im Bereich von § 50 UVgO ist das nicht geregelt, dürfte aber ebenfalls zulässig sein. Empfehlenswert ist das im vorliegenden Zusammenhang nur, wenn der Auftraggeber sicher ist, dass die vorgegebene Summe auskömmlich ist und für die Bieter bzw. den späteren Auftragnehmer ausreicht, um die Leistung in angemessener Qualität und Zeit auszuführen. Eine solche Prognose dürfte gerade anfänglich schwer möglich sein. Daher ist diese Variante eher nicht empfehlenswert.

68 Denkbar ist ferner, von den Bietern Pauschalpreise anbieten zu lassen, etwa durch Addition von Teilpauschalen für die einzelnen Leistungsabschnitte (z.B. Titel des KWW-Muster-LV). Empfehlenswert ist das nur, wenn davon auszugehen ist, dass der Arbeitsaufwand für die Bieter hinreichend genau vorab kalkuliert werden kann. Auch wenn die Vergabe nach dem KWW-Muster-LV erfolgt, erscheint das vielen Fällen unsicher, weil die beschriebenen Tätigkeiten teils komplex sind und von den Verhältnissen vor Ort abhängen, die vor der Vergabe oft gerade nicht feststehen. Das Verlangen eines Pauschalpreises führt dann oft zu unnötigen Risikoaufschlägen oder spekulativen Angeboten. Diese Vorgehensweise erscheint daher nur für erkennbar einfach gelagerte Fälle geeignet.

69 Für komplexere Fälle bietet sich daher eine Honorarstruktur dahin an, dass die Leistungen auf der Basis des tatsächlichen Zeitaufwands zu Stundensätzen erbracht werden, ggf. differenziert nach Qualifikationsstufen der tätigen Personen.

Bei der Vergabe komplexer Beratungsaufträge ist es durchaus üblich, dass Stundensätze abgefragt und im Wettbewerb verglichen werden.

70 Allerdings kann dies zu einem Verhalten von Bietern führen, dass zwar sehr günstige Sätze angeboten werden, dann aber sehr viel Zeitaufwand „generiert“ und abgerechnet wird (z.B. durch Verteilung der Arbeit auf vergleichsweise viele Personen mit hohem Besprechungsbedarf etc.). Der tatsächliche Abrechnungsbetrag ist für den Auftraggeber schwer vorherzusagen, es besteht nur eine geringe Kostensicherheit.

71 Um dem zu begegnen, kann von den Bietern die Angabe einer Kostenobergrenze verlangt werden und diese in den Wettbewerb gestellt werden. Eine solche harte Obergrenze stellt indes eine sehr einseitige Risikoverteilung zulasten der Unternehmen dar, da sie nicht profitieren, wenn der Zeitaufwand geringer ist als geschätzt, andererseits aber das Risiko tragen, wenn dieser sich als höher erweist.

72 Zuweilen lassen Auftraggeber sich gerade im Bereich von § 50 UVgO Stundensätze anbieten, verlangen eine Schätzung des Zeitaufwands und gehen dann so vor, dass sie aus den Schätzungen der Angebote einen Mittelwert extrahieren und anhand dessen die Bewertung vornehmen. Dies läuft aber auf einen reinen Stundensatzvergleich hinaus und begünstigt zudem unrealistisch niedrige Angaben zum Zeitaufwand, ist also eher keine empfehlenswerte Variante.

73 **Eine empfehlenswerte Variante ist demgegenüber, von den Bietern einerseits die Angabe von Stundensätzen zu verlangen und andererseits die Angabe eines Zeitaufwands pro Titel des Leistungsverzeichnisses (woraus ein Schätzpreis errechnet werden kann), und dann zu regeln, dass bei der späteren Leistungserbringung eine Überschreitung des im Angebot angegebenen Zeitaufwands zwar zulässig ist, aber nur, wenn zuvor in einer für den Auftraggeber nachvollziehbaren und akzeptablen Weise begründet wird, warum trotz eines ursprünglich vernünftig kalkulierten Zeitaufwands dieser überschritten werden muss. – Im Rahmen der Zuschlagskriterien könnte dabei der auf den Preis entfallende Anteil (z.B. 60%) einerseits auf die Bewertung der Stundensätze und andererseits – zu einem etwas geringeren Anteil – auf die Bewertung des Aufwands verteilt werden (im Beispiel etwa 40% und 20 %).**

74 Ist die beratende und planerische Aufgabe allerdings sehr komplex, so dass der Schätzpreis rein spekulativ wäre, bleibt letztlich nur die Vergabe nach Stundensätzen.

