

(§ 1 Abs. 3 Nr. 6), die Gliederungstiefe der Teilhaushalte (§ 4 Abs. 5 Satz 2), die Darstellung der Liquiditätslage (§ 6 Nr. 7) und der Wirtschaftslage der Sondervermögen mit Sonderrechnung und der Unternehmen mit kommunaler Beteiligung (§ 6 Nr. 8). Bei den Haushaltsermächtigungen etwa muss geschätzt oder auf Erfahrungswerte (z. B. Durchschnitt der letzten drei Jahre) zurückgegriffen werden. Die Vorgaben sind in entsprechenden amtlichen Mustern zu konkretisieren. Das gilt vor allem für die Angaben nach § 6 Nr. 7 (wegen den Anforderungen des Zuwendungswesens und des kommunalen Finanzausgleichs) und § 6 Nr. 8 (Darstellung der finanziellen Gesamtlage).

Das StMI hat eine Reihe von Haushaltsmustern entwickelt (vgl. www.stmi.bayern.de/luk/komfinanzen/haushaltsrecht)

6. Exkurs: Vergabe

6.1 Überblick

Das Vergaberecht regelt das Verfahren beim Einkauf von Gütern und Leistungen durch öffentliche Auftraggeber; hierzu gehören Staat und Kommunen, aber auch bestimmte Privatunternehmen (z.B. Energieunternehmen). Die Kommunen sind in unterschiedlichem Maße durch EU-Recht, Bundes- und Landesrecht verpflichtet, bestimmte Verfahren und Grundsätze bei der Vergabe einzuhalten; diese Verpflichtung verstößt nicht gegen die Selbstverwaltungsgarantie (VGH Mannheim, DÖV, 1988, 649; BVerwG v. 15.3.1989, Buchholz 415, 1 Nr. 84). Maßgebliche Bestimmungen finden sich insbesondere in §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB, in der Vergabeverordnung (VgV), in § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik sowie in den Verdingungsverordnungen (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB –, Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL/A –, Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen – VOF –) und in der Sektorenverordnung (SektVO; für Aufträge im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung). Von den Verdingungsordnungen wird im Folgenden beispielhaft die VOB/A zitiert.

6.1.1 Vergabegrundsätze

Das Vergaberecht dient folgenden Zielsetzungen (vgl. z.B. die Ausführungen in § 97 GWB):

- Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit: Die öffentliche Hand soll Sach- und Personalmittel zu preiswerten und besten Konditionen beschaffen.
- Vermeidung von Korruption und Vetternwirtschaft.
- Schutz der Wirtschaft durch Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz.

Aus diesen Zielen leiten sich unter anderem folgende Vergabegrundsätze ab:

- Fairer Wettbewerb: In einem formalisierten Verfahren sollen möglichst viele Unternehmen die Möglichkeit haben, ihre Leistung anzubieten.

- **Transparenz:** Nur ein nachvollziehbares Vergabeverfahren garantiert einen echten Wettbewerb zwischen den Unternehmen.
- **Gleichbehandlung:** Alle Unternehmen, die in einem Vergabeverfahren ein Angebot eingereicht haben (Bieter), sind gleich zu behandeln. Maßgebliches Kriterium für die Auswahl des Auftragnehmers ist seine Eignung; entscheidend sind also Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Deshalb ist eine Beschränkung des Vergabeverfahrens auf in einer Kommune ansässige Unternehmen unzulässig. Zum Eignungsnachweis im Rahmen des sog. Präqualifikationsverfahrens siehe § 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A.
- **Wirtschaftlichkeit:** Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen; die Höhe des angebotenen Preises für die Ware oder die Leistung ist also nicht allein maßgeblich (vgl. § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A).

6.1.2 Vergabeverfahren

Im Wesentlichen lassen sich drei Vergabeverfahren unterscheiden (vgl. § 101 Abs. 1 GWB; § 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/A):

- Die **Öffentliche Ausschreibung** (bei europaweiter Ausschreibung: das offene Verfahren) fordert in einem förmlichen Verfahren einen unbeschränkten Kreis von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten auf (§ 101 Abs. 2 GWB; § 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/A). Diese Verfahrensart gewährleistet den größtmöglichen Wettbewerb.
- Die **Beschränkte Ausschreibung** (bei europaweiter Ausschreibung: das nicht offene Verfahren) richtet sich – ebenfalls in einem förmlichen Verfahren – nur an einen beschränkten Kreis von Unternehmen (§ 101 Abs. 3 GWB; § 3 Abs. 1 Satz 3 VOB/A).
- Die **Freihändige Vergabe** (bei europaweiter Ausschreibung: das Verhandlungsverfahren) spricht ohne ein förmliches Verfahren ausgewählte Unternehmen an und lässt Verhandlungen über die Auftragsbedingungen mit diesen zu (§ 101 Abs. 4 GWB; § 3 Abs. 1 Satz 3 VOB/A). Bei der Öffentlichen und der Beschränkten Ausschreibung sind dagegen nur Gespräche mit den Unternehmen möglich, die dazu dienen, offene Fragen oder Zweifel über das Unternehmen oder das eingereichte Angebot zu klären; im Übrigen gilt das sog. Verhandlungsverbot.

