

Leitfaden für die Vergabe von Aufträgen durch Zuwendungsempfänger

bei Förderungen im Rahmen des
Operationellen Programms des Bundes
für den Europäischen Sozialfonds

Förderperiode 2007-2013

CCI: 2007DE05UPO001

Stand: 1.1.2011



EUROPÄISCHE UNION

Inhaltsverzeichnis:

1.	Zuwendung und öffentliches Auftragswesen	- 3 -
2.	Sinn und Ziel des Vergaberechts	- 3 -
3.	Rechtliche Grundlagen.....	- 4 -
4.	Dokumentationspflichten und Vergabevermerk	- 4 -
5.	Die Vergabearten und ihre Rangfolge.....	- 5 -
6.	Öffentliche Ausschreibung.....	- 5 -
7.	Beschränkte Ausschreibung (ggf. mit Teilnahmewettbewerb).....	- 6 -
8.	Freihändige Vergabe	- 7 -
9.	Regelung des BMAS zum Höchstwert nach § 3 Abs. 5 lit. i VOL/A	- 8 -
10.	Regelung des BMAS zur Vergabe freiberuflicher Leistungen	- 8 -

Anlage: Auszug aus der Beschaffungshausanordnung des BMAS

1. Zuwendung und öffentliches Auftragswesen

Das öffentliche Auftragswesen umfasst die gesamte Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand, also von Bund, Ländern, Gemeinden und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Für diese gelten bei jeder Art von Beschaffung feste vergaberechtliche Vorschriften, Aber auch privatrechtlich organisierte Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger sind bei Auftragsvergaben, die sie aus öffentlichen Zuwendungsmitteln finanzieren, zur Einhaltung bestimmter vergaberechtlicher Vorschriften verpflichtet (s. unter Nr. 3 – Rechtliche Grundlagen).

Dieser Leitfaden wendet sich daher speziell an diejenigen Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger, die nicht gleichzeitig der öffentlichen Hand angehören. Er stellt die wichtigsten Grundzüge des öffentlichen Vergaberechts dar. Dabei soll bewusst gemacht werden, wie umfänglich die vergaberechtlichen Vorschriften bei der Verwendung von Zuwendungsgeldern sind und wie wichtig das Hinzuziehen der einschlägigen vergaberechtlichen Rechtsnormen im Falle einer Auftragsvergabe ist.

2. Sinn und Ziel des Vergaberechts

Die Bedarfsdeckung über wettbewerbliche Vergabeverfahren soll sicherstellen, dass bei Auftragsvergaben immer das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag bekommt. Am wirtschaftlichsten ist im vergaberechtlichen wie im haushaltsrechtlichen Sinn immer dasjenige Angebot, das unter Berücksichtigung aller auftragsbezogenen Kriterien und deren jeweiliger Gewichtung im Vergleich zu konkurrierenden Mitangeboten insgesamt am besten abschneidet. Dadurch stellt die Einhaltung des Vergaberechts zugleich eine wirtschaftliche und sparsame Mittelverwendung sicher. Ein verpflichtendes Kriterium bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ist immer der Angebotspreis. Werden neben dem Preis noch weitere Kriterien berücksichtigt, muss der Preis in der Gesamtgewichtung mindestens ein Drittel ausmachen. Solche weiteren Kriterien können z.B. Qualität, Zweckmäßigkeit, technische Beschaffenheit u.a.m. sein.

Ziel des Vergaberechts ist es also zum einen, dass das beste, nämlich das wirtschaftlichste Angebot gefunden wird. Zum andern aber stellt es für die Anbieterinnen und Anbieter den Wettbewerb untereinander sicher. Das erfolgt durch die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz (Veröffentlichung der Ausschreibung, Dokumentation der einzelnen Schritte bei einer Vergabe), des fairen und allgemeinen Wettbewerbs (Beteiligung möglichst vieler Bieterinnen und Bieter, freier Zugang zum Vergabeverfahren, Vertraulichkeit der Bewerber- und Bieterdaten

sowie der Angebote), der Gleichbehandlung aller Bewerberinnen und Bewerber oder Bieterinnen und Bieter (Nichtdiskriminierung, Neutralität) und der Objektivität der Entscheidung.

