

## D. Sinn und Zweck der Regelung des § 8 VgV

Weiter gefasst als im Bereich des nationalen Vergabeverfahrens (§ 6 UVgO) besteht 17  
gemäß der umgesetzten Richtlinienvorgabe für die betroffene Vergabestelle einerseits die  
**Verpflichtung zur umfassenden Dokumentation des gesamten Beschaffungsvor-**  
**gangs** und andererseits die Pflicht zur Erstellung eines gesonderten **Vergabevermerks**,  
der **alle maßgeblichen Entscheidungen** des öffentlichen Auftraggebers nach § 8 Abs. 2  
VgV enthält und zusammenfasst. In **richtlinienkonformer Auslegung** der Vorschrift ist  
die **Dokumentation fortlaufend** auf eine Weise **vorzunehmen**, die **ausreicht**, damit  
sich **aus ihr selbst** eine Begründung für sämtliche maßgeblichen verfahrensrechtlichen  
Entscheidungen der Vergabestelle ergibt.

Der Pflicht zur Anfertigung einer laufenden Verfahrensdokumentation kommt erhebliche 18  
Bedeutung zu, da nur sie den **Ablauf und den Inhalt** des Beschaffungsvorhabens  
transparent machen kann und **das Instrument** zur (nachträglichen) Überprüfung der  
Regelkonformität eines durchgeführten Ausschreibungsverfahrens darstellt. Die Verfahrensdokumentation dient dazu, **belegen und überprüfen** zu können, dass die öffentlichen Auftraggeber sämtliche Verfahrensvorschriften zur Auftragsvergabe und die abgefassten Vorgaben der Ausschreibungsverfahren beachten, einhalten und bei ihren Entscheidungen berücksichtigen. Die Verpflichtung zur laufenden Dokumentation des Verfahrens dient damit auch zur Sicherstellung der Einhaltung und zur Durchsetzung des vergaberechtlichen **Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes** (Art. 18 Abs. 1 RL, § 97 Abs. 1 GWB; Art. 3 GG).<sup>25</sup>

Mängel der Dokumentation stellen grundsätzlich eine Verletzung des Transparenzgrundsatzes dar.<sup>26</sup> Die Vorschrift ist nach ihrem Zweck bieterschützend.<sup>27</sup> 19

Die Dokumentationspflicht dient nicht nur dem Ziel der Sicherstellung einer ordnungs- 20  
gemäßen **verwaltungswirtschaftlichen Aktenführung** des öffentlichen Auftraggebers.<sup>28</sup> Viel-  
mehr bezweckt sie auch die Herstellung der **erforderlichen Transparenz** bei der Vergabe  
öffentlicher Aufträge, die eine **Überprüfung der Beschaffungsvorgänge durch die**  
**Nachprüfungsinstanzen** ermöglichen soll.<sup>29</sup>

Der **Vergabevermerk** nach § 8 Abs. 2 selbst enthält eine (auch **nachträglich** anzufer- 21  
tigende) Zusammenfassung der wesentlichen Informationen, Verfahrensschritte, Entschei-  
dungen und Maßnahmen. Er dient (auch) dazu, den zuständigen Einrichtungen nach §  
Abs. 5 eine Überprüfung des Verfahrens zu ermöglichen.

<sup>25</sup> Müller-Wrede/Müller-Wrede, VgV/UVgO, 5. Aufl. 2017, VgV § 8 Rn. 12; vgl. auch BVerfG Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BeckRS 2006, 26458.

<sup>26</sup> Vgl. VK des Saarlandes Beschl. v. 23.5.2019 – 1 VK 02/2019, IBRRS 2020, 1247, juris Rn. 116; VK Sachsen Beschl. v. 22.3.2021 – 1/SVK/046-20, Vergabekammer Sachsen, Beschluss vom 22. März 2021 – 1/SVK/046-20 –, juris.

<sup>27</sup> Vgl. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Petersen, VgV, UVgO, 2. Auflage 2019 mwN; BeckOK VergabeR/Fett, 21. Ed. 31.7.2021, VgV § 8 Rn. 58, 59; OLG Düsseldorf Beschl. v. 10.8.2011 – VII-Verg 36/11, BeckRS 2011, 21312.

<sup>28</sup> Vgl. dazu → Rn. 16 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Höfler NZBau 2010, 73; Ziekow/Völlink/Goede/Hänsel VgV § 8 Rn. 1, 2; Beck VergabeR/Langenbach, 3. Aufl. 2019, VgV § 8 Rn. 18; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Petersen, 2. Aufl. 2019, VgV § 8 Rn. 1, 2; Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht/Eichler 2. Auflage 2018, Rn. 297; VK Sachsen Beschl. v. 4.5.2011 – 1/SVK/010-11, BeckRS 2011, 15183; Beschl. v. 22.3.2021 – 1/SVK/046-20, BeckRS 2021, 16824; VK Niedersachsen Beschl. v. 13.10.2020 – VgK-36/2020, BeckRS 2020, 46100; BKartA Beschl. v. 25.10.2018 – VK 2-92/18, BeckRS 2018, 28717, Rn. 61; VK Sachsen Beschl. v. 10.4.2017 – 1/SVK/004-17, BeckRS 2017, 128677 Rn. 69 mwN; OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.7.2007 – Verg 10/07, BeckRS 2008, 1321.