Bei Überschreitung der EU-Schwellenwerte (vgl. unten Erl. 6.2) ist eine europaweite Ausschreibung erforderlich. Die Bekanntmachungen über öffentliche Aufträge erfolgen in den verschiedenen Ausschreibungsblättern, in Tageszeitungen, der Vergabeplattform des Bundes und des Freistaats Bayern sowie bei EU-weiten Ausschreibungen im Amtsblatt der EG (§ 12 VOB/A). Umfangreiche Aufträge sind in sog. Lose (Fach- und Teillöse) aufzuteilen (§ 5 VOB/A). Damit sollen kleinere und mittlere Unternehmen die Chance erhalten, sich um einen Teil des Auftrags zu bemühen, wenn sie den gesamten Auftrag nicht meistern können.

6.2 Umfang der vergaberechtlichen Bindung

Maßgeblich für den Umfang der Bindung der Kommunen an das Vergaberecht ist, ob das Vorhaben bestimmte, von der EU festgelegte Schwellenwerte überschreitet.

(1) Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte:

Kommunale Auftraggeber sind ab Erreichen der EU-Schwellenwerte nach § 98 Abs. 1 Nr. GWB verpflichtet, bei öffentlichen Aufträgen i. S. v. § 99 GWB die förmlichen Ausschreibungsverfahren der Verdingungsordnungen zu betreiben. Einzelheiten regeln insbesondere die §§ 97 ff. GWB und die Vergabeverordnung. Nach § 2 VgV betragen die Schwellenwerte derzeit u. a. (jeweils ohne Umsatzsteuer)

- bei Bauaufträgen 5 Mio. €,
- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen – mit bestimmten Ausnahmen – 200.000 €.

Für Aufträge, die im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (Sektorentätigkeiten) vergeben werden, gilt die Sektorenverordnung (SektVO) vom 23.9.2009 (BGBl I S. 3110), zuletzt geändert durch VO vom 23.9.2009 (BGBl I S. 3110). § 1 Abs. 7 SektVO regelt mittels einer dynamischen Verweisung die jeweils angepasste und gültige Schwellenwertregelung der RL 2004/17/EG; der Wert liegt derzeit bei 400.000 €.

Bei Überschreiten der EU-Schwellenwerte unterliegen nicht nur die Gemeinde selbst und ihre Eigenbetriebe, sondern auch ihre Zweckverbände und Kommunalunternehmen sowie die in § 98 Nrn. 2, 4 und 5 GWB genannten kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform den Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnungen.

Durch die o.g. bundesrechtlichen Vorschriften werden neben der SektVO die einschlägigen EU-Vergabekoordinierungsrichtlinien (insbesondere die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge – Vergabekoordinierungsrichtlinie) umgesetzt.

(2) Unterschreiten der Schwellenwerte:

Unterhalb der genannten Schwellenwerte ist Landesrecht maßgeblich. Kommunale Auftraggeber, für die der Anwendungsbereich der KommHV-Kameralistik und KommHV-Doppik eröffnet ist, sind nach § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 1 KommHV-Doppik verpflichtet, Aufträge öffentlich auszuschreiben, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe rechtfertigen. Das StMI hat die Kommunen durch die Bekanntmachung zur „Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“ vom 14.10.2005 (AllMBl. 2005, S. 424, zuletzt geändert durch Bek vom 12.12.2012 – AllMBl. 2013, S. 6; vgl. ferner allgemein zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich IMS v. 24.4.2008 – IB3-1512.4 – 161, wiedergegeben unter <http://www.innenministerium.bayern.de/buw/bautheemen/vergabeundvertragswesen/kommunalerbereich/index.php>) zur Anwendung der VOB für Bauaufträge verpflichtet. Diese Verpflichtungen

gelten nicht für kommunale Unternehmen des öffentlichen und des privaten Rechts. Die o.g. Bekanntmachung weist jedoch darauf hin, dass auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte die aus den primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrags abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten sind. Damit sind insbesondere ein angemessener Grad von Öffentlichkeit und Dokumentation sowie ein diskriminierungsfreies Vorgehen bei der Auftragsvergabe sicherzustellen. Zur Vermeidung rechtlicher Risiken wurde den Kommunen daher in der o.g. IMBek auch die Anwendung der VOL/A empfohlen. Um unnötigem Verwaltungsaufwand vorzubeugen, hat das StMI auf landesrechtlicher Basis in der o.g. Bekanntmachung im Unterschwellenbereich Erleichterungen für die Kommunen insb. bei der Anwendung der VOB vorgesehen. Dazu gehören beispielsweise Wertgrenzen, bis zu denen ohne weitere Begründung beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben zulässig sind.