75 Ist der Preis – wie hier empfohlen – nicht das einzige Zuschlagskriterium, ist eine Gesamtbewertung im Zusammenhang mit den qualitativen Kriterien erforderlich. Hierzu kursieren verschiedene Formeln und Systeme. Empfehlenswert ist eine Umrechnung der angebotenen Preise in Punkte, wobei dem günstigsten wertbaren Preis die volle Punktzahl zugeordnet wird. Die Bepunktung der höheren Preise kann entweder durch lineare Interpolation erfolgen, wobei dann ein Wert festzusetzen ist, dem null Punkte entsprechen, z.B. das 1,5-fache oder auch das Doppelte des günstigsten Preises. Im erstgenannten Fall gilt z.B.:

$$Pi = 100 - (\frac{H_i - H_{\min}}{H_{\min}} x200)$$

76 Oder man vermeidet die Festlegung durch eine nicht-lineare Formel, bei welcher z.B. der Quotient aus dem günstigsten Preis und dem des jeweils betrachteten Angebots gebildet wird und dann mit der Maximalpunktzahl multipliziert wird. Beispiel:

$$Pi = \frac{H_{min}}{H_i}\ x\ 100$$

77 Die Vor- und Nachteile der Varianten zu diskutieren, würde hier den Rahmen sprengen. Zulässig sind (mittlerweile) beide. Unzulässig wäre demgegenüber nach der Rechtsprechung, dem teuersten Angebot stets null Punkte zuzuordnen.

78 Werden Stundensätze und Zeitaufwand separat als Kriterien angesetzt, ist eine Bewertung nach einer Formel je separat vorzunehmen.

b) Koppelungsrabatte

79 Umfasst das Vergabeverfahren mehrere Lose, ergibt sich insbesondere bei Teillosen, die einzelne Gemeinden betreffen, zuweilen die Situation, dass Unternehmen günstigere Konditionen anbieten möchten, wenn sie den Zuschlag auf mehrere Lose erhalten. Das ist insbesondere bei Pauschalpreisen denkbar. Aber auch bei einer Abrechnung nach Stundensätzen könnte ein Unternehmen anbieten wollen,

einen (ggf. noch gestaffelten) prozentualen Rabatt auf die Abrechnungssumme zu gewähren, wenn der Zuschlag auf mehrere oder alle Lose erteilt wird. Wirtschaftlich liegt das auch im Interesse der Auftraggeber. Einwenden könnte man allerdings, dass damit das Gebot der Losaufteilung etwas unterlaufen werde, weil die Lose bzw. die darauf eingegangenen Angebote dann nicht mehr unabhängig voneinander bewertet würden. Inwieweit die Berücksichtigung solcher Koppelungsrabatte zulässig ist, wird daher kontrovers diskutiert.

80 In der Rechtsprechung herrscht die Auffassung vor, dass die Berücksichtigung zulässig ist, wenn und soweit das jeweilige Angebot des den Nachlass gewährenden Bieters in jedem betroffenen Los das wirtschaftlichste ist, wenn der Rabatt berücksichtigt wird (und nicht nur im Gesamtpreis). Liegt das fragliche Angebot bei Berücksichtigung des Rabatts in einem Los nur auf dem zweiten oder einem schlechteren Rang, kann der Rabatt nicht berücksichtigt werden. Die Berechnung ist daher einmal mit und ggf. auch noch einmal ohne Rabatt durchzuführen. Werden solche Rabatte zugelassen, sollte das in den Vergabeunterlagen genau geregelt werden (etwa in Anlehnung an den vorstehen Text dieses Absatzes).