3. Rechtliche Grundlagen

Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger, die nicht der öffentlichen Hand angehören, sind bei Aufträgen an Dritte, die zur Erreichung des Zuwendungszwecks erteilt werden, zur Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften über die jeweils einschlägigen Allgemeinen Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid verpflichtet (vergl. ANBest-P, ANBest-I, oder ANBest-P-Kosten; Rechtsgrundlage: Verwaltungsvorschrift Nr. 5.1 zu § 44 Bundeshaushaltsordnung [BHO]). Und zwar gilt dies immer dann, wenn die Gesamtsumme einer durch eine oder mehrere Stellen gewährten Zuwendung mehr als 100.000 Euro beträgt.

Die für Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften sind:

- der 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) bei der Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Dienstleistungen und
- der 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) bei der Vergabe von Aufträgen über Bauleistungen.

Die jeweils geltende Fassung der VOL/A und VOB/A ist auf der Internetseite www.beschaffungsamt.de unter dem Stichwort „Rechtsgrundlagen“ zu finden. Für die Auslegung der anzuwendenden vergaberechtlichen Vorschriften wird auf das dort ebenfalls eingestellte „Vergabehandbuch“ (insbesondere auf die Ziffern 4.2, 5.6 – 8.3, 11 ff.) verwiesen. Das ersetzt aber nicht immer die Hinzuziehung von Kommentarliteratur oder in schwierigen Fällen nötigenfalls einer Rechtsberatung.

4. Dokumentationspflichten und Vergabevermerk

Über jedes Vergabeverfahren ist von Beginn an fortlaufend ein Vermerk zu führen, der einen schnellen und effektiven Überblick über den Ablauf des Vergabeverfahrens in allen seinen Stufen und mit allen Entscheidungen einschließlich der hierfür maßgeblichen Feststellungen und Gründe gibt. Die Angaben müssen dabei so detailliert sein, dass sie für eine Person, die mit der Sachlage des Vergabeverfahrens vertraut ist, nachvollziehbar sind. Um die Übersichtlichkeit zu erhalten, kann auf gesonderte Vermerke verwiesen werden, in denen einzelne Stufen und Entscheidungen des Vergabeverfahrens dokumentiert werden (z.B. Vermerk über Fragen der Bie-

terinnen und Bieter, zu Öffnung, Prüfung und Wertung der Angebote, zur Zuschlagserteilung oder über eine eventuelle Aufhebung des Vergabeverfahrens und die Gründe hierfür).

Ohne vollständige Dokumentation lässt sich das Vergabeverfahren nicht rekonstruieren. Und ohne diese nachvollziehbare Dokumentation bestehen grundsätzlich Zweifel am ordnungsgemäßen Ablauf des Vergabeverfahrens. Ein fehlender oder lückenhafter Vergabevermerk gilt daher als Vergaberechtsverstoß. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass auch auf Grund von Vergaberechtsverstößen eine (teilweise) Rückforderung der Zuwendung drohen kann.

5. Die Vergabearten und ihre Rangfolge

Bei der Wahl der Vergabeart ist stets die nachfolgende Rangfolge zu beachten:

1. Öffentliche Ausschreibung (siehe unter Nr. 6)
2. Beschränkte Ausschreibung mit/ohne öffentlichem Teilnahmewettbewerb (siehe unter Nr. 7)
3. Freihändige Vergabe – ggf. mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb (siehe unter Nr. 8).

Das Vergaberecht lässt also keine freie Wahl der Verfahrensart zu. Der vorstehenden Rangfolge entsprechend werden Aufträge grundsätzlich im Wege der Öffentlichen Ausschreibung vergeben. Nur in bestimmten, vergaberechtlich geregelten Ausnahmetatbeständen kann eine Beschränkte Ausschreibung (mit/ohne Teilnahmewettbewerb) erfolgen. Diese wiederum hat Vorrang vor der Freihändigen Vergabe (ggf. mit Teilnahmewettbewerb), deren Ausnahmefälle ebenfalls vergaberechtlich festgelegt sind. Diese Rangfolge dient dazu, einen möglichst breiten Wettbewerb zu fördern und transparente Vergabeverfahren zu gewährleisten. Ausnahmetatbestände, die zu einer Beschränkten Ausschreibung oder zur Freihändigen Vergabe berechtigen, sind dabei stets eng auszulegen.

