

gabenübertragung einen Beschaffungsvorgang und somit einen vergabe-rechtspflichtigen Dienstleistungsauftrag darstelle, der nicht durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen ignoriert werden dürfe.

Am 4.11.2005 hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Rheinland-Pfalz in Koblenz (OVG Koblenz, 7 B 11329/05.OVG) einer Kommune untersagt, ihrem Verkehrsunternehmen eigenwirtschaftliche Linieverkehrsgenehmigungen für einen im Querverbund finanzierten Stadtbus-Verkehr zu erteilen. Das OVG Koblenz leitet dies aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und aus der Berufsfreiheit (Art. 12 und Art. 3 GG) ab. Der Anspruch der Wettbewerber auf gleiche Wettbewerbsbedingungen im Genehmigungsverfahren werde verletzt, wenn

der eigenwirtschaftliche Antrag eines im Querverbund finanzierten Unternehmens mit dem eines Wettbewerbers, der von der Stadt keine solche Finanzierung erhalte, verglichen und dann die Auswahlentscheidung nach dem „besseren“ Angebot getroffen werde. Ergänzend führte das OVG aus, dass es in Deutschland außerdem keine rechtssichere Teilbereichsausnahme von der Verordnung 1191/69 gebe. Das heißt, von der in der Verordnung 1191/69 vorgesehenen Möglichkeit, Unternehmen des Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrs vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen, sei mit der Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren (Paragraphen 13 und 13a PBefG) nicht rechtssicher Gebrauch gemacht worden. Somit sei die Interpretation der Unternehmenserträge in Paragraph 8

Abs. 4 PBefG als „Sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne“, die die Eigenwirtschaftlichkeit nicht berühren, nicht rechtssicher anzuwenden beziehungsweise die Bereichsausnahme überschreiten. Das OVG machte sich damit die Zweifel zu eigen, die der EuGH in seinem „Altmark Trans-Urteil“ zwar geäußert, aber nicht beantwortet hatte und die bislang auch nicht vom Bundesverwaltungsgericht höchstrichterlich geklärt worden sind. Eine solche Entscheidung steht allerdings in Kürze im Revisionsverfahren zum Urteil des OVG Lüneburg vom 16. September 2004, Az 7 LB 3545/01, an. Dort war die Rechtssicherheit der Teilbereichsausnahme der Verordnung 1191 und damit der Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren im PBefG bejaht worden.

■ *Dipl.-Ing. Maike Ehrensberger, BCM BauConsult Management GmbH, Berlin*

Dokumentationspflichten des Auftraggebers

Die Fertigung des Vergabevermerks als nicht delegierbare Bauherrenaufgabe

Über die Vergabe ist ein Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält. Im Umkehrschluss wird bei der Überprüfung von Vergabeverfahren davon ausgegangen, dass ein Verfahrensschritt, der nicht dokumentiert ist, rechtswidrig ist. Grund genug, diese Dokumentationsaufgabe tatsächlich ernst zu nehmen.

Für die Vergabe öffentlicher Aufträge verwenden Bund, Länder und Kommunen in der Regel Steuergelder. Damit unterliegen sie den strengen Auflagen hinsichtlich des wirtschaftlichen und effizienten Einsatzes der Mittel. Bei der Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge ist darüber hinaus der Dreiklang der Grundsätze des fairen Wettbewerbs zu berücksichtigen: Das Wettbewerbs-, das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot.

Transparenz mittels Dokumentation

Das Transparenzgebot wird ganz wesentlich durch die Wahrnehmung der Pflichten zur ordnungsgemäßen Dokumentation erfüllt. Die Dokumentation dient dem Ziel, die mit VOB/A, VOL/A und VOF in Verbindung mit der Vergabeordnung und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgegebenen Prozessabläufe des Beschaffungsvorgangs öffentlicher Aufträge transparent und nachprüfbar darzulegen und zu begründen.

Die Dokumentation eines Vergabeverfahrens erfolgt im Rahmen des so genannten

Vergabevermerks, der mit seinen Anlagen Gegenstand der Vergabeakte ist.

Begründung von A bis Z

Im Vergabevermerk wird die Auftragsvergabe von A bis Z begründet. Es ist ausführlich darzulegen, wieso an wen vergeben wird. Dabei sind auch die Motive, die zu einer bestimmten Entscheidung geführt haben, zu benennen. Nur so kann nachgewiesen werden, dass alle Entscheidungen korrekt gefällt worden sind.