## E. Einzelne Regelungen des § 8 VgV

### I. Dokumentation, § 8 Abs. 1 VgV

- 22 **1. Inhalt und Zweck.** Der öffentliche Auftraggeber muss gemäß § 8 Abs. 1 das Vergabeverfahren **von Beginn an fortlaufend** in Textform nach § 126b BGB dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens **erforderlich** ist. Dabei hat er in unionsrechtskonformer Auslegung (gemäß Art. 84 Abs. 2 der Richtlinie) sicherzustellen, dass er über eine **ausreichende Dokumentation** verfügt, um seine Maßnahmen und Entscheidungen in allen Stufen des Vergabeverfahrens **begründen** zu können. Für eine solche Begründung ist es erforderlich, den Abwicklungsprozess der Beschaffung so **umfassend textlich festzuhalten**, dass eine nachträgliche Überprüfung des Gesamtvorhabens in seinen Einzelschritten auch unter Berücksichtigung der (auch vorbereitenden) gesamten niederzulegenden Kommunikation **für außenstehende Dritte** ermöglicht wird.<sup>30</sup>
- 23 Die Pflicht zur Dokumentation des gesamten Vergabeverfahrens ist von der Verpflichtung zur **zusätzlichen Anfertigung eines Vergabevermerks** nach § 8 Abs. 2 zu trennen.<sup>31</sup> Nach der amtlichen Begründung zur Verordnung dient zuvörderst die umfassende laufende **Dokumentation** dazu, die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen und **rechtlich prüfen** zu können.<sup>32</sup>
- 24 **2. Normadressat des § 8 Abs. 1. Normadressat** für die durchzuführende Dokumentation nach § 8 Abs. 1 VgV ist der **öffentliche Auftraggeber** (§ 99 GWB) selbst. Bei einer Beteiligung von **zentralen Vergabestellen** betrifft diese Dokumentation die zentrale Beschaffungsstelle, auch soweit diese Stelle für andere öffentlichen Auftraggeber in deren Namen tätig wird und eine zentrale Beschaffungstätigkeit ausübt (§ 120 Abs. 4 S. 1 GWB). Die Dokumentationspflicht darf jedoch nicht auf sonstige **Dritte oder Berater** übertragen werden, da die öffentlichen Auftraggeber nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Richtlinie und der Regelung des § 8 VgV selbst die Beschaffung und damit auch die **Dokumentation ihrer eigenen Tätigkeit eigenverantwortlich** durchzuführen haben.<sup>33</sup>
- 25 **3. Allgemeiner Inhalt der Dokumentation.** Der Inhalt der Dokumentation bezieht sich nach § 8 Abs. 1 VgV auf Angaben, die für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens **erforderlich** sind. Die Dokumentationsanforderungen sind mit der Modernisierung des Vergaberechts in § 8 VgV gegenüber der bisherigen Rechtslage ausgeweitet worden.<sup>34</sup> Die **Dokumentation** muss nach den im Hinblick auf die Vorgängerregelungen ergänzten Richtlinienvorgaben **inhaltlich so ausreichend** vorgenommen werden, dass der Auftraggeber seine **gesamten maßgeblichen Entscheidungen begründen** kann. Die Dokumentationspflicht betrifft die **vollständige Darlegung der einzelnen Verfahrensschritte (wie beispielsweise auch der Inhalte interner vorbereitender Beratungen), Erwägungen und Schlussfolgerungen**, die zu Entscheidungen des Auftraggebers geführt und diese (mit)bestimmt haben. In jedem Falle muss die

<sup>30</sup> Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Petersen, 2. Aufl. 2019, VgV § 8 Rn. 12–14; VK Baden-Württemberg Beschl. v. 14.11.2013 – 1 VK 37/13, BeckRS 2014, 13620; VK Lüneburg Beschl. v. 7.1.2014 – VgK-40/2013, IBRRS 2014, 0724 mwN.

<sup>31</sup> Vgl. Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 7 mwN.

<sup>32</sup> BR-Drs. 87/16, 162.

<sup>33</sup> VK Bund Beschl. v. 8.4.2021 – VK 2–23/21, IBRRS 2021, 1730; VK Niedersachsen Beschl. v. 11.2.2021 – VgK-53/2020, Vergabekammer Niedersachsen, Beschluss vom 2.12.2021 – VgK-42/2021 –, juris Rn. 76.; VK Rheinland-Pfalz Beschl. v. 31.10.2019 – VK 1 – 19/1, VPRRS 2019, 0370, juris Rn. 82; Müller-Wrede/Müller-Wrede, VgV/UVgO, 5. Aufl. 2017, VgV § 8 Rn. 76; siehe auch: Opitz, Die ausschließliche Verantwortung des Auftraggebers für die Auftragsvergabe: ein Missverständnis, NZBau 2020, 617; zum Einsatz externer Berater: VK Mecklenburg-Vorpommern Beschl. v. 4.2.2021 – 3 VK 10/20, IBRRS 2021, 2893.

<sup>34</sup> Vgl. Art. 43 RL 2004/18/EG.

