

# Kommunales Haushalts- und Wirtschaftsrecht in Bayern • Loseblatt

Praktikerhandbuch

von

Arthur Schreml, Anton Westner, Siegfried Bauer, Jürgen Wöfl, Johann Kronauer, Christian Degen, Franz Duschl,  
Ludwig Grill, Stephan Grill

Grundwerk mit 125. Ergänzungslieferung

jehle Heidelberg

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 7825 0150 7

## § 31 Vergabe von Aufträgen

(1) Der Vergabe von Aufträgen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.

(2) Bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen sind die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen bekannt gibt.

### Einschlägige Vorschriften und Bestimmungen

*Art. 61 Abs. 2 und 123 Abs. 1 Nr. 3 GO*

*IMBek vom 14.10.2005 Az.: IB3-1512.4-138 (AllMBI S. 424), zuletzt geändert durch IMBek vom 12.12.2012 (AllMBI 2013 S. 6), abgedruckt als Anhang 1*

*§ 87 Nr. 7 KommHV-Kameralistik*

*VV Nr. 1 zu § 27 KommHV-Kameralistik*

*Eigenbetriebe: § 9 EBV*

*Krankenhäuser: § 1 WKKV*

*§§ 97–129b GWB, VgV, BayNpV, BayBauVG, VOB/A, VOB/B, VOB/C, jeweils einschließlich der EG-Bestimmungen VOL/A EGLiefKoRi, VOL/B EGLiefKoRi VOF*

### Erläuterungen

1. Allgemeines
  - 1.1 Landesrechtlichen Vorschriften,
  - 1.2 Bundesrechtlichen Vorschriften,
  - 1.3 Öffentliche Aufträge
  - 1.4 Zuschlag
  - 1.5 Hinweise des Staatsministeriums des Innern (Entgeltlichkeit, Leistungen durch ein Unternehmen, nicht vergaberechtsrelevante Organisationsakte, Gründung eines Unternehmens, vergaberechtsrelevante Beschaffungsvorgänge)
2. Landesrechtliche Vorschriften
  - 2.1 Allgemeiner Grundsatz
  - 2.2 Verbindliche Vergabegrundsätze nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik
    - 2.2.1 Anzuwendende Vergabegrundsätze
    - 2.2.2 Geltung des europäischen Primärrechts
    - 2.2.3 Wertgrenzen bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe

- 2.2.3.1 Beschränkte Ausschreibung
      - 2.2.3.2 Freihändige Vergabe
    - 2.2.4 Kreis der Anwender der Vergabegrundsätze
  - 2.3 Wertungspauschale
- 3. Bundesrechtliche Vorschriften
  - 3.1 Allgemeines
  - 3.2 Begriffsdefinitionen
    - 3.2.1 Öffentliche Aufträge, Lieferaufträge, Bauaufträge, Dienstleistungsaufträge, Auslobungsverfahren
    - 3.2.2 Verdingungsordnungen
    - 3.2.3 Geltungsbereiche der Verdingungsordnungen
    - 3.2.4 Unterschiedliche Vergabeverfahrensarten
  - 3.3 Schwellenwerte
- 4. Präqualifikation von Bauunternehmen
- 5. Besondere Hinweise
  - 5.1 Tariftreueerklärung
  - 5.2 Scientology-Organisation
- 6. Zuständigkeit bei den Kommunen
- 7. Behandlung in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung
- 8. Nachprüfungsverfahren
  - 8.1 Nachprüfung von Vergaben nach kommunalrechtlichen Vorschriften
    - 8.1.1 Vergabe von Bauaufträgen
    - 8.1.2 Vergabe von Lieferungen und Leistungen
    - 8.1.3 Weitere Folgen bei Rechtsverletzungen
  - 8.2 Nachprüfungsverfahren von Vergaben nach bundesrechtlichen Vorschriften
    - 8.2.1 Allgemeines
    - 8.2.2 Verfahren vor der Vergabekammer
      - 8.2.2.1 Rechtsschutz des Bieters
      - 8.2.2.2 Schutz des Auftraggebers
    - 8.2.3 Verfahren vor dem Oberlandesgericht München
    - 8.2.4 Verfahren vor den ordentlichen Gerichten
- 9. Bevorzugung ortsansässiger Bieter
- 10. Vergabehandbuch
  - 10.1 Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen (VHB Bayern)
  - 10.2 Handbuch für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen durch Behörden der Staatsbauverwaltung (VHL Bayern)
  - 10.3 Handbuch für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen (VHF Bayern)
- 11. Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen
- 12. Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaates Bayern an kommunale Körperschaften (VKK)