Um dem Transparenzgebot Genüge zu tun, sind das Vergabeverfahren und alle wesentlichen Entscheidungen, auch und gerade solche Entscheidungen, die dem Ermessensspielraum der Vergabestelle obliegen, einzeln und zeitnah, fortlaufend, stufen- und maßnahmen-begleitend in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren. Es genügt also nicht, dass der Vergabevermerk erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens oder der Zuschlagserteilung gefertigt wird. Ein nachträgliches Anfertigen ist unzulässig.

Die Rechtsprechung hat die Nachvollziehbarkeit des Vergabevermerks wie folgt definiert: Die im Vergabevermerk enthaltenen Angaben und die genannten Gründe für getroffene Entscheidungen müssen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind.

GRUNDSÄTZE DER BESCHAFFUNG UND VERGABE

Der Vergabevermerk als zentrales Kontrollinstrument

Die Dokumentation des Verfahrens im Vergabevermerk muss gerichtsfest sein, das heißt, sie muss einer gerichtlichen Überprüfung standhalten können. Denn die Vergabekammern und Vergabesenate der Oberlandesgerichte stützen sich auf den Vergabevermerk, der damit im Brennpunkt vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren steht.

Aber auch schon im Vorfeld von Nachprüfungsverfahren können durch die Offenlegung von Teilen einer ordnungsgemäßen Dokumentation Zweifel beteiligter Bieter an einem freien und lauterem Wettbewerb beziehungsweise der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens ausgeräumt und somit die Einschaltung von Überprüfungsinstanzen manches Mal erfolgreich verhindert werden.

Zugleich dient der Vergabevermerk dem Nachweis sachgerechter Vergabeentscheidungen gegenüber Rechnungsprüfungsstellen und gegenüber Behörden, die Zuwendungen gewähren.

Und nicht zuletzt dient der Vergabevermerk der Absicherung des Projektverantwortlichen innerhalb behördeninterner Entscheidungsstrukturen.

Vergabevermerk auch unterhalb der Schwellenwerte

Bei der Vergabe von Bau- und Lieferleistungen muss die Vergabestelle unabhängig von der Höhe der Auftragssumme nach Paragraph 30 VOB/A beziehungsweise Paragraph 30 VOL/A einen Vergabevermerk anfertigen. So lautet die

Regelung im Vergabehandbuch des Bundes (VHB) in Anbetracht der erheblichen Bedeutung des Vergabevermerks auch als Steuerinstrument zur Gewährleistung sparsamer und wirtschaftlicher Mittelverwendung sowie zur Korruptionsvermeidung.

Mindestinhalte des Vergabevermerks

Für Vergaben über den Schwellenwerten enthalten die Vergabe- und Verdingungsverordnungen mit Paragraph 30a VOB/A (in Kraft getreten am 1. November 2006), Paragraph 30a VOL/A und Paragraph 19 VOF konkrete Vorgaben zu den Mindestinhalten der Vergabevermerke.

Die in der VOL/A und der VOF geforderten Mindestinhalte sind der Europäischen Kommission auf Verlangen zu übermitteln.

Formblätter und Hilfsmittel

Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung empfiehlt als Hilfsmittel für die Erstellung von Vergabevermerken für Bau- und Lieferleistungen mit Einföhrungserlass vom 30. Oktober 2006 zu den Neufassungen der VOB/A, VOL/A und VOF die Verwendung der folgenden Formblätter:

- Entscheidung Bekanntmachung/Angebotsanforderung (EFB Verg A 351.A)
- Entscheidung über den Zuschlag (EFB Verg B 351.1 B)
- Entscheidung über Aufhebung/Einstellung des Vergabeverfahrens (EFB Verg C – 351.C)

Ebenfalls wird verwiesen auf die „Arbeitshilfe zum Erstellen von Vergabevermerken“ (Stand Januar 2006) im Anhang zum VHB, die Erläuterungen zum Ausfüllen der Formblätter enthält.

Eine Formvorschrift für den Vergabevermerk gibt es trotz verschiedener Hilfestellungen nicht. So ist es bislang üblich, dass jede Vergabestelle im Rahmen ihrer jeweiligen Strukturierung des Beschaffungsprozesses ihre eigenen Formvorgaben für die Erstellung von Vergabevermerken entwickelt und zur hausinternen Verwendung vorschreibt.