Dokumentation nach den weit gefassten Richtlinienvorgaben in Art. 84 Abs. 2 **sämtliche** leitenden **Erwägungen**, verfahrenserheblichen **Maßnahmen** und **Entscheidungen** eines Auftraggebers im Einzelnen **Schritt für Schritt detailliert nachvollziehbar machen** und **lückenlos** begründen.<sup>35</sup>

Von der Dokumentationspflicht betroffen sind alle Stufen des Verfahrens. Zu dokumentieren sind demnach alle **Handlungen, Entscheidungen und Maßnahmen**, die das Ausschreibungsergebnis **beeinflussen** können.<sup>36</sup> Aus dem Text der Dokumentation muss sich nach der nur beispielhaften Aufzählung in den Richtlinienvorgaben die **gesamte verfahrenserhebliche Kommunikation** (auch mit Dritten), dh der Inhalt der internen **Beratungen, der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen, eines Dialogs und etwaiger Verhandlungen** und die **Begründung** für die **Auswahl von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien** ergeben. Die Dokumentation enthält also – anders als der Vergabevermerk nach § 8 Abs. 2 – **alle erforderlichen und ausreichenden Angaben**, um die Durchführung und den Fortgang eines regulären Beschaffungsvorhabens **in seinem Ablauf** zu dokumentieren und transparent zu machen.<sup>37</sup> Nur in diesem Falle kann der **Zweck der Dokumentation** (vollumfängliche Transparenz) erreicht werden, um die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers auch nachträglich nachzuvollziehen und **rechtlich prüfen** zu können.<sup>38</sup>

Der Inhalt dieser Dokumentation geht damit **weit** über den **Mindestinhalt des Vergabevermerks** hinaus, der letztlich nur eine Zusammenfassung der eigentlichen und laufend anzufertigenden Dokumentation darstellt und gemäß § 8 Abs. 5 den zuständigen Stellen (wie Europäische Kommission und Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden, und **nicht die Nachprüfungsinstanzen**) zur Überprüfung dient.<sup>39</sup>

Zur Sicherstellung der geforderten Transparenz, der Gleichbehandlung und der Überprüfbarkeit eines Beschaffungsvorgangs müssen die zu dokumentierenden Angaben einen laufenden Überblick über den **aktuellen Stand des Vergabeverfahrens und seinen bisherigen Ablauf ermöglichen**.<sup>40</sup> Dazu gehören, wie beispielhaft in § 8 Abs. 1 S. 2 genannt, bereits die internen Beratungen und Erwägungen bei der Bestimmung und damit zu der **Bestimmungsfreiheit** des öffentlichen Auftraggebers, ob und was wie beschafft werden soll. Betroffen ist damit auch bereits die Frage, welche Anforderungen an die zu beschaffende Leistungen gestellt werden dürfen, da auch die Bestimmungsfreiheit vergaberechtlichen Grenzen unterliegt und der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanz zugänglich ist.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> Vgl. grundlegend: OLG Naumburg Beschl. v. 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, BeckRS 2012, 21448; Stein/Wolters: Gesteigerte Bewertungsanforderungen infolge der „Schulnoten-Rechtsprechung“, NZBau 2020, 339; vgl. auch Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Petersen, 2. Aufl. 2019, zu UVgO § 6 Rn. 5–11.

<sup>36</sup> Vgl. OLG Naumburg Beschl. v. 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, BeckRS 2012, 21448.

<sup>37</sup> Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Petersen, 2. Aufl. 2019, VgV § 8 Rn. 12–14 mwN.

<sup>38</sup> BR–Drs. 87/16, 162.

<sup>39</sup> Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 83; die gesonderte Nachprüfung im Rahmen von förmlichen Nachprüfungsverfahren im Sinne der §§ 160 ff. GWB geht auf die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG zurück und gehört nicht zu der Überwachung der Umsetzung der Vergaberichtlinie, vgl. ErwGr. 122 RL 2014/24/EU.

<sup>40</sup> So ausdrücklich: Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 6; ErwGr. 58 RL 2014/24/EU; VK Freistaat Thüringen Beschl. v. 9.10.2020 – 250–4003–3711/2020–E–008–GTH, Vergabekammer Freistaat Thüringen, Beschluss vom 9.10.2020 – 250–4003–3711/2020–E–008–GTH –, juris Rn. 193; OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 22.9.2020 – 11 Verg 7/20, BeckRS 2020, 33739 juris Rn. 80 ff.; OLG München Beschl. v. 9.3.2018 – Verg 10/17, BeckRS 2018, 4454; OLG Düsseldorf Beschl. v. 24.3.2021 – Verg 34/20, BeckRS 2021, 11205; Beschl. v. 18.9.2019 – Verg 10/19, BeckRS 2019, 44960; OLG München Beschl. v. 2.11.2012 – Verg 26/12, BeckRS 2012, 22639.

<sup>41</sup> OLG München Beschl. v. 9.3.2018 – Verg 10/17, BeckRS 2018, 4454 juris Rn. 48; OLG Düsseldorf Beschl. v. 25.6.2014 – VII–Verg 47/13, BeckRS 2015, 6307 mwN; zu Dokumentationsanforderungen bei einer Direktvergabe: VK Baden-Württemberg Beschl. v. 31.1.2020 – 1 VK 74/19, IBRRS 2020, 1850; zu Dokumentation er vor bei der Durchführung einer Markterkundung: Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern Beschl. v. 4.2.2021 – 3 VK 10/20, IBRRS 2021, 2893 juris Rn. 175; vgl. Auch die Kurzinformation zu Dokumentationspflichten im Vergabeverfahren des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags vom 11.10.2019 – WD 7 – 3000 – 156/19.