13. Beschleunigung von Vergabeverfahren in den Jahren 2009, 2010 und 2011
14. Kauf von Büchern für die Schule
  - 14.1 Preisbindung
  - 14.2 Vergaberechtliche Betrachtung
    - 14.2.1 Kauf von Büchern für die Schülerbücherei
      - 14.2.1.1 Vergaben unterhalb des Schwellenwertes von 200 000 € ohne Umsatzsteuer (§ 1 i. V. mit § 2 Nr. 2 VgV)
      - 14.2.1.2 Aufträge ab einem Schwellenwert von 207 000 € ohne Umsatzsteuer
    - 14.2.2 Kauf von lernmittelfreien Büchern
      - 14.2.2.1 Auftragsvolumen unterhalb von 200 000 € ohne Umsatzsteuer
      - 14.2.2.2 Auftragsvolumen ab dem EG-Schwellenwert von 200 000 € ohne Umsatzsteuer
    - 14.2.3 Zusammenzählung der Einzelwerte aller Beschaffungen
15. Vergabe von Strom- und Erdgaslieferverträgen durch die Kommunen
  - 15.1 Verträge unterhalb des Schwellenwertes
  - 15.2 Verträge ab dem Schwellenwert
  - 15.3 Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht
  - 15.4 Rahmenvereinbarungen
16. Ausschreibung von kommunalen Grundstücksverkäufen
17. Lohnvorgaben im Zusammenhang mit Vergaben
18. Übersicht über die anzuwendenden Vorschriften bei der Vergabe kommunaler Aufträge
19. Beratung kommunaler Auftraggeber

### **Anhänge**

- Anhang 1 Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich, IMBek vom 14.10.2005
- Anhang 2 Anwendung der VOB durch die Kommunen, IMS vom 15.3.2006
- Anhang 3 Gesetz über die Preisbindung für Bücher
- Anhang 4 Vergabe von Schulbuchaufträgen durch die Kommunen, WJVTS vom 10.5.2005
- Anhang 5.1 Präqualifikation von Bauunternehmen; Erteilung von Referenzen, IMS vom 17.10.2006
- Anhang 6 Beschleunigung von Vergabeverfahren in den Jahren 2009 und 2010, Bek vom 3.3.2009
- Anhang 7 Umsetzung des zweiten Konjunkturpakets des Bundes; Beschleunigung von Vergabeverfahren kommunaler Auftraggeber in den Jahren 2009 und 2010, IMS vom 4.3.2009

- Anhang 8 Konjunkturpaket II – Gesetz zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen; Einbeziehung finanzschwacher Kommunen, IMS vom 3.3.2009
- Anhang 9 Handreichung zur Anwendung des Vergaberechts bei kommunalen Grundstücksgeschäften, IMS vom 20.12.2010
- Anhang 10 Tariftreue, IMS vom 19.4.2010 Az.: I B 3-1512.4-183

## 1. Allgemeines

Das Vergabewesen der Kommunen ist geregelt in:

### 1.1 Landesrechtlichen Vorschriften,

soweit die durch Bundesrecht festgesetzten Schwellenwerte nicht erreicht oder überschritten werden (siehe § 97 Abs. 6 GWB und § 2 VgV, abgedruckt unter I 3 a und I 3 b).

### 1.2 Bundesrechtlichen Vorschriften,

wenn die oben angesprochenen Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden.

### 1.3 Öffentliche Aufträge

Dem Vergaberecht unterliegen **öffentliche Aufträge**, das sind **entgeltliche Aufträge** von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Da es immer wieder Vertragsgestaltungen gibt, bei denen nicht sofort ersichtlich ist, ob es sich um öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts handelt – vgl. dazu z. B. die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu kommunalen Grundstücksgeschäften – wird den **Kommunen dringend empfohlen**, bei der Frage, wann ein ausschreibungspflichtiger Vertrag vorliegt, sich von den Rechtsaufsichtsbehörden und den VOB-Stellen bei den Regierungen beraten zu lassen. Gerade in Grenzfällen kommt es oft auf die Beurteilung des konkreten Einzelfalles an.

Zur Prüfung der Frage, ob ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts vorliegt, hat das Bayer. Staatsministerium des Innern in seinem Schreiben vom 24.4.2008 Nr. I B3 – 1512.4 – 161 u. a. die unter Nr. 1.5 abgedruckten Hinweise gegeben:

#### 1.4 Zuschlag

Der Zuschlag soll auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. **Der niedrigste Angebotspreis alleine ist nicht entscheidend** (siehe § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A, § 16 Abs. 8 VOL/A und § 18 Abs. 1 VOL/A).