Wer schreibt, der bleibt

Eigentlich ist diese Kurzformel eine Binsenweisheit. Sie ist aber realer, als einem lieb sein kann. Denn das Schreiben – und noch schlimmer das Dokumentieren – gilt den Meisten unter uns als lästig, wir halten solche Pflichten für extrem zeitraubend und ineffizient. Zugegeben, in der Zeit, in der wir unserer Dokumentationspflicht nachkommen, können wir nichts entscheiden, wir können keine Lösungen für drängende Probleme suchen oder längst überfällige Aktivitäten vorbereiten.

Der Vergabevermerk ist da sogar eine ganz besonders undankbare Angelegenheit: Man produziert ihn ausschließlich für die interne Ablage.

Aber zur Ehrenrettung des Vergabevermerks sind Nachprüfungsverfahren heute mehr denn je auf der Tagesordnung. Und im Rahmen eines jeden Nachprüfungsverfahrens spielt der Vergabevermerk eine ganz zentrale Rolle. Es ist eben dieser Vermerk, der als oberster Bestandteil der Vergabeakte unmittelbar nach Beantragung eines Bieters auf Nachprüfung durch die Vergabekammer angefordert und kritisch unter die Lupe genommen wird.

Und nicht selten stellt sich heraus, dass die Dokumentation des Vergabeverfahrens in einem oder mehreren Punkten mangelhaft ist. Der Schaden für die Vergabestelle ist regelmäßig groß. Denn das Vergabeverfahren muss ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend wird, wiederholt werden.

Die Zeit, die wir für die Dokumentation aufbringen, ist also schon mittelfristig eine gute Investition in unsere Projektziele. Dann also doch und frei nach dem Motto „Wer schreibt der bleibt“: Bleiben Sie!

Geforderte Mindestinhalte des Vergabevermerks	VOB/A 2006	VOL/A 2006	VOF 2006
	§ 30 a	§ 30 a	§ 19
Name und Anschrift des Auftraggebers	X	X	X
Art und Umfang der Leistung	X	X	X
Wert des Auftrags	X	X	X
Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl	X	X	X
Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für die Ablehnung	X	X	X
Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten	X		
Name des Auftragnehmers und die Gründe für die Erteilung des Zuschlags auf sein Angebot	X	X	X
Anteil der beabsichtigten Unteraufträge an Dritte, soweit bekannt	X	X	X
beim Nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren oder Wettbewerblchen Dialog die Gründe für die Wahl des jeweiligen Verfahrens	X	X	X
gegebenenfalls die Gründe, aus denen der öffentliche Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags verzichtet hat.	X	X	X

Tab. 1, Mindestinhalte Vergabevermerk

Tab. 1 enthält eine systematisierte Übersicht über die stark aneinander angeglichenen amtlichen Vorgaben zu den Mindestinhalten der Vergabevermerke nach VOB/A, VOL/A und VOF.

GRUNDSÄTZE DER BESCHAFFUNG UND VERGABE

Aus einer Vielzahl von Mustern von Vergabeunterlagen wurde die als Checkliste 1 nachfolgend abgedruckte Struktur zu den empfohlenen Inhalten eines Vergabeunterlagen erarbeitet.

Dokumentationsmängel und ihre Folgen

Dokumentationsmängel können aufgrund ihrer zentralen Rolle im Nachprüfungsverfahren weit reichende Folgen haben. Wenn Dokumentationsmängel vorliegen, kann ein Bieter allein aus diesem Grund mit einem Nachprüfungsantrag Erfolg haben und die Aufhebung des Vergabeverfahrens durchsetzen. Voraussetzung ist nur, dass die Dokumentationsmängel sich auf seine Rechtsstellung nachteilig ausgewirkt haben können (!).

Die Rechtsprechung geht aktuell so weit, dass durch eine nicht ordnungsgemäße Dokumentation das Transparenzgebot besonders schwerwiegend verletzt wird. Mängel in der Dokumentation gehen grundsätzlich zu Lasten des Bestellers.

Verfasser des Vergabeunterlagen

Die Fertigung des Vergabeunterlagen ist eine nicht delegierbare Bauherrenaufgabe. Sie ist ausschließlich dem Besteller einer Bau-, Liefer- oder Dienstleistung vorbehalten. Daher findet sich diese Leistung nicht in dem Katalog der Besonderen Leistungen in Ergänzung der Grundleistungen nach HOAI. Und sie ist nicht aufgeführt im Leistungsbild Projektsteuerung nach der Schriftenreihe des AHO, Stand 2004.