6. Öffentliche Ausschreibung

In diesem förmlichen Verfahren wird durch öffentliche Bekanntmachung eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Interessierte Unternehmen fordern auf Grund der Bekanntmachung bei der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber die Vergabeunterlagen an. Daraufhin werden die Vertragsunterlagen mit einem Anschreiben, das alle Bedingungen für eine Angebotsabgabe regelt (Form des Angebots, Angebotsfrist, Zuschlags-/Bindefrist, Eignungsnachweise, Bewertungskriterien u.a.) übersandt. Zu den Vertragsunterla-

gen gehören insbesondere ein Vertragsentwurf (Vertragsbedingungen) und die genaue Leistungsbeschreibung über den ausgeschriebenen Auftrag. Es erfolgt also keine vorherige Einengung des Bewerberkreises, sondern alle interessierten Unternehmen haben die Möglichkeit, ein Angebot einzureichen. Das Verfahren ist dabei durch strenge Form- und Fristvorschriften gekennzeichnet, die sowohl für die auftraggebende Stelle als auch für die Bieterinnen und Bieter bindend sind.

7. Beschränkte Ausschreibung (mit/ohne Teilnahmewettbewerb)

Bei der beschränkten Ausschreibung wird eine bestimmte Anzahl geeigneter Bieterinnen und Bieter unmittelbar durch die auftraggebende Stelle aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Wegen der daraus resultierenden Begrenzung des Kreises der Teilnehmenden spricht man hier von Beschränkter Ausschreibung. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes entspricht dabei dem unter Nr. 6. dargestellten förmlichen Ablauf. Daher gelten auch bei dieser Verfahrensart fest geregelte Frist- und Formvorschriften. Allerdings entfällt hier regelmäßig der Nachweis der Eignung durch die Bieterinnen oder Bieter im Rahmen des Angebots, da entweder nur solche Personen um Angebotsabgabe gebeten worden sind, deren Eignung bereits bekannt ist, oder die Eignung im Rahmen eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs festgestellt worden ist.

Eine Beschränkte Ausschreibung ist nur bei Vorliegen eines der im Vergaberecht geregelten Ausnahmetatbestände zulässig: **Ohne Teilnahmewettbewerb** kann eine Beschränkte Ausschreibung dann durchgeführt werden, wenn eine Öffentliche Ausschreibung einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten würde oder eine bereits durchgeführte Öffentliche Ausschreibung keinen Erfolg hatte (§ 3 Abs. 4 VOL/A). Eine Beschränkte Ausschreibung **mit Teilnahmewettbewerb** kann nur stattfinden, wenn von vorn herein nur ein beschränkter Kreis von Unternehmen zur Ausführung der Leistung in der Lage ist oder wenn eine öffentliche Ausschreibung wegen Dringlichkeit oder Geheimhaltung unzweckmäßig ist (§ 3 Abs. 3 VOL/A).

Kurze Darstellung des Ablaufs eines Teilnahmewettbewerbs: Zunächst wird eine Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs veröffentlicht, wodurch Unternehmen aufgefordert werden, sich um Teilnahme an dem Ausschreibungsverfahren zu bewerben. Interessierte Bewerberinnen und Bewerber reichen einen Teilnahmeantrag ein und weisen damit ihre Eignung für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung durch Vorlage von in der Bekanntmachung geforderten Nachweisen und Angaben nach. Nach Ablauf der Teilnahmefrist wird geprüft, welche Bewerberinnen und Bewerber für die Ausführung der Leistung hinsichtlich Fachkunde, Leis-

tungsfähigkeit und Zuverlässigkeit geeignet sind und zur Angebotabgabe aufgefordert werden können.

8. Freihändige Vergabe

Bei dieser Vergabeart ist es der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber erlaubt, an mehrere geeignete Bieterinnen oder Bieter – grundsätzlich mindestens drei – unmittelbar heranzutreten und diese auf der Basis einer Leistungsbeschreibung und eines Vertragsentwurfs (Vertragsunterlagen) zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern. Im Gegensatz zur Öffentlichen und zur Beschränkten Ausschreibung darf die auftraggebende Stelle hier mit jeder bzw. jedem der von ihr ausgewählten Bieterinnen und Bieter über die genauen Auftragsmodalitäten, über Änderungen an der Leistung sowie über den Preis verhandeln. Daher handelt es sich bei der freihändigen Vergabe um ein nichtförmliches Verfahren. Umso wichtiger ist dabei die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie die vertrauliche Behandlung von Bieterdaten und Angebotsinhalten (keine vergleichenden Verhandlungen!). Erst nach Abschluss dieser Verhandlungen wird dann über den genau festgelegten Leistungsumfang zu dem verhandelten Preis der Auftrag erteilt.