#### 1.5 Hinweise des Staatsministeriums des Innern (Entgeltlichkeit, Leistungen durch ein Unternehmen, nicht vergaberechtsrelevante Organisationsakte, Gründung eines Unternehmens, vergaberechtsrelevante Beschaffungsvorgänge)

##### „Entgeltlichkeit

Für das Merkmal der Entgeltlichkeit kommt es nicht darauf an, dass unmittelbar zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer eine Geldleistung fließt. Entscheidend ist vielmehr, ob eine **Gegenleistung mit geldwertem Charakter** vereinbart ist.

(Fortsetzung Seite 5)



Konzessionen, d. h., Vereinbarungen, bei denen die Gegenleistung statt in einer Vergütung in einem Recht auf Nutzung der Leistung besteht, unterliegen im Zusammenhang mit der Erbringung von Bauleistungen (Baukonzessionen) den vergaberechtlichen Vorschriften. Bei der Vereinbarung von Dienstleistungskonzessionen sind derzeit nur die bereits genannten primärrechtlichen Grundsätze des fairen Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten.

### Leistung durch ein Unternehmen

Unerheblich für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags ist, ob es sich um einen zivilrechtlichen oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Auch ist nicht zwingend erforderlich, dass es sich beim Auftragnehmer um einen Privaten handelt.

Entscheidend ist ausschließlich, ob die Erbringung einer **Leistung** durch einen **Dritten** gegen Entgelt vereinbart ist.

Abgrenzungsschwierigkeiten können hier insbesondere bei der kommunalen Zusammenarbeit und der Auftragsvergabe an kommunale Unternehmen auftreten.

Grundsätzlich gilt nach derzeitiger Rechtslage Folgendes:

### nicht vergaberechtsrelevante Organisationsakte

- Werden im Rahmen der **kommunalen Zusammenarbeit** durch eine Zweckvereinbarung oder die Gründung eines Zweckverbands **Aufgaben** auf eine andere Gebietskörperschaft zur Erledigung in **eigener Zuständigkeit übertragen**, so ist dieser Vertrag grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig. Dies ergibt sich daraus, dass in diesen Fällen nicht die Beschaffung einer Bau-, Liefer- oder Dienstleistung im Vordergrund steht, sondern die Übertragung einer Aufgabe, also ein Organisationsakt.

Vergaberechtsrelevant sind dagegen Fälle, in denen sich die interkommunale Zusammenarbeit darauf beschränkt, dass die Beteiligten eine Kommune ohne Aufgabenübertragung lediglich mit einer **Leistung** beauftragen, die ebenso auch ein Privater erbringen könnte (**Beispiel**: eine Kommune stellt einer anderen Personal und/oder Einrichtungen für die Durchführung der kommunalen Verkehrsüberwachung zur Verfügung, ohne dass sich die Zuständigkeiten ändern). In solchen – in Bayern nur vereinzelt vorkommenden – Fällen liegt ein öffentlicher Auftrag vor, der der Ausschreibungspflicht unterliegt. Die Voraussetzung der Entgeltlichkeit ist bereits erfüllt, wenn nur eine Kostenerstattung vereinbart wird.

- Die **Gründung eines Unternehmens** in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsform durch eine oder mehrere **Kommunen** ist in der Regel kein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang, sondern ebenfalls ein nicht vergaberechtsrelevanter Organisationsakt.

Bei der Gründung einer Beteiligungsgesellschaft mit **privaten Partnern** weist die EU-Kommission allerdings in ihrer Mitteilung vom 05.02.2008 zu Institutionalisierten Öffentlich-Privaten Partnerschaften (IÖPP) darauf hin, dass bei der Auswahl des privaten Partners ein faires und transparentes Verfahren durchzuführen ist. Soll die Beteiligungsgesellschaft einen öffentlichen Auftrag erbringen, sind die Verfahrensvorschriften des Vergaberechts zu beachten. Gleichzeitig stellt die Mitteilung klar, dass eine doppelte Ausschreibung bei der Wahl des Partners und der Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Gesellschaft nicht



erforderlich ist, sofern dieser Auftrag bereit in der Ausschreibung zur Wahl des Partners hinreichend konkretisiert ist.

### vergaberechtsrelevante Beschaffungsvorgänge

Bei der Beurteilung der Ausschreibungspflicht eines **Einzelauftrags** eines Gesellschafters an die Gesellschaft, an der er beteiligt ist, ist maßgeblich, ob es sich um eine Leistung an einen **Dritten** oder um ein (ausschreibungsfreies) **Inhouse-Geschäft** handelt.