81 Problematischer dürfte die Konstellation sein, dass ein Bieter ein Angebot für ein Los (z.B. für ein besonders kleines Gemeindegebiet) insgesamt unter die Bedingung gestellt, dass er auch den Zuschlag in einem oder mehreren anderen Losen erhält. Ein bedingtes Angebot könnte allgemein als Nebenangebot zulässig sein, wenn Nebenangebote in dem Vergabeverfahren überhaupt zugelassen wurden (die Zulassung von Nebenangeboten bringt allerdings weitere Probleme mit sich, insbesondere hinsichtlich der Frage der Festlegung von Mindestbedingungen oder der Beurteilung der Vergleichbarkeit). In der Rechtsprechung scheint die Zulässigkeit einer solchen Bedingung nicht geklärt. Zuschlagsfähig könnte ein solches Angebot in Analogie zu der vorher betrachteten Konstellation des Koppelungsrabatts dann sein, wenn das Angebot in den anderen Losen, auf die sich die Bedingung bezieht, tatsächlich jeweils das wirtschaftlichste ist und somit für das Los, auf das sich die Bedingung bezieht, die Bedingung eintritt.

82 Am einfachsten und rechtlich sichersten ist es freilich, in den Vergabeunterlagen festzulegen, dass sowohl Nebenangebote als auch Angebote unter der Bedingung des Zuschlags auf mehrere Lose unzulässig sind.

c) Qualitative Kriterien

83 Der Preis sollte wie gesagt nicht das einzige Kriterium darstellen.

84 Unzulässig sind im Anwendungsbereich der VgV und der UVgO Kriterien, die an die Eignung des Bieters anknüpfen, etwa Zahl oder Qualität der Unternehmensreferenzen. Was auf den ersten Blick zuweilen unverständlich wirkt, hat seine Ursache darin, dass die Rechtsprechung seit Langem strikt zwischen der unternehmensbezogenen Eignungsprüfung und der auf das konkrete Angebot bezogenen Angebotswertung nach den Zuschlagskriterien unterscheidet; ein „Mehr an Eignung“ wird grundsätzlich nicht bewertet. Im Anwendungsbereich von § 50 UVgO ist das zwar nicht entschieden. Zur sicheren Seite hin sollte der Grundsatz aber auch hier beachtet werden. Die im Wettbewerb maßgebliche Wirtschaftlichkeit hängt eben nicht direkt vom „Maß“ der Eignung des Unternehmens ab. – Die Bedeutung der Problematik ist allerdings geschrumpft, da es mittlerweile eine anerkannte einigermaßen ähnliche Variante gibt:

85 Zulässig ist es nämlich, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des konkret mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals zu bewerten, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann (so wörtlich § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV und § 43 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UVgO). Mit anderen Worten: Unzulässig ist eine Bewertung von Unternehmensreferenzen im Rahmen der Zuschlagskriterien. Zulässig ist aber eine Bewertung von persönlichen Referenzprojekten derjenigen Beschäftigten bzw. Verantwortlichen des Unternehmens, die im Auftragsfall konkret die Leistungen erbringen. Ebenso können die Jahre der Berufserfahrung dieser Personen bewertet werden, ihre fachlichen Abschlüsse und schließlich auch ein Konzept oder eine Darstellung zur Organisation des Personals (Projektleitung, Zuständigkeiten, Vertretungsregelungen, Einsatzplanung und dgl.). Wenn Qualifikation und Erfahrung von konkreten Personen gewertet werden, sollte aber auch vertraglich bestmöglich sichergestellt werden, dass diese Personen das Projekt dann auch tatsächlich bearbeiten.

86 Denkbar wäre auch eine gesonderte Bewertung, zu welchem Anteil ihrer Arbeitskraft die für Projektleitung und Stellvertretung zuständigen Personen für das Projekt vorgesehen wären. Allerdings ist fraglich, ob derartige Aussagen vertraglich belastbar sind, so dass hinsichtlich dieses Kriteriums eher Zurückhaltung empfohlen wird.