- 29 Aus dem Wortlaut der Regelung des § 8 Abs. 1 S. 1 VgV folgt, dass der öffentliche Auftraggeber das Verfahren von Beginn an **fortlaufend** zu dokumentieren hat. Nach der Richtlinie ist der Fortgang der Vergabeverfahren zu dokumentieren. Dies setzt eine **zeitnahe Dokumentation** des laufenden Ausschreibungsprozesses voraus. Ausreichend ist es aber, wenn sich die geforderten Angaben aus unterschiedlichen Dokumenten oder Protokollen der Vergabeakte ergeben, da § 8 Abs. 1 S. 1 VgV nach seinem Wortlaut **nicht die Fertigung eines weiteren zusätzlichen Dokumentationsvermerks**, sondern nur eines gesonderten Vergabevermerks nach § 8 Abs. 2 erfordert. Eine fortlaufende Dokumentation in Textform kann demnach auch dann gewährleistet werden, wenn es sich dabei um **verschiedene Dokumente und Unterlagen** in einer (auch elektronisch geführten) Vergabeakte handelt.<sup>42</sup>
- 30 **4. Beginn der Dokumentation.** Zu dokumentieren ist das **Vergabeverfahren von Beginn an**, wobei dem Verfahrensbegriff ein **materielles** und kein formelles **Verständnis** zugrunde liegt.<sup>43</sup> Aus dem Text des § 8 Abs. 1 S. 1 VgV ergibt sich, dass bereits **Vorbereitungsmaßnahmen** vor der Abfassung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen sowie verfahrenserhebliche **interne Beratungen** (auch mit Dritten) zu dokumentieren sind. Solche Handlungen einer Vergabestelle liegen **vor dem Zeitpunkt der formellen Einleitung** eines Ausschreibungsverfahrens mit der Abgabe der Amtsblattbekanntmachung an das EU-Amt für Veröffentlichungen.<sup>44</sup> So ergibt sich aus § 7 Abs. 1 VgV, dass der öffentliche Auftraggeber Informationsvorsprünge von an der Vorbereitung von Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen auszugleichen hat. Die insoweit ergriffenen Maßnahmen sind ebenfalls nach Art. 84 der Richtlinie zu dokumentieren (Art. 41 UAbs. 3) und betreffen solche, die sich auf die Vorbereitung des formellen Vergabeverfahrens beziehen (Art. 41 Abs. 1 des EU-Rechtsakts).<sup>45</sup>
- 31 **5. Fortlaufende Dokumentation.** Die Dokumentation hat **von Beginn an fortlaufend und kontinuierlich** zu erfolgen und muss demnach laufend fortgeschrieben werden.<sup>46</sup> Aus dem Wortlaut ergibt sich eine laufende und **zeitnahe Dokumentationspflicht**, die im Ergebnis zu einer aktuellen, vollständigen und lückenlosen Dokumentation des gesamten Beschaffungsvorgangs und der maßgeblichen Entscheidungen des Auftraggebers führt.<sup>47</sup> Nach der Rechtsprechung zu der diesbezüglich wortgleichen Vorgängervorschrift (§ 24 Abs. 1 VOL/A-EG) „bildet die fortlaufende Dokumentation **einen dynamischen Prozess ab** einschließlich auch derjenigen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers, die sich – u. U. entgegen einer ursprünglichen Erwartung – letztlich nicht auf den Verlauf und das Ergebnis des Verfahrens **ausgewirkt** haben“.<sup>48</sup>
- 32 **6. Beispielhafte Aufzählung in § 8 Abs. 1 S. 2 VgV.** Nur beispielhaft, nicht abschließend aufgezählt werden einzelne Maßnahmen eines Auftraggebers, die der Dokumentationspflicht unterliegen. Die Beispiele in § 8 Abs. 1 S. 2 VgV gehen über die Richtlinienvorgaben des Art. 84 Abs. 2 S. 2 hinaus und konkretisieren die zu dokumentierenden

<sup>42</sup> Ziekow/Völlink/Goede/Hänsel VgV § 8 Rn. 4; VK Saarland Beschl. v. 9.9.2019 – 2 VK 1/19, IBR 2020, 361; VK Niedersachsen Beschl. v. 20.9.2021 – VgK-33/21, BeckRS 2021, 36776.

<sup>43</sup> Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 1.4.2010 – 1 Verg 5/09, BeckRS 2010, 8707; OLG Naumburg Beschl. v. 8.10.2009 – 1 Verg 9/09, BeckRS 2009, 28647.

<sup>44</sup> Beck VergabeR/Krohn, 3. Aufl. 2019, VgV § 37 Rn. 15.

<sup>45</sup> So auch: MüKoWettbR/H.-P. Müller, 2. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 9 und Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 7. Aufl. 2020, VgV § 8 Rn. 14; enger: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Petersen, 2. Aufl. 2019, VgV § 8 Rn. 13; Vgl. zum Verfahrensbegriff OLG Celle Beschl. v. 14.4.2016 – 13 Verg 11/15, BeckRS 2016, 121640.

<sup>46</sup> Vergabekammer Niedersachsen Beschl. v. 13.10.2020 – VgK-36/2020, BeckRS 2020, 46100 mwN; jurisPK-VergabeR/Hillmann VgV § 8 Rn. 13.

<sup>47</sup> Zu der Regelung des § 24 VOL/A-EG und der fortlaufend zeitnahen Dokumentation vgl. VK Sachsen Beschl. v. 2.10.2012 – 1/SVK/022-12, BeckRS 2013, 4344 mwN und OLG Naumburg Beschl. v. 14.3.2013 – 2 Verg 8/12, BeckRS 2013, 7440 zu § 20 VOL/A.

<sup>48</sup> OLG Landes Sachsen-Anhalt Beschl. v. 12.4.2012 – 2 Verg 1/12, BeckRS 2012, 10195.