Nach den vom EuGH entwickelten „Teckal-Kriterien“ (Urteil des EuGH vom 18.11.1999, C-107/98) liegt ein **Inhouse-Geschäft** vor, wenn

- der Auftraggeber über das Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) **und**
  - das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber oder eine andere Gebietskörperschaft verrichtet, die Anteile am Auftragsnehmer innehat (Wesentlichkeitskriterium).
- Mit dem Urteil vom 11.01.2005 (C-26/03 – Stadt Halle) hat der EuGH klar gestellt, dass ein Inhouse-Geschäft bei einer auch nur minimalen **privaten Beteiligung nicht** vorausgesetzt werden kann, so dass in diesem Fall die Aufträge an das kommunale Unternehmen ausschreibungspflichtig sind. Eine Ausschreibungspflicht hat der EuGH auch in Fällen angenommen, in denen zunächst eine zu 100 % in kommunaler Hand stehende Eigengesellschaft beauftragt wurde, wobei jedoch bereits geplant war, in einem zweiten Schritt (in engem zeitlichen Zusammenhang) Anteile der Gesellschaft an einen Privaten zu veräußern (Urteil vom 10.11.2005, C-29/04 – Mödling). Den engen zeitlichen Zusammenhang sieht der EuGH als gegeben an, sofern eine private Kapitalbeteiligung während der Vertragslaufzeit der Aufgabenübertragung beabsichtigt ist (Urteil vom 06.04.2006, C 410/04 – ANAV).
- Im Regelfall lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH (s. auch Urteil vom 11.05.2006, C-340/04 – Carbotermo) ablesen, dass eine Konstruktion, bei der der öffentliche Auftraggeber **allein oder zusammen** mit anderen öffentlichen Stellen die Kontrolle ausübt, das Kontrollkriterium für ein Inhouse-Geschäft grundsätzlich erfüllt, sofern nicht die besonderen Umstände des Einzelfalls die Kontrollmöglichkeiten schwächen.

Dies kann z. B. zum Tragen kommen bei der Erteilung von Einzelaufträgen durch eine Mitgliedsgemeinde an ihren **Zweckverband** ohne private Beteiligung. Keine der öffentlichen Stellen hat hier eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle. Es genügt aber, dass die öffentlichen Stellen gemeinsam auf strategische Ziele und wichtige Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss ausüben können. Damit ist vermieden, dass größere Städte gegenüber kleineren Gemeinden privilegiert werden, die öffentliche Aufgaben ggf. im Wege der kommunalen Zusammenarbeit erfüllen müssen.“

## 2. Landesrechtliche Vorschriften

### 2.1 Allgemeiner Grundsatz

In Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO wird das Staatsministerium des Innern ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen die Ausschreibung von Lieferungen und Leistungen und die Vergabe von Aufträgen durch

Rechtsverordnung zu regeln. Das Innenministerium hat von dieser Ermächtigung durch Erlass des § 31 KommHV-Kameralistik und § 30 KommHV-Doppik Gebrauch gemacht. Dort ist zunächst in Abs. 1 allgemein normiert, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Das bedeutet, dass die **öffentliche Ausschreibung** grundsätzlich Vorrang hat vor der beschränkten Ausschreibung oder der freihändigen Vergabe; sie sichert die Chancengleichheit der Anbieter. Ihre Bedeutung für den öffentlichen Auftraggeber lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Interessenausgleich der Marktpartner,
- Anwendung eines transparenten Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens,
- Gleichbehandlung der Bieter,
- objektive Vergabeentscheidung durch Auswahl des annehmbarsten Angebots,
- angemessene Preise durch Wettbewerb.

Dieser allgemeine Grundsatz ist zu beachten, gleichgültig, ob Bauvorhaben, andere Leistungen vergeben oder Leasingverträge<sup>1)</sup> abgeschlossen werden, auch wenn für die jeweilige Maßnahme weder im Landesrecht (vgl. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik) noch im Bundesrecht besondere Vergabevorschriften bestehen. Das sind z. B. **Leistungen** im Sinne der VOL und der VOF **soweit die Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträge unterhalb der jeweiligen EU-Schwellenwerte** (siehe § 2 VgV, abgedruckt unter I 3 b) liegen. Unterhalb der EU-Schwellenwerte ist den Kommunen allerdings bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die Anwendung der VOL/A nur empfohlen (siehe Nr. 3 des IMBek vom 14.10.2005, geändert durch IMBek vom 21.6.2010, abgedruckt unter Anhang 1).