87 Unabhängig davon ist es auch möglich, als qualitatives Kriterium die Güte eines mit dem Angebot eingereichten Konzepts zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen zu bewerten. In diesem Fall sollte vom Auftraggeber möglichst näher skizziert werden, auf welche Inhalte des Konzepts es ihm ankommt. – Zu bedenken ist bei der Entscheidung, dass den interessierten Unternehmen mit der Abforderung eines solchen Konzepts ein erheblicher Arbeitsaufwand im Vergabeverfahren auferlegt wird. Dies kann dazu führen, dass weniger Angebote eingehen oder diese nicht wertbar sind. Eine solche Anforderung sollte also eher nur dann erfolgen, wenn der Umfang des ausgeschriebenen Projekts diesen Aufwand rechtfertigt.

88 Denkbar ist auch ein Kriterium, welches an die Termine zur Fertigstellung der Leistungen anknüpft. Zu bedenken ist jedoch, dass der Projektfortschritt auch von Entscheidungen der Gemeinde abhängt (z.B. Terminen von Gremiensitzungen), sodass eigentlich nur die relative Dauer der vom Anbieter zu erbringenden einzelnen Arbeitsschritte zwischen diesen Entscheidungen gewertet werden kann. Das setzt entsprechende Angaben in den Vergabeunterlagen voraus. Zudem ist auch die Bewertung derartiger terminlicher Angaben nicht frei von Problemen und recht aufwendig. Denkbar wäre ein Vergleich der Gesamtzahl der angesetzten Arbeitswochen, wobei verschiedene Formeln zur Umrechnung in Punkte denkbar sind, ähnlich wie beim Preis. – Alternativ können Aussagen zur Zeitplanung aber auch Bestandteil der Bewertung der Organisation des Projekts sein.

89 Eine Bewertung von nicht-quantitativen Qualitätskriterien kann anhand einer Punkteskala („umgekehrtes Schulnotensystem“) erfolgen (z.B. mit 100 Punkten als Höchstwert). Allerdings verlangt die Rechtsprechung bei einer solchen abstrakten Skala, dass die Bewertung im Einzelfall umso genauer schriftlich begründet wird.

d) Ein Beispiel

90 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen könnte ein Schema von Zuschlagskriterien beispielweise wie nachfolgend dargestellt aussehen. In diesem Beispiel wird aus den oben genannten Gründen auf die Bewertung eines Konzepts zur Durchführung der Leistungen verzichtet und auch auf einen rechnerischen Vergleich von Fertigstellungsterminen. Zur Vereinfachung wurde weiterhin von einem einheitlichen Stundensatz ausgegangen (also nicht differenziert nach Qualifikationsstufen).

	Kriterium	Gewichtung
1.	**Honorar**	
1.1	Unternehmensstundensatz (einheitlich für alle tätigen Personen mit qualifiziertem Berufsabschluss: Hochschulabschluss, Meister, Techniker)	40 %
1.2	Geschätzt abzurechnender Gesamt-Zeitaufwand über alle Titel des Leistungsverzeichnisses (eingeschränkt verbindlich gem. vertraglicher Regelung)	20 %
2.	Zu erwartende **Qualität der Leistung** nach Maßgabe von:	
2.1	**Organisation** (Aufbau- und Ablauforganisation): Zu erwartende Qualität der konkreten Projektorganisation und praktischen Projektabwicklung, Kontinuität und Intensität der Projektbearbeitung, insbesondere: Organisationsstruktur, Einsatzplanung, Kompensation von Ausfällen im Team, Vor-Ort-Präsenz, Terminziele und Zeitplanung	10 %
2.2	**Qualifikation des betrauten Leitungspersonals** Qualifikation und Erfahrung der mit der tatsächlichen Ausführung des Auftrags betrauten Personen (Projektleitung und Stellvertretung) - Berufsabschlüsse, Jahre der Berufserfahrung	15 %
2.3	**Konkrete Erfahrung des betrauten Leitungspersonals** bei vergleichbaren Projekten (persönliche Referenzen).	15 %
Summe		100 %

11. Wie sind Vertragsbedingungen festzulegen?

91 **Die Vertragsbedingungen sollten vom Auftraggeber von Anfang an in das Verfahren eingeführt werden, entweder durch Bezugnahme auf die VOL/B nebst den nötigen besonderen Vertragsbedingungen oder durch einen eigenen Vertragsentwurf.**

92 Ziel der Vergabe ist ein Zuschlag und damit der Abschluss eines Vertrages über die zu beschaffenden Leistungen. Neben der Leistungsbeschreibung sind daher auch die Vertragsbedingungen wesentlicher Bestandteil der Vergabeunterlagen (vgl. § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VgV, § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UVgO).

