

Stellungnahme des Rechtsanwaltsbüros Wolter Hoppenberg,
Herrn Rechtsanwalt Garthoff

Ausweitung des Auswahlgremiums

Von einer weitergehenden aktiven Einbindung der Fraktionen/Stadtverordneten in das Vergabeverfahren rate ich – in Übereinstimmung mit der Einschätzung meiner Kollegin - eher ab. Zum einen gilt im Vergaberecht der Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsgrundsatz (vgl. § 5 VgV), der dem Auftraggeber eine strenge Verpflichtung auferlegt, die ihm von Bewerbern und Bietern zur Verfügung gestellten Informationen vertraulich zu behandeln. Das betrifft nicht nur die Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, sondern schon die Information über die Teilnahme am Vergabeverfahren an sich. Bereits die Preisgabe dieser Information kann Auswirkungen auf die Angebotsgestaltung haben und z. B. Bieterabsprachen fördern. Erfahrungsgemäß ist die Sicherstellung des geheimhaltungsgrundsatzes umso schwerer, je mehr Personen auf Auftraggeberseite aktiv an der Gestaltung und Durchführung des Vergabeverfahrens mitwirken. Ich habe selber bereits ein Vergabeverfahren erlebt, in dem bei Einbindung der Lokalpolitik das gesamte Vergabeverfahren wiederholt werden musste, weil trotz Verschwiegenheitsverpflichtung und Informationserteilung im Rahmen einer nicht-öffentlichen Sitzung Details nach außen gedrungen sind, die einen Bieter veranlasst haben einen Verstoß gegen den Geheimhaltungsgrundsatz zu rügen und dies von der Vergabekammer überprüfen zu lassen (mit Erfolg!). Die Interessenlage bei Einbindung der Fraktionen/Stadtverordneten ist meist so vielschichtig, dass sich eine auch unbewusste Weitergabe von Informationen oft kaum vermeiden lässt. Die Einhaltung des Geheimhaltungsgrundsatzes lässt sich daher mit einer sehr großen Anzahl an in das Vergabeverfahren eingebundener Personen kaum sicherstellen. Der grundsätzlichen Möglichkeit der Einbindung entsprechender Personen steht § 5 VgV allerdings nicht entgegen.

Bei einer aktiven Einbindung weiterer Gremien steigt aber auch das Risiko, dass das Vergabeverfahren angreifbar ist, weil Personen in die Entscheidungsfindung mit eingebunden sind, die nach § 6 VgV von der Mitwirkung im Vergabeverfahren ausgeschlossen sind. Schon die Ausübung einer beratenden Tätigkeit für einen am Vergabeverfahren beteiligten Bewerber oder Bieter kann dazu führen, dass das Verfahren an einem unheilbaren Mangel leidet, der eine Verfahrenswiederholung notwendig macht. Der Aufwand zur Überprüfung ob bei einem recht großen Personenkreis keinerlei Ausschlussgründe im Sinne des § 6 VgV vorliegen ist sehr hoch und die Gefahr einen Ausschlussgrund für die Mitwirkung zu übersehen daher umso größer. Möglich bleibt die Einbindung der Fraktionen/Stadtverordneten dennoch, sofern jedenfalls bei keiner Person die am Vergabeverfahren beteiligt ist ein Mitwirkungsverbot vorliegt.

Eine Mitwirkung der Fraktionen/Stadtverordneten ist nach den vergaberechtlichen Vorgaben nicht verpflichtend. Besondere Anforderungen an die Mitwirkung bei Vergabeverfahren werden in der VgV nur insoweit gestellt, als dass mindestens zwei Vertreter die Angebotsöffnung durchführen müssen (vgl. § 55 VgV). Darüber hinaus trifft Entscheidungen im Vergabeverfahren immer der „öffentliche Auftraggeber“. Wer das im Innenverhältnis ist, ist keine vergaberechtliche Fragestellung, sondern im Regelfall eine Frage der kommunalinternen Organisation. Solange es daher bei Ihnen in Ahrensburg keine im Innenverhältnis verpflichtenden Vorgaben zur Einbindung von Fraktionen/Stadtverordneten in den Verfahrensablauf bei Vergabeverfahren gibt, ist eine Mitwirkung kommunalrechtlich im Regelfall nur insoweit notwendig, als dass regelmäßig die Stadtverordnetenversammlung über die Investition an sich beschließt, d. h. Mittel im Haushalt bereit stellt. Das ist aber eine dem eigentlichen Beschaffungsvorgang, der über das Vergabeverfahren abgewickelt wird, vorgelagerte Fragestellung.

Genau wie meine Kollegin halte ich die Einbindung von Fraktionen bzw. Stadtverordneten aber auch aus praktischer Sicht für schwierig. Angesichts der Detailfülle der von den Bietern einzureichenden Unterlagen und der Komplexität der Bewertung von Teilnahmeanträgen und Angeboten ist eine sachgerechte Einbindung in die Entscheidungsfindung von Fraktionen/Stadtverordneten kaum

möglich. Das wiederum begründet die Gefahr, dass eine Bewertungsentscheidung deswegen angreifbar ist, weil sie auf sachfremden Erwägungen beruht und eine Entscheidung getroffen wurde die eben nicht auf einer vollständigen Berücksichtigung der Vergabeunterlagen und Angebote beruht. Gerade in diesem Bereich gibt es auch Rechtsprechung, die eine nicht ausreichend begründete Sachentscheidung als vergaberechtswidrig eingestuft hat. Dieses Risiko ist umso höher, je mehr Personen am Vergabeverfahren mitwirken ohne die Entscheidungsgrundlagen (Angebote und Bewertungsmatrix) wirklich zu kennen.

Insgesamt sehe ich daher gute Gründe, die gegen eine erweiterte Einbindung von Fraktionen/Stadtverordneten in den Ablauf eines Vergabeverfahrens sprechen (insbesondere ein höheres Risiko der Angreifbarkeit des Verfahrens und die höhere Wahrscheinlichkeit der Einleitung von Rechtsmitteln durch Bieter). Sollte eine erweiterte Einbindung der Lokalpolitik bzw. der Fraktionen/Stadtverordneten unbedingt gewollt sein, empfehle ich nach bestimmten Meilensteinen im Vergabeverfahren (Eingang der Teilnahmeanträge, Eingang der Erstangebote, Eingang der letztverbindlichen Angebote) über den aktuellen Stand – z. B. im Rahmen einer nichtöffentlichen Sitzung der Stadtverordnetenversammlung oder eines Ausschusses – zum aktuellen Verfahrensstand zu informieren. Sollte im Vergleich hierzu gleichwohl eine erweiterte Einbindung gewollt sein (z. B. Einsichtnahme in die eingegangenen Angebote, Mitwirkung bei der Bewertung etc.), rate ich unbedingt dazu die Verschwiegenheit über die Einholung von gesonderten Verschwiegenheitserklärungen sicherzustellen. Meines Erachtens empfiehlt sich der letzte Schritt jedoch nicht, weil nicht nur das Risiko der Angreifbarkeit des Vergabeverfahrens sehr deutlich steigt, sondern erfahrungsgemäß auch die Wahrscheinlichkeit, dass das Verfahren vor der Vergabekammer mit einem Nachprüfungsantrag angegriffen wird.

Sollten Sie noch Rückfragen zu den vorstehenden Ausführungen haben, stehe ich Ihnen zu deren Beantwortung gerne zur Verfügung. Ihnen ein schönes Wochenende.

Mit freundlichen Grüßen

David Garthoff
Rechtsanwalt