6.3 Verstoß gegen vergaberechtliche Verpflichtungen

Ein Verstoß gegen vergaberechtliche Verpflichtungen kann eine Reihe von Konsequenzen nach sich ziehen. Oberhalb der Schwellenwerte besteht die Gefahr eines durch einen übergangenen Bieter beantragten förmlichen Nachprüfungsverfahrens nach §§ 102 ff. GWB; bei zusätzlicher Verletzung von EU-Primärrecht droht die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die EU-Kommission. Je nach den Umständen des Einzelfalls können die Nichtigkeit des jeweiligen Vertrags und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche die Folge sein.

Zuständige Nachprüfungsbehörden für den kommunalen Bereich sind in erster Instanz die Vergabekammern. Sie sind in Bayern bei der Regierung von Oberbayern (zuständig für Vergabestellen mit Sitz in den Regierungsbezirken Oberbayern, Niederbayern und Schwaben) und bei der Regierung von Mittelfranken (zuständig für Oberfranken, Mittelfranken, Unterfranken und Oberpfalz) eingerichtet.

Unterhalb der EU-Schwellenwerte sind Nachprüfungsstellen (VOB-Stellen) im Sinne von § 21 VOB/A die Regierungen (für die Bezirke das Staatsministerium des Innern) Nachprüfungsstelle. Auf der Grundlage deren Entscheidungen werden ggf. die zuständigen Rechtsaufsichtsbehörden tätig. Vgl. zu den Zuständigkeiten IMBek v. 21.10.2013, AllMBI S. 882.

Rechtsaufsichtlichen Maßnahmen sind allerdings Grenzen gesetzt, wenn bereits rechtswirksame Verträge zustande gekommen sind. Bei (insbesondere langfristigen) Verträgen oberhalb der Schwellenwerte hat der EuGH in seinem Urteil vom 18.7.2007 (C-503/49 = JA 2007, 910) aber klargestellt, dass vergaberechtswidrigen Verträgen kein Bestandsschutz zukommt, diese also rückabzuwickeln sind. Hier kann bereits im Vorfeld (auch zur Abwendung von Zwangsgeldern gegenüber der Bundesrepublik) ein entsprechendes aufsichtliches Einschreiten angebracht sein.

6.4 Öffentlicher Auftrag

Nach § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge

- entgeltliche zivil- oder öffentlich-rechtliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen,
- die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

6.4.1 Personenverschiedenheit

§ 99 Abs. 1 GWB definiert öffentliche Aufträge als Verträge „zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen“. Voraussetzung für eine Ausschreibungspflicht ist also eine Personenverschiedenheit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. „Beauftragt“ die Gemeinde ihren Eigen- oder Regiebetrieb, kommt mangels Personenverschiedenheit Vergaberecht nicht zur Anwendung. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung läge jedoch ein dem Vergaberecht unterliegender Auftrag immer dann vor, wenn eine Gemeinde Aufgaben gegen Entgelt auf eine ihr gegenüber rechtlich selbständige Einrichtung, deren Träger oder Gesellschafterin sie ist, überträgt, also bei (Einzel-)Aufträgen an

- einen Zweckverband bzw. bei Aufträgen eines Zweckverbands an ein Unternehmen, dessen Träger er ist,
- ein Kommunalunternehmen in alleiniger Trägerschaft einer oder mehrerer Kommunen oder
- an eine Gesellschaft in der Rechtsform des Privatrechts, an der die Kommune allein (Eigengesellschaft) bzw. zusammen mit anderen Privaten (sog. gemischt-wirtschaftliche Beteiligungsgesellschaft) beteiligt ist.