Die Freihändige Vergabe ist nur in den hierzu vergaberechtlich geregelten Ausnahmefällen gestattet (vgl. § 3 Abs. 5 VOL/A). Die vergaberechtlichen Vorschriften geben Bundes- und Landesministerien im Übrigen als einen Ausnahmefall für die Freihändige Vergabe die Möglichkeit, durch Ausführungsbestimmungen diese Vergabeart bis zu einem bestimmten Höchstwert zuzulassen. Für die einzelnen Bundes- und Landesministerien ist dieser Höchstwert allerdings teilweise sehr unterschiedlich geregelt. Nachfolgend ist unter Nr. 9 die entsprechende Regelung des Höchstwertes für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) dargestellt.

Einer Freihändigen Vergabe kann ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet werden, wenn dies zweckmäßig ist. Die VOL/A fordert ihn für die Freihändige Vergabe nicht zwingend (zum Teilnahmewettbewerb siehe die entsprechenden Ausführungen unter Nr. 7). Das BMAS hat in § 5a der Hausanordnung Nr. 1/2010 zur Vergabe öffentlicher Aufträge und Beschaffungen über das Kaufhaus des Bundes (Beschaffungsanordnung) intern geregelt, dass Freihändige Vergaben nach § 3 Abs. 5 VOL/A, bei denen ein Wettbewerb möglich ist, bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden können, sofern mehrere, grundsätzlich mindestens drei Bieter zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden können. Diese Regelung ist nach § 8 der Beschaffungsanordnung durch den Zuwendungsbescheid auch für Zuwendungsempfänger anwendbar zu machen. Das bedeutet für Freihändi-

gen Vergaben mit einem Auftragswert von mehr als 100.000 Euro, dass regelmäßig geprüft werden soll, ob ein Teilnahmewettbewerb zweckmäßig ist und durchgeführt werden kann.

9. Regelung des BMAS zum Höchstwert nach § 3 Abs. 5 lit. i VOL/A

In § 6 der Beschaffungsanordnung hat das BMAS den Höchstwert nach § 3 Absatz 5 Buchstabe i VOL/A auf 20.000 Euro festgelegt und abhängig vom Auftragswert ein gestaffeltes Verfahren geregelt. Das heißt, dass Aufträge bis zu einem Auftragswert von 20.000 Euro freihändig vergeben werden können, wenn mindestens drei Bieter zur schriftlichen Angebotsabgabe aufgefordert werden und ein Angebotsvergleich durchgeführt wird. Unterhalb eines Auftragswertes von 5.000 Euro reicht eine formlose (mündliche) Preisabfrage verbunden mit einem Aktenvermerk hierüber aus. Bis zu einem Auftragswert von 1.000 Euro kann auf einen Angebotsvergleich verzichtet werden, wenn es sich um eine marktgängige Leistung handelt, bei der die Wirtschaftlichkeit ohne weiteres beurteilt werden kann (z.B. Kaufhauswaren). Diese Regelung ist nach § 8 der Beschaffungsanordnung durch den Zuwendungsbescheid auch für Zuwendungsempfänger anwendbar zu machen.

10. Regelung des BMAS zur Vergabe freiberuflicher Leistungen

Das nach § 6 der Beschaffungsanordnung geregelte Verfahren zur Einholung von Angeboten bei mindestens drei Unternehmen gilt gemäß § 7 der Beschaffungsanordnung auch in Fällen der freihändigen Vergabe von Aufträgen über *freiberufliche Dienstleistungen*, für die der erste Abschnitt der VOL/A keine Anwendung findet. Freiberufliche Leistungen sind Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit¹ erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Bei einem Dienstleistungsauftrag handelt es sich aber nur dann um

¹ Zur freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratende Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnliche Berufe (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Die freien Berufe haben im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt (§ 1 Abs. 2 PartGG). Ein Angehöriger eines freien Berufes im vorgenannten Sinne ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird; eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG).

eine freiberufliche Leistung, wenn sie vom Umfang her noch höchstpersönlich und eigenverantwortlich erbracht werden kann. Erfordert die Ausführung der Dienstleistung im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit einen größeren Bestand an Personal und Sachmitteln, ist nicht von einer freiberuflichen sondern von einer gewerblichen Dienstleistung auszugehen, für deren Ausschreibung die VOL/A anzuwenden ist.