93 Soweit es sich nicht um freiberufliche Leistungen im oben genannten Sinne handelt, ist nach § 29 Abs. 2 VgV bzw. § 21 Abs. 2 UVgO in der Regel die VOL/B in den Vertrag einzubeziehen. Im Anwendungsbereich von § 50 UVgO gilt dieses Gebot nicht. Die Verwendung der VOL/B als Allgemeine Vertragsbedingungen ist auch hier möglich. Dieses Regelwerk ist auf derartige Leistungen allerdings nicht genau zugeschnitten. Wenn es verwendet wird, sollten die Auftraggeber zumindest Regelungen treffen, die sicherstellen, dass die im Rahmen der Zuschlagskriterien zu bewertenden Angebotsinhalte auch tatsächlich vertraglich verbindlich verein-

bart werden, z.B. Regelungen zur Überschreitung des geschätzten Zeitaufwands, zu den für die Ausführung eingesetzten Personen u.Ä.

94 Optimal ist bei freiberuflichen Leistungen die Verwendung eines auf das konkrete Vorhaben zugeschnittenen Vertragsentwurfs des Auftraggebers. Je nach Verfahrensart kann dieser auch Gegenstand von Änderungsvorschlägen der Bieter und damit der Verhandlungen werden. Wenn dieser Aufwand gescheut wird, könnten wesentliche vertragliche Regelungen (z.B. zur Zulässigkeit der Überschreitung des angegebenen geschätzten Aufwands pro LV-Titel, zur Verbindlichkeit der Benennung der Projektleitung) auch in einem von der Vergabestelle vorgegebenen Angebotsformular untergebracht werden, so dass sie durch Angebotsabgabe und Zuschlag Vertragsinhalt werden.

95 Ausdrücklich nicht zu empfehlen ist eine Vorgehensweise, zunächst nach Maßgabe der Zuschlagskriterien ein Angebot auszuwählen und erst dann Vertragsbedingungen in das Verfahren einzuführen. Denn dann würde der Zuschlag nicht genau auf das Angebot erteilt. Dies ist nicht nur wegen der wirtschaftlichen Relevanz von Vertragsbedingungen vergaberechtlich unzulässig, sondern führt auch dazu, dass der ausgewählte Bieter den Zuschlag ablehnen kann.

96 Nicht zu empfehlen ist auch die Vorgehensweise, sich Vertragstexte von den Unternehmen anbieten zu lassen. Denn da diese unterschiedlich ausfallen und wirtschaftliche Relevanz besitzen, müssen die Vertragsbedingungen dann nach Maßgabe eines entsprechenden Zuschlagskriteriums bewertet werden. Das ist zwar bei entsprechender Bekanntgabe eines solchen Zuschlagskriteriums möglich, aber komplex und fehleranfällig.

III. Fragestellungen während des Verfahrens

1. Wie ist die Eignung der Unternehmen zu prüfen?

97 **Die Eignung der Unternehmen ist je nach den Verhältnissen der Verfahrensart zu prüfen. Dabei ist nicht nur auf Vollständigkeit der geforderten Unterlagen dazu zu achten, sondern auch eine Feststellung dazu zu treffen, ob das Unternehmen inhaltlich fachkundig und leistungsfähig ist.**

98 Wann und wie die Eignung zu prüfen ist, hängt auch von der Verfahrensart ab: Wird ein Verfahren mit Teilnahmewettbewerb gewählt, erfolgt die Prüfung anhand

der eingereichten Teilnahmeanträge (Bewerbungen) vor dem Abschluss des Teilnahmewettbewerbs. Sind wie in einem offenen Verfahren bzw. einer öffentlichen Ausschreibung sogleich Angebote einzureichen, ist die Eignungsprüfung ein gesonderter Teil der Angebotsprüfung. Handelt es sich um ein Verfahren ohne Bekanntmachung, bei dem Unternehmen gezielt angesprochen werden sollen (Verhandlungsvergabe bzw. ggf. Verfahren nach § 50 UVgO), so sind von vornherein nur geeignete Unternehmen anzusprechen. Allerdings ist es denkbar, sich die Eignung durch Abforderung von entsprechenden Erklärungen/Nachweisen mit dem Angebot bestätigen zu lassen und dies dann auch zu prüfen.