## 2.2 Verbindliche Vergabegrundsätze nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik

Im Vollzug des § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik hat das Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen verbindliche Vergabegrundsätze bekannt gemacht (siehe IMBek vom 14.10.2005 Nr. I B 3 – 1512.4 – 138, zuletzt geändert durch IMBek vom 12.12.2012, abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV).

Die in den Erl. Nrn. 2.1 und 2.2 angesprochenen Verpflichtungen gelten **nicht** für kommunale Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts. Diese Unternehmen haben jedoch auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte

1) Zu Leasingverträgen und Betreibermodellen siehe Bek. vom 20.3.2001 (AllMBI S. 148) Leasing: Anlage 1 Nr. 4 sowie Anlage 2; Betreibermodell: Anlage 1 Nr. 5.

die aus den primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten (siehe dazu Erl. 2.2.2). Ferner wird auf Art. 18 Abs. 5 des Mittelstandförderungs-gesetzes verwiesen. Dort ist normiert, dass Kommunen auch in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, so ausüben sollen, dass bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der gemäß § 100 Abs. 1 GWB festgelegten Schwellenwerte die Grundsätze des fairen Wettbewerbs der Transparenz und der Gleichbehandlung beachtet und die Belange des Mittelstands berücksichtigt werden.

### **2.2.1 Anzuwendende Vergabegrundsätze**

Nach der o. g. IMBek müssen von den Kommunen die nachfolgend genannten Vergabegrundsätze in der jeweils geltenden Fassung angewandt werden:

- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teile: A, B und C (abgedruckt unter V A 2a, 2b und 2c nur die Übersicht),
- Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen (abgedruckt unter V A 4a),
- Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen (abgedruckt unter V A 4b),
- Bevorzugten Richtlinien (abgedruckt unter V A 4c).

### **2.2.2 Geltung des europäischen Primärrechts**

Die Kommunen müssen ferner, auch unterhalb der EU-Schwellenwerte bei der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen oder von Dienstleistungskonzessionen die aus primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages abgeleiteten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung beachten. Das sind vor allem ein angemessener Grad von Öffentlichkeit, die Dokumentation sowie ein diskriminierungsfreies Vorgehen bei der Auftragsvergabe (siehe Nr. 3 der IMBek vom 14.10.2005, geändert durch IMBek vom 20.12.2011, abgedruckt als Anhang 1 zu § 31 KommHV-Kameralistik). Dadurch sollen rechtliche Risiken bei der Auftragsvergabe vermieden werden.

### **2.2.3 Wertgrenzen bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe**

Nach § 31 KommHV-Kameralistik (§ 30 KommHV-Doppik)

- muss der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorangehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.
- sind bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern mit dem Staatsministerium der Finanzen bekannt gibt.

Die nach § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik (§ 30 Abs. 2 KommHV-Doppik) ergangenen Vergabegrundsätze (vgl. IMBek vom 14.10.2005 – Anhang 1, III 31) schreiben den Kommunen u. a. die Anwendung der VOB (Teil A, B und C) vor.

### 2.2.3.1 Beschränkte Ausschreibung

#### – Vergabe von Bauleistungen

In der o. g. IMBek vom 14.10.2005 sind abweichend von § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A folgende Wertgrenzen (jeweils ohne Umsatzsteuer) festgelegt:

- \* 500.000 € im Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau
- \* 125.000 € für Ausbauwerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik) sowie für Landschaftsbau und Straßenausstattung
- \* 250.000 € für alle übrigen Gewerke

#### – Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen

- Wenden die Kommunen bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die VOL/A an, so ist eine beschränkte Ausschreibung bis zu einer Wertgrenze von 100.000 € (ohne Umsatzsteuer) zulässig, wenn durch förderrechtliche Bestimmungen nichts Abweichendes geregelt ist (IMBek vom 14.10.2005, siehe Anhang 1).
- Wenden die Kommunen die **VOL/A nicht** an, so gilt der in § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik (§ 30 Abs. 1 KommHV-Doppik) normierte allgemeine Grundsatz „... sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe rechtfertigen.“. Wertgrenzen sind für diesen Fall weder in der VOL/A noch in der IMBek vom 14.10.2005, siehe Anhang 1, festgelegt.

Je nach Sachlage scheint dann eine Beschränkte Ausschreibung in Anlehnung an § 3 Abs. 3 Nr. 1a VOB/A bis zu einer Wertgrenze (ohne Umsatzsteuer) von 50.000 € vertretbar.

Die Möglichkeit einer Beschränkten Ausschreibung oberhalb dieser Wertgrenze bei entsprechender Begründung im Einzelfall nach § 3 Abs. 3 und 4 VOB/A bzw. § 3 Abs. 3 und 4 VOL/A bleibt unberührt (Nr. 1.2.1 IMBek vom 14.10.2005).