Bei der freihändigen Vergabe einer freiberuflichen Dienstleistung sind mehrere, grundsätzlich mindestens drei Angebote einzuholen, sofern ein Angebotsvergleich möglich und zweckmäßig ist. Bei fehlender Marktkenntnis soll oberhalb eines Auftragswertes von 20.000 Euro regelmäßig ein Teilnahmewettbewerb in analoger Anwendung der maßgeblichen Vorschriften des 1. Abschnitts der VOL/A durchgeführt werden. § 8 der Beschaffungsanordnung legt fest, dass auch Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger zur Anwendung dieser Regelungen zu verpflichten sind.

Anlage: Auszug aus der Beschaffungsanordnung des BMAS

Anlage

zum Leitfaden für die Vergabe von Aufträgen durch Zuwendungsempfänger:

Auszug aus der Beschaffungsanordnung des BMAS:

§ 5a

Freihändige Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb

Freihändige Vergaben nach § 3 Abs. 5 VOL/A, bei denen ein Wettbewerb möglich ist, können oberhalb des Höchstwertes nach § 6 bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden. Es sollen mehrere, grundsätzlich mindestens drei Bieter schriftlich zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

§ 6

Höchstwert und Verfahrensregelungen für Freihändige Vergaben gem. § 3 Abs. 5 lit. i VOL/A

- (1) Der Höchstwert für freihändige Vergaben gem. § 3 Abs. 5 lit. i VOL/A wird auf **20.000 Euro (ohne Mehrwertsteuer)** festgesetzt. Die Teilung von Aufträgen in Einzelaufträge zum Zweck der Unterschreitung dieses Höchstwertes ist unzulässig.
- (2) Der Vergabe hat grundsätzlich ein Angebotsvergleich vorauszugehen:
 - a) Bei einem Auftragswert **bis 5.000 Euro** (ohne Mehrwertsteuer) sind formlos bei mindestens drei Unternehmen Angebote einzuholen. Auf eine solche formlose Einholung von Angeboten kann bei einem Auftragswert **bis 1.000 Euro** (ohne Mehrwertsteuer) verzichtet werden, wenn es sich um eine marktgängige Leistung handelt, bei der die Wirtschaftlichkeit ohne weiteres beurteilt werden kann.
 - b) Bei einem Auftragswert **über 5.000 Euro** (ohne Mehrwertsteuer) sind mindestens drei schriftliche Angebote einzuholen.

§ 7

Vergabe freiberuflicher Leistungen

- (1) Bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen gilt § 6 Absatz 2 entsprechend, wenn und insoweit die Verfahrensregelungen der VOL/A oder der VOF nicht anzuwenden sind und ein Angebotsvergleich möglich und zweckmäßig ist. Sofern auf einen Angebotsvergleich verzichtet wird, sind die Gründe hierfür aktenkundig zu machen.
- (2) Bei fehlender Marktkennntnis soll oberhalb des Höchstwertes nach § 6 Abs. 1 regelmäßig ein Teilnahmewettbewerb in analoger Anwendung der maßgeblichen Vorschriften des 1. Abschnitts der VOL/A durchführt werden

§ 8

Regelungen bei Zuwendungen

Sofern Zuwendungsempfänger nach Ziffer 5.1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 44 Bundeshaushaltsordnung (VV-§ 44 BHO) im Rahmen der Allgemeinen Nebenbestimmungen verpflichtet sind, bei Auftragsvergaben den ersten Abschnitt der VOL/A anzuwenden, ist grundsätzlich auch die entsprechende Beachtung der §§ 5a, 6 und 7 dieser Hausanordnung sowie von § 16 VgV in den Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheides bzw. Zuwendungsvertrages vorzuschreiben.