99 Das Vorliegen von Ausschlussgründen (entsprechend § 123 und § 124 GWB) ist demgegenüber in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen. Für das Verfahren nach § 50 UVgO ist das nicht ausdrücklich angeordnet, aber zu empfehlen.

100 Eine typische Fehlerquelle bei der Eignungsprüfung ist, dass nur auf die formelle Vollständigkeit der Unterlagen geachtet wird. Richtigerweise muss die Eignung aber auch inhaltlich festgestellt werden, also geprüft werden, ob die eingereichten Unterlagen auch zu der Bewertung führen, dass das Unternehmen fachkundig und leistungsfähig ist.

2. Wie ist mit formell fehlerhaften Angeboten umzugehen?

101 **Der Umgang mit formell fehlerhaften Angeboten richtet sich nach den allgemeinen Regeln.**

102 Im (vollen) Anwendungsbereich der VgV und der UVgO richtet sich der Umgang mit fehlerhaften Angeboten nach den allgemeinen Regeln. Bei formell unvollständigen Angeboten ist demnach eine Nachforderung nach Maßgabe von § 56 Abs. 2 und Abs. 3 VgV bzw. § 41 Abs. 2 und Abs. 3 UVgO nach dem Ermessen der Vergabestelle zulässig. Die Rechtsprechung zu den Grenzen einer solchen Nachforderung ist komplex. Als Daumenregel mag gelten, dass die Nachforderung nicht zu einer inhaltlichen Aufbesserung bereits vorliegender Angaben führen darf.

103 Angebote, die von den Vergabeunterlagen abweichen, also inhaltlich etwas anderes anbieten als gefordert, sind auszuschließen (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, § 42 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 UVgO). Im Falle eines Verhandlungsverfahrens bzw. einer Verhandlungsvergabe ist etwas umstritten, ob dies auch schon für Fehler in den Erstange-

boten gilt, sofern die Erstangebote noch nicht verbindlich ausgestaltet werden müssen.

104 Die vorgenannten Regeln gelten nicht ausdrücklich für die Vergabe freiberuflicher Leistungen nach § 50 UVgO im Wettbewerb. Die Vergabestelle kann sich aber daran orientieren.

3. Wie ist mit einem Verdacht auf ein „Dumping"-Angebot umzugehen?

105 **Die Prüfung von ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angeboten richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Konkurrenten haben (zumindest im Oberschwellenbereich) einen Anspruch darauf, dass die Prüfung erfolgt, i.d.R. nicht aber auf den Ausschluss. Nicht jedes Unterkostenangebot ist unzulässig.**

106 Im (vollen) Anwendungsbereich der VgV und der UVgO Regeln § 60 VgV bzw. § 44 UVgO den Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten. Bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen nach § 50 UVgO existiert dafür keine Regelung. Die Vergabestelle wird sich aber an § 44 UVgO orientieren können.

107 Die erste Frage ist, ob ein Angebot „ungewöhnlich niedrig" ist. Hierfür ist der nach den Regeln des Verfahrens ermittelte Gesamtpreis maßgeblich, nicht unbedingt Einzelpositionen. Wird nach Stundensätzen und geschätztem Aufwand gewertet, wäre demgemäß das Produkt, also ein Gesamt-Schätzpreis, maßgeblich.