### 2.2.3.2 Freihändige Vergabe

#### – Vergabe von Bauleistungen

Abweichend von § 3 Abs. 5 Satz 2 VOB/A ist eine Freihändige Vergabe von Bauleistungen bis zu einer Wertgrenze von 30.000 € (ohne Umsatzsteuer) ohne weitere Einzelbegründung zulässig (Nr. 1.2.2 IMBek vom 14.10.2005).

### – Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen

- Wenden die Kommunen bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die VOL/A an, so ist ebenfalls bis zu einer Wertgrenze von 30.000 € (ohne Umsatzsteuer) eine Freihändige Vergabe zulässig. Weitere Ausführungen siehe Nr. 1.2.2 der IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1 III 31.
- Wenden die Kommunen die **VOL/A nicht** an, so findet sich weder in § 31 Abs. 1 KommHV-Kameralistik (§ 30 Abs. 1 KommHV-Doppik) noch in der IMBek vom 14.10.2005 eine Wertgrenze, bis zu der Liefer- und Dienstleistungsaufträge freihändig vergeben werden dürfen. In analoger Anwendung von § 3 Abs. 5 VOB/A scheint dann eine Freihändige Vergabe bis zu einer Höhe von 10.000 € (ohne Umsatzsteuer) sachgerecht.

Die Möglichkeit einer Freihändigen Vergabe oberhalb dieser Wertgrenze bei entsprechender Begründung im Einzelfall nach § 3 Abs. 5 VOB/A bzw. § 3 Abs. 5 VOL/A bleibt unberührt (Nr. 1.2.2 IMBek vom 14.10.2005).

### 2.2.4 Kreis der Anwender der Vergabegrundsätze

Die Vergabegrundsätze müssen anwenden:

- die Gemeinden (Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Landkreise (Art. 109 Abs. 1 Nr. 3 LKrO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Bezirke (Art. 103 Abs. 1 Nr. 3 BezO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Zweckverbände (Art. 26 Abs. 1 KommZG, Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die Verwaltungsgemeinschaften (Art. 10 VGemO, Art. 26 Abs. 1 KommZG, Art. 123 Abs. 1 Nr. 3 GO i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),
- die kommunalen Eigenbetriebe (§ 2 EBV i. V. m. § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik, § 30 KommHV-Doppik),

Die landesrechtlichen Vergabevorschriften müssen **nicht anwenden**:

- die Kommunalunternehmen (siehe Art. 89 ff. GO),
- Unternehmen in Privatrechtsform (siehe Art. 92 ff. GO),
- die Sparkassen,

da für diese Unternehmen § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik und die im Vollzug dieser Vorschriften erlassene IMBek nicht gelten und auch in anderen Vorschriften die Anwendung nicht vorgeschrieben ist. Kommunalunternehmen wurden seinerzeit vom Gesetzgeber

bewusst von der Verpflichtung, die kommunalen Vergabegrundsätze anzuwenden, ausgenommen, u. a. um Chancengleichheit mit den Unternehmen in Privatrechtsform herzustellen.

In Art. 18 Abs. 5 des Mittelstandsförderungsgesetzes ist allerdings normiert, dass Kommunen auch in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, diesen so ausüben, dass bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte die Grundsätze des fairen Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung beachtet und die Belange des Mittelstandes berücksichtigt werden. Es ist Aufgabe der Rechtsaufsichtsbehörden darauf zu achten und darauf hinzuwirken, dass diese Kriterien im Gesellschaftsvertrag und in der Gesellschaftssatzung verankert werden.

### 2.3 Wertungspauschale

Mit der Neubekanntmachung der Vergabegrundsätze vom 14.10.2005 wurde das Instrument der Wertungspauschale neu eingeführt (siehe Nr. 1.2.4 des IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1 und IMS vom 15.3.2006, abgedruckt als Anhang 2). Die Wertungspauschale soll es den Kommunen ermöglichen, bei der Wertung der Angebote vergaberelevante Kriterien pauschal zu berücksichtigen. Voraussetzung ist, dass diese mit der zu vergebenden Leistung in sachlichem Zusammenhang stehen und den wirtschaftlichen Wert der Leistung speziell für den Auftraggeber beeinflussen. Kriterien, die zur Wertung herangezogen werden können, sind in Nr. 1.2.4 der IMBek vom 14.10.2005 beispielhaft aufgezählt. **Ausdrücklich ausgenommen sind ökologische und soziale Kriterien.** Je nach zu vergebenden Leistungen darf die Pauschale für alle als anwendbar erklärten Kriterien bestimmte Prozentsätze des Angebots des preislich günstigsten der jeweils wertbaren Angebote (Bruttobetrag) nicht übersteigen (siehe Nr. 1.2.4 der IMBek vom 14.10.2005, abgedruckt als Anhang 1).