In diesen Fällen liegt formal betrachtet eine Personenverschiedenheit von Auftraggeber (Gemeinde) und Auftragnehmer vor, so dass hier die Vergaberechtsvorschriften Anwendung finden müssen. Diese Annahme würde im Ergebnis bedeuten, dass die Kommunen nicht mehr frei entscheiden könnten, ob die Aufgabe öffentlich-rechtlich oder privat erfüllt wird; faktisch entstünde ein Privatisierungszwang. Das Ergebnis ist unbefriedigend, weil bei Kommunalunternehmen oder bei Eigengesellschaften der Auftrag innerhalb des „Konzerns“ Kommune, also gleichsam „im Haus“ bleibt. Deshalb wird in Rechtsprechung und Literatur erörtert, ob in diesen Fällen trotz formaler Personenverschiedenheit der Vertragsparteien nach den Kriterien eines sog. „**In-house-Geschäftes**“ ein vergabefreies Rechtsgeschäft angenommen werden kann (vgl. zur Thematik auch RS des StMI vom 24.4.2008 – IB3-1512.4-161, wiedergegeben unter http://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/buw/bausthemen/iiz5_vergabe_kommunal_rs_ib3_1512_4_161_8095_20080424.pdf).

Diese Frage hat in der Praxis in den letzten Jahren besondere Bedeutung bekommen, weil die Kommunen angesichts der demographischen Entwicklung v. a. im ländlichen Raum und knapper Kassen zunehmend Modelle der interkommunalen Zusammenarbeit und der organisatorischen Selbständigkeit kommunaler Aufgabenerledigung wählen. Diese aus kommunaler Sicht notwendige Entwicklung wird jedoch in zunehmendem Maße durch Aktivitäten auf EU-Ebene gefährdet. Insbesondere die EU-Kommission hat immer wieder versucht, den Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge weiter auszudehnen und die Anwen-

derung von Vergaberecht auch bei Aufgabenübertragungen durch Unternehmensgründung oder -erweiterung bzw. bei Betrauung kommunaler Zusammenschlüsse mit kommunalen Aufgaben zu erwägen. Die Kommission stellt damit die kommunale Organisationshoheit und die Möglichkeiten der interkommunalen Kooperationen in Frage.

Der EuGH hat mittlerweile zum Verhältnis zwischen kommunaler Aufgabenorganisation und dem Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen eine Reihe von Entscheidungen getroffen. Ausgangspunkt ist die sog. „Teckal“-Entscheidung des EuGH vom 18.11.1999 (NZBau 2000, 90): In dieser Entscheidung nimmt der EuGH eine **teleologische Reduzierung des Auftragsbegriffs** vor (vgl. dazu Krajewski/Wethkamp, DVBl. 2008, 355 m.w.N.) und geht trotz formaler Personenverschiedenheit von einem vergabefreien In-house-Geschäft aus, wenn zwei Kriterien erfüllt sind (sog. **Teckal-Kriterien**):

(1) Die Gebietskörperschaft übt über den Auftragnehmer eine **Kontrolle** aus wie über ihre eigenen Dienststellen. Sie muss sowohl auf die strategischen Ziele wie auf die wichtigen Entscheidungen des Auftragnehmers Einfluss nehmen können (EuGH v. 29.11.2012, FStBay 2013 Rdnr. 122 – „Aspem“).

(2) Der Auftragnehmer verrichtet zugleich seine Tätigkeit **im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft**.

In der Folgezeit hat der EuGH seine Rechtsprechung fortentwickelt bzw. konkretisiert. Ein Meilenstein für eine kommunalfreundlichere europäische Sicht der Vergaberechtsproblematik ist dann das Urteil des EuGH vom 9.9.2009 (C-480/06) – „Stadtreinigung Hamburg“ (DVBl. 2009, 902; vgl. dazu Merkel, KommP BY 2009, 282 ff.; Veldboer/Eckert, DVBl. 2009, 859 ff.; von Donat/Lipinski, KommJur 2009, 361 ff.). In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatten vier niedersächsische Landkreise die Stadtreinigung Hamburg, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, gegen Entgelt mit der Abfallentsorgung beauftragt. Der EuGH stellt zunächst fest, dass die Landkreise unstreitig keine Kontrolle im Sinne des 1. Teckalkriteriums über die Stadtreinigung Hamburg ausübten, unterwirft dann aber die gewählte Form der kommunalen Zusammenarbeit doch nicht dem Vergaberechtsregime; dabei waren folgende Erwägungen maßgebend, die als allgemeingültige Voraussetzungen für vergaberechtsfreie Organisationsentscheidungen bei interkommunaler Zusammenarbeit gewertet werden können:

- Die Zusammenarbeit dient der Erfüllung von im allgemeinen Interesse liegenden „öffentlichen“ Aufgaben, die allen Beteiligten obliegen.
- Es sind ausschließlich öffentliche Stellen beteiligt, d. h., es liegt keine Beteiligung Privater vor.
- Die Umsetzung der Zusammenarbeit ist nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.
- Durch die Zusammenarbeit wird kein privates Unternehmen besser gestellt als seine Wettbewerber.
- Es wird keine Gestaltung gewählt, mit der das Vergaberecht (lediglich) umgangen werden soll.