108 Es gibt keine verbindlichen Maßstäbe dafür, wann ein Angebot als ungewöhnlich niedrig anzusehen ist. Typische Vergleichsmaßstäbe sind die Schätzung des Auftragswerts oder und vor allem der preisliche Abstand zu anderen Angeboten. Eine Aufgreifschwelle zur weiteren Prüfung ist jedenfalls überschritten, wenn das günstigste Angebot 20 % günstiger ist als das nächstfolgende.

109 Ein derartiges Angebot darf nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden. Vielmehr „verlangt der Auftraggeber vom Bieter Aufklärung". Dies geschieht in Schriftform bzw. Textform. Dabei sollte die Vergabestelle im Aufklärungsverlangen möglichst genau angeben, welche Erläuterungen gefordert werden (z.B. zur Kalkulation eines ungewöhnlich niedrigen Stundensatzes oder dazu, worauf die Schätzung eines ungewöhnlich niedrigen Zeitaufwands beruht, und/oder dazu, ob verfahrensspezifische Nachlässe eingerechnet wurden etc.). Es sollte eine Frist für die Be-

antwortung des Aufklärungsverlangens gesetzt werden. Nach der Rechtsprechung ist hier nicht pauschal die für Nachforderungen übliche Sechstagefrist anzusetzen, sondern zu berücksichtigen, wie aufwendig es für das Unternehmen ist, die geforderten Erläuterungen einzureichen.

110 Unter Berücksichtigung der vom Unternehmen übermittelten Unterlagen prüft der Auftraggeber „die Zusammensetzung des Angebots". § 60 Abs. 2 S. 2 VgV bzw. § 44 Abs. 2 S. 2 UVgO nennen Gesichtspunkte, die einen ungewöhnlich niedrigen Preis erklären können. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Der Auftraggeber prüft, ob er „die geringe Höhe des angebotenen Preises … zufriedenstellend aufklären" konnte.

111 Speziell bei Angaben zum geschätzten Zeitaufwand empfiehlt sich eine Plausibilisierung anhand von Angaben anderer Bieter und/oder anhand von Erfahrungswerten, ggf. auch durch Abfrage bei anderen Kommunen.

112 Erweist sich das Angebot als „unauskömmlich" oder „Unterkostenangebot", so bedeutet das noch nicht zwingend, dass keine zufriedenstellende Aufklärung erfolgt ist. Nach der Rechtsprechung kann auch ein solches Angebot legitim sein, etwa dann, wenn ein Unternehmen sich einen neuen Markt erschließen möchte. Grenzen liegen dort, wo eine zielgerichtete Absicht zur Verdrängung eines anderen Unternehmens festgestellt werden kann, sowie dort, wo der Auftraggeber begründet die Befürchtung haben muss, dass das Unternehmen im Zuschlagsfall die Leistung aus wirtschaftlichen Gründen nicht ordnungsgemäß ausführen wird oder gar insgesamt in eine finanzielle Schieflage geraten wird.

113 Ein Ausschluss wegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots ist schließlich auf der Rechtsfolgenseite grundsätzlich eine Ermessensfrage – der Auftraggeber muss also nicht ausschließen, wenn die geringe Höhe nicht plausibel erklärt werden konnte. Anders ist das, wenn der Bieter die Aufklärung verweigert oder wenn die geringe Höhe auf der Nichterfüllung von für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlichen Vorschriften beruht.

114 Die Regelungen über die Prüfung ungewöhnlich niedrige Angebote sind eingeschränkt drittschützend: Konkurrierende Bieter haben (jedenfalls im Oberschwellenbereich) einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Prüfung überhaupt

durchführt, nicht aber auf den Ausschluss eines niedrigen Angebots (wenn die Entscheidung ohne Ermessensfehler getroffen wurde).

4. Wann ist eine Abfrage beim Wettbewerbsregister nötig?

115 **Ab einem Auftragswert von 50.000 € ist vor dem Zuschlag eine Abfrage beim Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt erforderlich.**

116 Die Abfrage beim Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt hat im Vergaberecht die früher verbindliche Abfrage beim Gewerbezentralregister ersetzt.