Das Instrument der Wertungspauschale kann nur angewandt werden, wenn die einzelnen Kriterien und die konkrete Höhe des Prozentsatzes den Bietern in den Verdingungsunterlagen bekannt gegeben worden ist. Einen Formulierungsvorschlag enthält das IMS vom 15.3.2006 in Nr. 1.1, abgedruckt in Anhang 2. Dieses IMS gibt u. a. zusätzliche Hinweise

- zur Anwendung der Wertungspauschale,
- zu zusätzlichen Wertungskriterien,
- und ein Rechenbeispiel zur Berücksichtigung der Wertungspauschale bei der Ausschreibung eines Ausbaugewerks.

Zu beachten ist, dass ortsansässige Bieter über die Wertungspauschale **nicht** bevorzugt werden dürfen.

Die Wertungspauschale darf nur bei **Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte** (siehe § 2 VgV, abgedruckt unter I 3 b) vorgesehen werden. Wird der je-

weilige Schwellenwert erreicht oder überschritten, gilt das Bundesrecht. Die bundesrechtlichen Vorschriften sehen keine Wertungspauschale vor.

### 3. Bundesrechtliche Vorschriften

#### 3.1 Allgemeines

Erreichen oder überschreiten die geschätzten Auftragswerte (ohne Umsatzsteuer – § 1 VgV –) die EU-Schwellenwerte, so sind die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die bundesrechtlichen Vergabevorschriften einzuhalten.

Die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber ist u. a. geregelt im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB §§ 97 ff. (abgedruckt unter I 3 a) und in der Vergabeordnung (abgedruckt unter I 3 b).

Durch das Bundesrecht werden die einschlägigen EU-Vergaberichtlinien umgesetzt. Die letzten Änderungen des EU-Rechts erfolgten durch die EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Richtlinie 2004/18EG vom 18.3.2004), die EU-Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2004/17EG vom 30.4.2004 und das ÖPP-Beschleunigungsgesetz.

Die öffentlichen Auftraggeber im Sinne der bundesrechtlichen Vorschriften sind in § 98 GWB aufgezählt. Das sind u. a.:

- Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen, § 98 Nr. 1 GWB;
- andere juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die zu einem besonderen Zweck gegründet wurden und von der öffentlichen Hand beherrscht werden, § 98 Nr. 2 GWB;
- Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder Nr. 2 fallen, § 98 Nr. 3 GWB;
- bestimmte Unternehmen auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs (sog. „Sektorenbereich“), § 98 Nr. 4 GWB;
- Bauherren bestimmter, zu mehr als 50 % subventionierter Vorhaben, § 98 Nr. 5 GWB;
- Baukonzessionäre, § 98 Nr. 6 GWB.

#### 3.2 Begriffsdefinitionen

##### 3.2.1 Öffentliche Aufträge, Lieferaufträge, Bauaufträge, Dienstleistungsaufträge, Auslobungsverfahren

- **Öffentliche Aufträge** sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen (§ 99 Abs. 1 GWB).

- **Lieferaufträge sind** Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen (§ 99 Abs. 2 GWB).
- **Baufaufträge sind** Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (§ 99 Abs. 3 GWB).
- Als **Dienstleistungsaufträge gelten** Verträge über die Einbringung von Leistungen, die **nicht** unter Abs. 2 oder Abs. 3 § 99 GWB fallen (§ 99 Abs. 4 GWB).
- **Auslobungsverfahren** im Sinne des GWB sind nur solche Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber auf Grund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan verhelfen sollen (§ 99 Abs. 5 GWB).
- Eine **Baukonzession** ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht (§ 99 Abs. 6 GWB).
- Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, gilt als **Dienstleistungsauftrag**, wenn der Wert der Dienstleistungen den Wert der Waren übersteigt. Ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, gilt als **Dienstleistungsauftrag** (§ 99 Abs. 7 GWB).

### 3.2.2 Verdingungsordnungen

Bei der Vergabe der o. g. Liefer- Bau- und Dienstleistungsaufträge sind nach Maßgabe der bundesrechtlichen Vorschriften unterschiedliche Verdingungsordnungen zu beachten.