Beispielsfälle, wie die **Kommunikation** mit Unternehmen und die **internen Beratungen**, die **Vorbereitung** der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die **Öffnung** der Angebote, die Teilnahmeanträge und die Interessensbestätigungen, die Verhandlungen und die Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie die Dokumentation der **Gründe** für Auswahlentscheidungen und den **Zuschlag**. Der Umfang der **enumerativ** aufgeführten Sachverhalte verdeutlicht, dass der Verfahrensbegriff der Regelung im **materiellen und nicht nur formellen Sinne** zu verstehen ist. Die Dokumentationspflicht setzt also bereits bei den internen **Vorberatungen** und weiteren **Vorbereitungshandlungen** für die Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens ein. Betroffen sind beispielsweise auch Entscheidungen bzw. Erwägungen dazu, ein Vergabeverfahren (auch nach Durchführung einer Markterkundung) **nicht** durchzuführen.<sup>49</sup>

**7. Nachholen der Dokumentation.** Der Begriff der fortlaufenden Dokumentation **33** beinhaltet zugleich, dass diese **grundsätzlich nicht nachzuholen ist**, sondern **fortlaufend zeitnah und verfahrensbegleitend zu erfolgen hat**. Nur so wird eine **chronologische Darstellung des gesamten Beschaffungsprozesses mit allen Zwischenschritten** gesichert. Der demgegenüber zulässigerweise aus rückschauender Betrachtung gefertigte zusammenfassende Vergabevermerk nach § 8 Abs. 2 VgV genügt den weitergehenden Anforderungen an eine fortlaufende Dokumentation des gesamten Beschaffungsprozesses hingegen **nicht**.<sup>50</sup>

Eine verfahrensbegleitende Dokumentation setzt voraus, dass die Dokumentation eines **34** Verfahrensschritts vor dem nächsten Schritt „**Schritt für Schritt**“ erfolgt. Eine mangelhafte oder fehlerhafte laufende Bestandsaufnahme einer Maßnahme oder Entscheidung eines Auftraggebers führt grundsätzlich dazu, dass einzelne Schritte des Verfahrens nicht (hinreichend) transparent dokumentiert und (nicht ausreichend) nachvollziehbar sind und nicht mehr nachgeprüft werden können.

Die Möglichkeit zur nachträglichen **Heilung eines Dokumentationsmangels** ist für **35** sich betrachtet vom **Wortlaut der Vorschrift nicht ausdrücklich gedeckt**. Das Zulassen des Nachholens einer unterlassenen Dokumentation stellt also eine **Ausnahme** dar und betrifft keinesfalls eine gänzlich fehlende Dokumentation zu einer getroffenen Entscheidung oder Maßnahmen oder fehlende entscheidungserhebliche Teile der Dokumentation.<sup>51</sup> Anderenfalls könnten die maßgeblichen Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nicht mehr im zeitlichen Kontext und im Kontext des Ausschreibungsverfahrens **nachvollzogen** und **rechtlich überprüft** werden.<sup>52</sup> Zudem liefe die Pflicht zur zeitnahen Dokumentation ins Leere, wenn es einer Vergabestelle grundsätzlich erlaubt wäre, Dokumentationen – beispielsweise erst in einem Beschwerdeverfahren – umfangreich nachzuschieben.<sup>53</sup> In jedem Falle muss im Einklang mit der Rechtsprechung sichergestellt sein, dass die nachträglich angefertigte Dokumentation nicht allein von der Über-

<sup>49</sup> VK Lüneburg Beschl. v. 23.6.2021 – VgK-19/2021, BeckRS 2021, 22041; VK Bund Beschl. v. 29.9.2020 – VK 2-73/20, IBRRS 2020, 3180.

<sup>50</sup> Vgl. zur Zweckbestimmung des Vergabevermerks nach den Richtlinienvorgaben → Rn. 1; BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845; Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 23–30.

<sup>51</sup> So auch: MüKoWettbR/Seebo, 2. Aufl. 2019, VOB/A § 20 Rn. 23; ebenso: Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 23–31; zu der Vorgängerregelung: Weyand, Vergaberecht, 17. Aktualisierung 2015, Stand: 14.9.2015, Rn. 358.

<sup>52</sup> Vgl. Begründung BT-Drs. 18/7318, 152; aA vgl. etwa: OLG Schleswig Beschl. v. 7.1.2021 – 54 Verg 6/20, ZfBR 2021, 300 mit dem Hinweis auf eine bloße „Förmelei“.

<sup>53</sup> AA OLG Düsseldorf Beschl. v. 9.5.2018 – Verg 13/18, BeckRS 2018, 50137 da keine Regelung dazu bestehe, ob und in welchem Umfang eine Dokumentation zulässigerweise nachgeholt werden kann; vgl. Pfannkuch: Zu den Anforderungen an den Vergabevermerk bei einer produktscharfen Ausschreibung und der Möglichkeit der Heilung von Dokumentationsmängeln ZfBR 2021, 39 unter Verweis auf OLG Celle Beschl. v. 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, BeckRS 2020, 13714; Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 25–31.

legung getragen wird, eine (angegriffene) Entscheidung im Nachhinein zu rechtfertigen.<sup>54</sup>