117 Die Abfrage ist – unabhängig von der angewendeten Verfahrensordnung oder Verfahrensart, also auch im Falle von § 50 UVgO – verbindlich bei Vergabeverfahren mit einem geschätzten Auftragswert ab 50.000 € netto (§ 6 Abs. 1 WRegG –). Die Abfrage hat nach der Auswertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien und der Auswahl des für den Zuschlag vorgesehenen Angebots zu erfolgen.

118 Die Abfrage erfolgt elektronisch. Die Kommunen sollten inzwischen alle über einen entsprechenden Zugang verfügen.

5. Wann ist eine Vorabinformation unterlegener Bieter erforderlich?

119 **Im Oberschwellenbereich ist dies die Vorabinformation gemäß § 134 GWB erforderlich. In Schleswig-Holstein besteht eine ähnliche Verpflichtung im Unterschwellenbereich bei Auftragswerten ab 50.000 € nach § 5 SHVgVO.**

120 Im Oberschwellenbereich, also im Anwendungsbereich von GWB und VgV, ist es Voraussetzung für einen wirksamen Zuschlag, dass unterlegene Bieter vor dem Zuschlag unter Einhaltung der Mindestfrist von zehn Tagen über die beabsichtigte Nichtberücksichtigung, den Name und Sitz des erfolgreichen Bieters, das früheste Datum der Zuschlagserteilung und die Gründe für die beabsichtigte Nichtberücksichtigung informiert werden (§ 134 Abs. 1 GWB).

121 In Schleswig-Holstein besteht die Besonderheit, dass eine Verpflichtung zur Vorabinformation auch im Unterschwellenbereich bei Auftragswerten ab 50.000 € besteht (§ 5 SHVgVO), allerdings mit einer etwas verkürzten Frist (sieben Tage).

6. Dokumentation

122 **Unabhängig von der Verfahrensordnung und der Verfahrensart ist stets auf eine sorgfältige Dokumentation des Vergabeverfahrens zu achten.**

123 Vergabeverfahren sind von Beginn an fortlaufend in Textform zu dokumentieren (§ 8 Abs. 1 VgV, § 6 UVgO). Für den Oberschwellenbereich ist dies in § 8 Abs. 1 und Abs. 2 VgV besonders detailliert geregelt. Eine solche Dokumentation ist aber auch im Unterschwellenbereich und auch im Anwendungsbereich von § 50 UVgO zu empfehlen.

124 Dazu gehört zum Beispiel die Dokumentation der Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen, der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, der Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen, ggf. der Verhandlungen mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag.

125 Zusätzlich zur fortlaufenden Dokumentation ist – so ist es zumindest im Oberschwellenbereich explizit vorgeschrieben – ein „Vergabevermerk“ aufzunehmen, was praktisch angesichts der vorgesehenen Inhalte erst am Ende des Verfahrens vollständig geschehen kann. Wird der Vermerk fortlaufend geführt, ist darauf zu achten, dass das Datum der einzelnen Eintragungen im Nachhinein revisionssicher erkennbar ist. Dieser Vermerk hat mindestens zu enthalten:

1. den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers sowie Gegenstand und Wert des Auftrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems,
2. die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
3. die nicht berücksichtigten Angebote und Teilnahmeanträge sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung,
4. die Gründe für die Ablehnung von Angeboten, die für ungewöhnlich niedrig befunden wurden,
5. den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie, falls bekannt, den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt,

und gegebenenfalls, soweit zu jenem Zeitpunkt bekannt, die Namen der Unterauftragnehmer des Hauptauftragnehmers,

6. bei Verhandlungsverfahren/Verhandlungsvergaben die Umstände, die die Anwendung dieser Verfahren rechtfertigen,
7. bei Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb die genannten Umstände, die die Anwendung dieses Verfahrens rechtfertigen,
8. gegebenenfalls die Gründe, aus denen der öffentliche Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags verzichtet hat,
9. gegebenenfalls die Gründe, aus denen andere als elektronische Mittel für die Einreichung der Angebote verwendet wurden,
10. gegebenenfalls Angaben zu aufgedeckten Interessenkonflikten und getroffenen Abhilfemaßnahmen,
11. gegebenenfalls die Gründe, aufgrund derer mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben wurden, und
12. gegebenenfalls die Gründe für die Nichtangabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien.