

Newsletter zum aktuellen Vergaberecht

Ausgabe August / September 2021

Inhaltsverzeichnis

I.	Wer schreibt, der bleibt – Vergabedokumentation gewinnt immer mehr an Bedeutung	2
II.	Seminare und Veranstaltungen	8

I. Wer schreibt, der bleibt – Vergabedokumentation gewinnt immer mehr an Bedeutung

Die Beratungspraxis der ABSt Sachsen zeigt deutlich, dass die Dokumentation des gesamten Beschaffungsprozesses u.a. durch Rechtstreitigkeiten bei der Vergabe von Aufträgen und Fördermittelprüfungen immer stärker an Bedeutung gewinnt.

Die Vergabevorschriften (§ 8 VgV; 8 SektVO; § 20 VOB/A 2019; § 20 VOL/A 2009; § 6 UVgO) fordern hinsichtlich einer Dokumentation:

„Das Vergabeverfahren ist zeitnah und von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden.“

Damit ist der unbestimmte Begriff „von Anbeginn“ zu definieren. Die Rechtsprechung geht hierbei von der vorhandenen Ausschreibungsreife (Beschaffungsbedarf, Finanzierung und Fertigstellung der Vergabeunterlagen) sowie der Absendung der Ausschreibungsbekanntmachung aus. Es wird mit der Dokumentation einer Auftragsvergabe nur der Wettbewerbsablauf im engeren Sinne erfasst: von der Auftragsbekanntmachung bis hin zum Zuschlag/Vertragsabschluss.

Viele Entscheidungen und Feststellungen finden bereits in Vorbereitung einer Ausschreibung statt, insbesondere bei der Bedarfs- und Wirtschaftlichkeitsanalyse, der Leistungskriterien und der Bereitstellung des Budgets. So werden u.a. die

- Rahmenbedingungen (z.B. Mindestanforderungen, Synergien, Kompatibilitäten, Fristen, Rechte, ...) zum Leistungsgegenstand,
- Vertragsform (z.B. Kauf-, Miet- oder Leasingvertrag),

- Eignungsanforderungen an einen Leistungserbringer,
- Bewertungskriterien und ihre Gewichtung zur Angebotsbewertung
-

geklärt.

Das auszuübende Leistungsbestimmungsrecht ist geprägt von objektiven und auftragsbezogenen Erwägungen, die vor Ausschreibungsbeginn zu dokumentieren sind. Daher gilt es insbesondere darzustellen, welche objektiven Gründe für bestimmte Merkmale und damit mögliche Wettbewerbs- bzw. Markteinschränkungen bestehen. Diese Aktenvermerke sind der Vergabeakte beizufügen.

Damit sind die Mindestangaben für die Dokumentation, wie sie in VgV und VOB/A gefordert werden, zu wenig, um einen diskriminierungsfreien, wirtschaftlichen und verhältnismäßigen Wettbewerb (u.a. im Zuge einer Nachprüfung) ausreichend begründen zu können.

Letztlich ist in der Dokumentation als Ergebnis zueinander schlüssiger Vergabevermerke darzustellen, wie Entscheidungen und Ermessensausübungen in Vorbereitung eines rechtskonformen Vertrags durchgeführt wurden. Das gilt insbesondere für Sachverhalte, die den Wettbewerb beeinflussen bzw. einschränken, z.B.:

- (besondere) Anforderungen an den Leistungsgegenstand, u.a.
 - o Technische Anforderungen (→ Produktneutralität)
 - o Serviceanforderungen,
- (besondere) Eignungsanforderungen an einen Leistungserbringer,
- Gestaltung Wertungsschema,
- Auswahl Vergabeverfahren (EU vs. National, Abweichung von der Öffentlichkeit, Binnenmarktrelevanz, ...),
- (enge) Fristen (Angebotsabgabe, Leistungsbeginn, Leistungserbringung),

- Bewerber-/Bieterkommunikation,
- Angebotsöffnung, -prüfung und -wertung,
-

Aus gegenwärtiger Sicht der ABSt Sachsen führen folgende Sachverhalte zu Akzeptanzproblemen, insbesondere bei der Prüfung von Verwendungsnachweisen durch:

- a) unzureichende Begründung bei Abweichung von einer Öffentlichen Ausschreibung, insbesondere bei der Anwendung der Freihändigen Vergabe, z.B.
 - weil der Angabe gemäß nur ein Unternehmen in Betracht kommt.
→ Warum gibt es kein zweites / anderes Unternehmen (in Deutschland)?
 - weil Dringlichkeit gegeben ist.
→ ist der Tatbestand wirklich unvorhergesehen und unbeeinflusst gewesen?
 - durch eine zu leichtfertige Auftragswertschätzung (u.a. durch fehlende Risikobewertung und Markteinschätzung) ist die Bagatellgrenze in Höhe von 25.000 € nicht realistisch und führt im Ergebnis zur Überschreitung.
- b) nicht sachlich und auftragsbezogen begründete Abweichungen von der Produktneutralität:
 - Vergabevermerke lassen oft nicht erkennen, dass vor Ausschreibungsbeginn eine bewusste Ermessensausübung zu markteinschränkenden Anforderungen stattgefunden hat.

- Wenn schon auf ein bestimmtes Produkt abzustellen ist, sollte zumindest ein Händlerwettbewerb in Erwägung gezogen werden.

c) fehlende Bildung von Fach- bzw. Teillosen.

Auch wenn die Ausnahme der Gesamtauftragsvergabe möglich ist, ist dies aus der Sicht der ABSt Sachsen ausschließlich über technische bzw. konstruktive Aspekte/ Zusammenhänge – weil mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehend - möglich. Wirtschaftliche Gründe werden im Allgemeinen nicht anwendbar sein, weil diese mehr der (hier nicht vorgesehenen) Arbeitserleichterung der Vergabestelle und nicht dem Leistungsgegenstand selbst dienlich sind.

d) Nichtbeachtung der Binnenmarktrelevanz

- Die europäischen Mitgliedsstaaten streben einen einheitlichen europäischen Binnenmarkt an. Dadurch sind auf der Grundlage der EU-Richtlinien und entsprechenden Umsetzungen in nationale Vorschriften (u.a. GWB und VgV) EU-weite Ausschreibungen durchzuführen.
Die EU-Kommission hat u.a. in ihren Mitteilungen von 2006 festgestellt, dass auch für die nationalen Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann. Im Zuge einer Einzelfallprüfung muss eine geeignete Transparenz hergestellt werden. Wir empfehlen hier i.d.R. eine öffentliche Ausschreibung, ggf. einen Teilnahmewettbewerb voranzustellen.
- Im Zuge von einigen Förderprogrammen (z.B. LEADER, INTERREG) wird auf die besondere – zum Vergaberecht weitergehende – Binnenmarktrelevanz abgestellt. Hier soll immer das grenzüberschreitende Interesse, d.h. die Binnenmarktrelevanz, geprüft werden.

Diese Prüfung mit ihrem Ergebnis ist zwingend zu dokumentieren, insbesondere wenn keine Transparenz/Veröffentlichung der beabsichtigten Vergabe vorgenommen wird.

- Entgegen bestehenden vergaberechtlichen Regelungen wird diese Transparenz in der Prüfpraxis zu o.g. Förderprogrammen bereits ab 250,00 € netto erwartet, andernfalls drohen Finanz-Rückforderungen bis zu 100 % des Auftragswertes gestellt werden.
- Die Öffentliche Ausschreibung beachtet aber per se Binnenmarktrelevanz! Jedes auch ausländische Unternehmen kann sich auf einer allgemein zugänglichen Plattform (in Sachsen i.A. www.evergabe.de) zu Ausschreibungen gleichberechtigt informieren.

Hinweis. Seit Anfang August 2021 hat der Freistaat Sachsen weitergehende Informationen zur Binnenmarktrelevanz zur Verfügung gestellt:

Leitfaden zur Binnenmarktrelevanz

- <https://de.plsn.eu/documents/19533/515347/Leitfaden+zur+Binnenmarktrelevanz/48646f1c-8041-4a56-b262-87006cee07a7>
- https://www.sn-cz2020.eu/media/de_cs/Leitfaden_BMR_SN_CZ_final.pdf

Leitfaden zur Binnenmarktrelevanz Begleittext

- https://de.plsn.eu/documents/19533/515347/Leitfaden+zur+Binnenmarktrelevanz_Begleittext/898d49eb-d002-41e5-9a70-56a8856f04bf

In § 8 Abs. 4 VgV wird eine Aufbewahrungspflicht der Vergabedokumentation von mindestens 3 Jahren ab dem Tag des Zuschlags genannt. Die ABSt Sachsen vertritt die Auffassung, dass diese Frist viel zu kurz ist. Im Steuerrecht geht man i.d.R. von 10 Jahren aus.

Im Bereich der Zuwendungen ist von „lebenslänglich“ auszugehen. Sofern keine individuellen Aufbewahrungsfristen vereinbart wurden, muss von einer stetigen Überprüfungsfähigkeit der Handlungen und Verwendungsnachweise ausgegangen werden.

Warum soll man sich daher der eigenen guten Entlastungsargumente entledigen? Im Zuge der zunehmenden Digitalisierung verursacht das auch unter Beachtung des Datenschutzes keinen wesentlichen Aufwand.

Da die Fragen zur Dokumentation sehr umfangreich und komplex sind, bereitet die ABSt Sachsen für Anfang 2022 ein spezielles Seminar vor.

Hierfür können Sie sich bereits auf unserer Homepage als Interessent eintragen. Gleichfalls nehmen wir gern Ihre Fragen zum Thema „Vergabedokumentation“ per E-Mail an veranstaltungen@abstsachsen.de entgegen.

II. Seminare und Veranstaltungen

Folgende Seminare und Veranstaltungen sind geplant:

23.09.2021	Vergabe- und Vertragsrecht bei der Beauftragung von Architekten und Ingenieuren
07.10.2021	Ermittlung von wirtschaftlichen Angeboten - Auswahl-/Zuschlagskriterien, Wertungsmatrix -
14.10.2021	Das Vergaberecht für Bauleistungen
10.11.2021	Webinar: E-Vergabe ganz einfach
23.11.2021	EVB-IT Verträge für Dienstleistungen und DSGVO
09.12.2021	Vergaberecht im Beschaffungsalldag "Aktuelles Vergaberecht sowie Entwicklungen und Tendenzen 2021/2022 in der Vergaberechtsprechung"
27.01.2022	Allgemeine vergaberechtliche Grundlagen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen
02.02.2022	Wer schreibt, der bleibt - Vergabedokumentation
10.02.2022	Vergabe von Lieferungen und Leistungen

Auf unserer Homepage <https://www.abstsachsen.de/seminare/> finden Sie unser aktuelles Seminar- und Veranstaltungsangebot. Wir freuen uns über Ihre Anmeldungen.

Gemäß der jeweils aktuellen Corona-Situation werden wir angemeldete Teilnehmer für Präsenzseminare/-veranstaltungen rechtzeitig darüber informieren, ob und in welcher Form das jeweilige Seminar bzw. die Veranstaltung stattfindet.