- 36 Für eine **Heilungsmöglichkeit** einer mangelhaften Dokumentation und damit für die Frage der Zulässigkeit des Nachholens kommt es auf den **Einzelfall** und vor allem darauf an, ob eine gerügte Maßnahme oder Entscheidung eines Auftraggebers überhaupt zu dokumentieren war und erst dann, ob diese Dokumentation unzureichend ist.<sup>55</sup> Ist beides der Fall, ist zur Wahrung des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes und zur Vermeidung von **Manipulationsmöglichkeiten** grundsätzlich nur zuzulassen, dass bereits vorhandene Dokumentationen **erläutert und vertieft** werden, wenn und weil die diesbezüglich tragenden Gründe in der vorhandenen Dokumentation **bereits angelegt** sind. Nachgeschobene (neue oder zusätzliche) Erwägungen können nach Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen eine bereits getroffene Entscheidung der Vergabestelle nicht (mehr) hinreichend begründen, da sie „die **aus der Situation gewonnene Einschätzung** für die weitere Vorgehensweise im Hinblick auf ein ausgeschriebenes Vergabe- und Verhandlungsverfahren **nicht mehr dokumentieren können**. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Dokumentationspflicht des Auftraggebers nur auf eine bloße Formalie reduziert würde, deren materielle Einhaltung im Belieben des Auftraggebers stünde. Denn er hätte es in der Hand, ob und wann er **unvollständige Vergabeakten** in Schriftsätzen des Nachprüfungsverfahrens ergänzte oder nicht“.<sup>56</sup>
- 37 Die **Ergänzung oder sogar das Nachholen einer fehlenden Dokumentation** eines Ausschreibungsverfahrens wird von den Nachprüfungsinstanzen im Einzelfall dennoch zugelassen.<sup>57</sup> So wird es auch nach der Neufassung der Regelung des § 8 Abs. 1 VgV zum Teil und unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für zulässig angesehen, eine unterlassene Dokumentation durch die Übergabe von Unterlagen (auch in den Nachprüfungsinstanzen) zu „heilen“.<sup>58</sup> Dies betrifft nach der Rechtsprechung zu § 20 Abs. 1 und 2 VOB/A 2009 oder § 24 VOL/A EG grundsätzlich nur diejenigen Umstände oder Gesichtspunkte, mit denen eine zu überprüfende bestätigte Maßnahme oder Entscheidung **nachträglich verteidigt werden soll**.<sup>59</sup> Der Bundesgerichtshof hob insoweit zu der früheren Rechtslage hervor, dass ein Nachholen einer Dokumentation nur die Umstände oder Gesichtspunkte betreffen kann, die nicht ausdrücklich als **Mindestinhalt niederzulegen** waren.<sup>60</sup>
- 38 Zum Teil wird sogar die nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln bei der **Bewertung und der Auswahl von eingereichten Angeboten** für zulässig gehalten, da die Vorschrift des § 8 VgV keine Regelung dazu enthalte, ob und in welchem Umfang eine Dokumentation zulässigerweise nachgeholt werden kann.<sup>61</sup>

<sup>54</sup> VK Sachsen Beschl. v. 22.3.2021 – 1/SVK/046-20, OLG München Beschl. v. 9.3.2018 – Verg 10/17, BeckRS 2018, 4454.

<sup>55</sup> Vgl. dazu ausführlich: Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 23–31 mwN.

<sup>56</sup> Vgl. VK Sachsen Beschl. v. 24.3.2011 – 1/SVK/005 – 11, BeckRS 2011, 15186 mwN; vgl. auch VK Niedersachsen Beschl. v. 20.9.2021 – VgK-33/2021, ZfBR 2023, 194; VK Saarland Beschl. v. 9.9.2019 – 2 VK 1/19, IBRRS 2020, 1339; Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 23 ff.

<sup>57</sup> Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 23–31 mwN.

<sup>58</sup> Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 7.1.2021 – 54 Verg 6/20, ZfBR 2021, 300.

<sup>59</sup> BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845.

<sup>60</sup> So ausdrücklich auch Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 28 mwN; vgl. zum Vergabevermerk und der möglichen nachträglichen Ergänzung des Vermerks BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845 und beispielsweise: OLG Düsseldorf Beschl. v. 2.5.2018 – Verg 3/18, BeckRS 2018, 22401; anders wohl VK Münster Beschl. v. 14.2.2019 – VK 1-44/18, IBRRS 2019, 1073 unter Verweis auf BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845, und OLG Düsseldorf Beschl. v. 9.5.2018 – Verg 13/18, BeckRS 2018, 50137.

<sup>61</sup> VK Westfalen Beschl. v. 1.2.2018 – VK 1 – 39/17, BeckRS 2018, 42481; weitgehend: OLG Düsseldorf Beschl. v. 9.5.2018 – Verg 13/18, BeckRS 2018, 50137 unter Verweis auf BGH Beschl. v. 4.4.2017 – X ZB 3/17, BeckRS 2017, 109172; vgl. einschränkend: VK Sachsen Beschl. v. 22.3.2021 – 1/SVK/046-20, BeckRS 2021, 16824.

Soweit die Dokumentation von **Wertungsentscheidungen** im Hinblick auf eine Angebotsbewertung betroffen ist, bestehen umfassende Dokumentationspflichten für die Vergabestelle.<sup>62</sup> Die laufende Dokumentation zu der Bewertung von Angeboten muss nach der nach der Modernisierung des Vergaberechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs („**Schulnotenrechtsprechung**“) alle **maßgeblichen Erwägungen** zu der Bewertung der eingereichten Angebote in allen Schritten so **eingehend dokumentieren**, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Bewertung eingegangen sind.<sup>63</sup> Das Zulassen des Nachholens einer ausgefallenen oder nicht ausreichenden Dokumentation eines Bewertungsvorgangs als eine nachträgliche Rechtfertigung für eine beanstandete Wertungsentscheidung **genügt den gestellten Transparenzanforderungen grundsätzlich nicht** und kann eine laufende und bereits abgeschlossene Wertungsentscheidung nicht mehr ausreichend transparent und nachvollziehbar machen. Eine nachgeholte Dokumentation des Bewertungsvorgangs birgt vielmehr das Risiko, dass in der Vergangenheit angestellte und berücksichtigte Erwägungen nicht mehr nachvollzogen werden können und auch getroffene Entscheidungen einer Vergabestelle, die unter Umständen mit mehreren Personen besetzt ist, nicht mehr hinreichend transparent dokumentiert (und damit nicht ausreichend) sind.<sup>64</sup> Das **Nachholen einer wertungsbezogenen Dokumentation** kann in richtlinienkonformer Anwendung des § 8 Abs. 1 **ausnahmsweise nur dann** zulässig sein, wenn eine Gefahr von Manipulationen von **vornherein gänzlich ausgeschlossen** ist.<sup>65</sup>

§ 8 Abs. 1 S. 2 VgV enthält, anders als die dieser Rechtsprechung zu Grunde liegende Vorgängerfassung, nur noch eine **beispielhafte Aufzählung** der einzelnen Maßnahmen und Entscheidungen der Vergabestelle, die fortlaufend zu dokumentieren sind. Da es auch nach der bisherigen Rechtsprechung für das Zulassen einer nachträglichen Dokumentation auf das **Gewicht und den Stellenwert der Mängel** bei der Dokumentation ankommt, wird eine nachträgliche Dokumentation nur für Fälle zuzulassen sein, denen **keine besondere Schwere oder Bedeutung** für den Ablauf des Ausschreibungsverfahrens und die Auswahlentscheidung der Teilnehmer oder Angebote zukommen kann und wenn Manipulationen des Verfahrens ausgeschlossen sind.<sup>66</sup>

Unter Berücksichtigung des **Beschleunigungsgebotes** im Sinne von § 163 Abs. 1 S. 4 GWB können daher eine nachträgliche Konkretisierung oder auch eine spätere Ergänzung der Verfahrensdokumentation zur Herstellung einer nachträglichen Transparenz eines Vergabeverfahrens insoweit **ausnahmsweise** zugelassen sein, wie die Beanstandung einer mangelbehafteten Dokumentation eine **reine Förmelerei** darstellen würde, **geschützte Rechtspositionen** eines Verfahrensbeteiligten nicht betroffen und **Manipulationen** des Verfahrens ausgeschlossen sind.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> BGH Beschl. v. 4.4.2017 – X ZB 3/17, BeckRS 2017, 109172; VK Niedersachsen Beschl. v. 2.3.2021 – VgK-01/2021, BeckRS 2021, 22033; vgl. auch: LG Leipzig (5. Zivilkammer), Endurteil vom 10.1.2023 – 05 O 1534/22 EV, BeckRS 2023, 858.

<sup>63</sup> BGH Beschl. v. 4.4.2017 – X ZB 3/17, BeckRS 2017, 109172; Stein/Wolters, Gesteigerte Bewertungsanforderungen infolge der „Schulnoten-Rechtsprechung“, NZBau 2020, 339.

<sup>64</sup> VK Sachsen Beschl. v. 22.3.2021 – 1/SVK/046-20, BeckRS 2021, 16824; vgl. auch: VK Bund, Beschluss vom 24.11.2022 – VK 2-94/22, IBR 2023, 2196.

<sup>65</sup> BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845; vgl. VK Niedersachsen Beschl. v. 20.9.2021 – VgK-33/21, BeckRS 2021, 36776; VK Niedersachsen Beschl. v. 2.3.2021 – VgK-01/2021, BeckRS 2021, 22033 mwN; vgl. zu Dokumentationsmängeln bei Wertungsentscheidungen auch: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 7.9.2022 – 15 Verg 8/22, BeckRS 2022, 22588.

<sup>66</sup> Vgl. dazu auch: EuGH Urt. v. 20.12.2017 – C-677/15, BeckRS 2017, 136152.

<sup>67</sup> Vgl. BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845; so auch Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 8 Rn. 30 mwN; vgl. auch MüKoWettbR/Seebo, 2. Aufl. 2019, zu VOB/A § 20 Rn. 19–23; VK Sachsen Beschl. v. 22.3.2021 – 1/SVK/046-20, BeckRS 2021, 16824; VK Westfalen, Beschluss vom 1.2.2023 – VK 1 – 49/22, BeckRS 2023, 1031; weitgehend: OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212; VK Mecklenburg-Vorpommern Beschl. v. 14.12.2020 – 3 VK 8/20, IBRRS 2021, 1288; VK Bund Beschl. v. 22.11.2019 – VK 1–83/19, IBRRS 2019, 3984 und Beschl. v. 13.2.2020 – VK 1–2/20, IBRRS 2020, 0906; OLG Düsseldorf Beschl. v. 2.5.2018 –

- 42 8. Verletzung von Bieterrechten bei einer mangelhaften Dokumentation und Auswirkung auf ein Verfahren.** Die Dokumentationspflicht hat bieterschützenden Charakter, § 97 Abs. 6 GWB, weil sie dazu dient, die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers transparent nachzuvollziehen und **rechtlich prüfen** zu können.<sup>68</sup> Allein auf eine mangelhafte Dokumentation kann ein Nachprüfungsantrag eines Verfahrensbeteiligten (als reine Förmelerei) jedoch nicht erfolgreich gestützt werden, wenn sich für den Prätendenten keine Nachteile aus der Verletzung von Dokumentationspflichten ergeben können.<sup>69</sup>
- 43** Vielmehr muss eine ausgefallene oder mangelhafte Dokumentation die **Stellung** des Verfahrensbeteiligten betreffen, zu möglichen Nachteilen (vgl. § 160 Abs. 2 GWB zur Antragsbefugnis) und zu einem **Schaden** (als Teil der Begründetheitsprüfung eines Nachprüfungsantrags) eines möglichen Bieters führen, § 97 Abs. 6 GWB.<sup>70</sup> Für die erforderliche Feststellung einer **Kausalität** zwischen dem **Rechtsverstoß** (gegen Dokumentationspflichten) und einem **Schaden** im Rahmen der Prüfung der Begründetheit eines Nachprüfungsantrags reicht nach der Rechtsprechung die Annahme aus, dass ein vergaberechtskonformes Verhalten des Auftraggebers die Angebote beeinflussen und die Aussicht auf den Zuschlag **beeinträchtigen kann**.<sup>71</sup> Wenn und soweit das zulässige Nachholen einer Dokumentation nicht in Betracht kommt, hat der Auftraggeber das Vergabeverfahren in den Stand vor der beanstandeten Dokumentation zurückzusetzen, die unterlassene Handlung vorzunehmen und dann das Verfahren fortzusetzen. Dies betrifft insbesondere den Fall der Dokumentation von **Wertungsentscheidungen** im Rahmen einer Zuschlagsentscheidung.<sup>72</sup> Geht die von der Rechtsprechung hervorgehobene Aktenklarheit und Aktenwahrheit insgesamt unter, so ist das Vergabeverfahren wegen Dokumentationsmängeln **aufzuheben**.<sup>73</sup>
- 44 9. Textform, § 126b BGB.** Die Verfahrensdokumentation hat von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu erfolgen. Die nach dem Wortlaut der Regelung bestehende Einschränkung, dies sei nur geboten, „soweit“ dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist, bezieht sich nach der Formulierung der Regelung auf die Dokumentation an sich, nicht nur auf die geforderte Form der Dokumentation.
- 45** Da die Verfahrensdokumentation, anders als der Vergabevermerk nach § 8 Abs. 2 VgV, nicht in einem gesonderten Vermerk erfolgen muss, betrifft die Formvorschrift die **Gesamtdokumentation** des Verfahrens.<sup>74</sup> Daher muss die Dokumentation beispielsweise die Maßnahmen und Entscheidungen gem. § 8 Abs. 1 S. 2 VgV in Textform enthalten; um den gesetzlichen Anforderungen des § 126b BGB zu entsprechen, muss die Dokumentati-

Verg 3/18, BeckRS 2018, 22401 unter Verweis auf BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845 und die „Dokumentation im Vergabevermerk“.

<sup>68</sup> BeckOK VergabeR/Fett, 21. Ed. 31.7.2021, VgV § 8 Rn. 58, 59 mwN; BR-Drs. 87/16, 162.

<sup>69</sup> Vgl. zu der unzureichenden Bekanntmachung und Dokumentation von Zuschlagskriterien, die sich auf die Rechtsposition des Bieters im Verfahren nicht auswirkt: EuGH Urt. v. 20.12.2017 – C-677/15 P, BeckRS 2017, 136152.

<sup>70</sup> BeckOK VergabeR/Fett, 21. Ed. 31.7.2021, VgV § 8 Rn. 58, 59; Beck VergabeR/Langenbach, 3. Aufl. 2019, VgV § 8 Rn. 35–40; MüKoWettbR/Fett, 2. Aufl. 2018, GWB § 168 Rn. 8.; zur Feststellung eines Schadens im Rahmen einer Begründetheitsprüfung eines Nachprüfungsantrags: vgl. BGH Beschl. v. 18.5.2004 – X ZB 7/04, BeckRS 2004, 6261 und Vergabekammer Karlsruhe Beschl. v. 31.1.2020 – 1 VK 74/19 und 1 VK 75/19, IBRRS 2020, 1850.

<sup>71</sup> So wörtlich VK Karlsruhe, aaO Beschl. v. 31.1.2020 – 1 VK 75/19 IBRRS 2020, 1850 mit dem Hinweis auf OLG Düsseldorf Beschl. v. 23.1.2008 – VII-Verg 31/07, BeckRS 2008, 13108.

<sup>72</sup> Vgl. etwa OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 22.9.2020 – 11 Verg 7/20, BeckRS 2020, 33739; VK Sachsen Beschl. v. 29.11.2019 – 1/SVK/032-19, BeckRS 2019, 39461; VK Westfalen Beschl. v. 20.3.2018 – VK 1–37/17, BeckRS 2018, 51891; grundlegend: BGH Beschl. v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, BeckRS 2011, 3845; OLG Celle Beschl. v. 12.5.2016 – 13 Verg 10/15, BeckRS 2016, 10371; Beschl. v. 16.5.2013 – 13 Verg 13/12, BeckRS 2013, 17137.

<sup>73</sup> Vgl. VK Niedersachsen Beschl. v. 11.8.2020 – VgK-16/2020, BeckRS 2020, 34632; VK Saarland Beschl. v. 9.9.2019 – 2 VK 01/19, IBRRS 2020, 1339.

<sup>74</sup> So auch Ziekow/Völlink/Goede/Hänsel VgV § 8 Rn. 4.