Zur Abrundung der Thematik ein Hinweis auf die Förderung des Mittelstandes als ein weiteres Prinzip des Wettbewerbs:

Dokumentation des Loszuschnitts

Nach dem Gesetz für Wettbewerbsbeschränkungen sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Daraus leitet sich folgender Grundsatz ab: Vorrang der losweisen vor der Gesamtvergabe. Hierbei steht der Vergabestelle ein Ermessensspielraum zu.

Die Dokumentationspflicht besteht bei losweiser Vergabe und auch bei Gesamtvergabe, weil die Vergabestelle entweder den Loszuschnitt dokumentieren oder aber darlegen muss, warum sie vom Vorrang der losweisen Vergabe abrückt.

Checkliste 1: Empfohlene Inhalte Vergabeunterlagen VOB/A

Empfohlene Inhalte eines Vergabeunterlagen nach VOB/A § 30a

1. Allgemeine Angaben

- 1.1 Name und Anschrift des Auftraggebers, Name des Projektverantwortlichen
- 1.2 Kurztitel der Maßnahme, Leistungsort
- 1.3 Art und Umfang der Leistung
- 1.4 Art und Umfang der einzelnen Lose
- 1.5 Geplante Ausführungszeit
- 1.6 Vergabeorientierter Kostenansatz je Los (geschätzter Auftragswert)
- 1.7 Gewähltes Vergabeverfahren (Begründung, falls kein Offenes Verfahren)

2. Bekanntmachung

- 2.1 Termin Absendung
- 2.2 Termin Veröffentlichung, Angabe zum Organ

3. Teilnahmewettbewerb

- 3.1 Festlegung Eignungskriterien (Datum, Bewertungsmatrix gemäß Anlage)
- 3.2 Bewerbungsfrist (Begründung falls Verkürzung aus Dringlichkeit)
- 3.3 Angaben zu eingegangenen Teilnahmeanträgen
- 3.4 Benennung Auswahlkriterien als Grundlage der Auswertung
- 3.5 Namen der ausgewählten Bewerber (Bewertungsmatrix gemäß Anlage)
- 3.6 Namen der ausgeschlossenen Bewerber und Gründe für ihren Ausschluss
- 3.7 Gremienzustimmung zur Auswahl Bewerber

4. Angebotseinholung

- 4.1 Versand Verdingungsunterlagen, Umfang
- 4.2 Angebotsfrist (Begründung falls Verkürzung aus Dringlichkeit)
- 4.3 Ablauf der Zuschlagsfrist (Begründung falls Verlängerung Zuschlagsfrist)
- 4.4 Eröffnungs-/Einreichungstermin
- 4.5 Anzahl der fristgerecht eingegangenen Angebote
- 4.6 Anzahl ungültiger bzw. ausgeschlossener Angebote mit Begründung
- 4.7 Zahl Änderungsvorschläge und Nebenangebote

5. Prüfung der Angebote

- 5.1 Festlegung Wertungskriterien (Datum, Bewertungsmatrix gemäß Anlage)
- 5.2 Ergebnis der formalen und rechnerischen Prüfung
- 5.3 Ergebnis der Eignungsprüfung (ggf. Verweis auf Teilnahmewettbewerb)
- 5.4 Ergebnis der technischen Prüfung und Prüfung auf Wirtschaftlichkeit
- 5.5 Ergebnis der Angemessenheitsprüfung der Angebotspreise
- 5.6 Angaben und Ergebnisse Bietergespräche
- 5.7 Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes
- 5.8 Ergebnis der Prüfung anhand der Wertungskriterien für den Zuschlag
- 5.9 Name des erfolgreichen Bieters und Gründe für die Auftragserteilung
- 5.10 Angaben zum Anteil der vorgesehenen Nachunternehmerleistungen

6. Vorbereitung der Zuschlagserteilung

- 6.3 Gremienzustimmung zur Zuschlagserteilung
- 6.4 Termin Benachrichtigung erfolgreicher Bieter
- 6.5 Termin Absendung Absageschreiben, Frist nach § 13 VgV

7. Aufhebung der Ausschreibung

- 7.1 Aufhebung der Ausschreibung ja/nein? Begründung, falls Antwort positiv.