- bei der Vergabe von **Lieferaufträgen** und **gewerblichen Dienstleistungsaufträgen** die **Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A)**, abgedruckt unter V A 3 a. Nach § 9 Abs. 1 sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen (VOL/B) grundsätzlich zum Vertragsgegenstand zu machen. Das ist in den Verdingungsunterlagen vorzuschreiben.
- bei der Vergabe von Bauleistungen die **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)**, abgedruckt unter V A 2 a. In den Vergabeunterlagen ist vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen



Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) Bestandteile des Vertrags werden. Das gilt auch für etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen und etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, soweit sie Bestandteile des Vertrags werden sollen (§ 8 Abs. 3 VOB/A).

- **Die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen** (VOF, abgedruckt unter V A 3 c) findet Anwendung auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht **oder** im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden – Dienstleistungen – (§ 1 VOF). Das bedeutet, dass bei freiberuflichen **Leistungen, die gleichzeitig im Wettbewerb auch von einem Gewerbebetrieb** angeboten werden, auch auf den Gewerbebetrieb nicht die VOL, sondern die VOF anzuwenden ist. Liegt allerdings zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben ein Wettbewerbsverhältnis **nicht** vor, d. h. eine der Natur nach freiberufliche Leistung wird ausschließlich durch Gewerbebetriebe erbracht, ist die VOL anzuwenden.

**Eindeutig und erschöpfend** beschreibbare freiberufliche Leistungen sind jedoch nach der VOL zu vergeben (§ 1 Abs. 1 VOF).

Die Abgrenzung, welche Dienstleistungen vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, ist in der Praxis oft schwierig.

Grundsätzlich gilt:

Werden die Leistungsphasen 1 bis 9 der HOAI gemeinsam vergeben oder gesplittet 1 bis 4 und 5 bis 9, so ist die VOF anzuwenden. Bei gesonderter Vergabe der Leistungsphasen 8 „Objektüberwachung“ (Bauüberwachung) und 9 „Objektbetreuung und Dokumentation“ ist für diese Leistungsphasen die VOL/A zu beachten, da diese Leistungen eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können (§ 1 Abs. 1 VOF).

Die VOF gilt nur für Auftragsvergaben ab bzw. über dem betreffenden Schwellenwert (§ 1 Abs. 2 VOF).

### 3.2.3 Geltungsbereiche der Verdingungsordnungen

- Sowohl die VOL/A als auch die VOB/A ist in zwei Abschnitte unterteilt.
  - **Abschnitt 1** der VOB/A bzw. VOL/A gilt nur für Aufträge, die den Schwellenwert nicht erreichen oder überschreiten. Angemerkt wird,

(Fortsetzung Seite 13)

dass über die IMBek zu § 31 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik nur die VOB/A Abschnitt 1, **aber nicht** die VOL/A Abschnitt 1 den Kommunen zur Anwendung vorgeschrieben ist.

● **VOB/A bzw. VOL/A Abschn. 2, Sektorenverordnung**

- **Abschnitt 2** der VOB/A und der VOL/A regelt das **bundesrechtliche Vergabeverfahren** für öffentliche Auftraggeber im sog. klassischen Bereich. Der jeweilige Abschnitt 2 gilt für Auftragsvergaben **ab und oberhalb der jeweiligen Schwellenwerte** (siehe § 2 VgV).

Für die Vergabe von Bauaufträgen und Lieferaufträgen im Sektorenbereich (auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs) gilt die Sektorenverordnung (SektVO). Diese ersetzt die bisherigen Abschnitte 3 und 4 der VOB/A und der VOL/A. Die jeweiligen Schwellenwerte sind in § 2 SektVO normiert. Im Einzelnen ist Folgendes zu beachten:

- **Bauaufträge**

Bei der Vergabe von **Bauaufträgen** (siehe § 99 Abs. 3 GWB) im **klassischen Bereich** gelten VOB/A Abschnitt 2 sowie § 6 Abs. 1 VgV.

- **Öffentliche Auftraggeber im klassischen Bereich** sind bei der Vergabe von Bauaufträgen (siehe dazu § 98 GWB):

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden,
5. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter die Nummern 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über eine Baukonzession abgeschlossen haben, hinsichtlich der Aufträge an Dritte.

Beim Abschluss einer Baukonzession ist auch § 22a VOB/A zu beachten.

Bei der Vergabe von **Bauaufträgen im Sektorenbereich** ist die Sektorenverordnung anzuwenden.

**Auftraggeber im Sektorenbereich** sind:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder wenn Auftraggeber, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können; besondere oder ausschließliche Rechte sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs sind solche, die in der Anlage aufgeführt sind (§ 98 GWB).

– **Lieferaufträge**

Bei der Vergabe von **Lieferaufträgen** (siehe § 99 Abs. 2 GWB) im **klassischen Bereich** gelten VOL/A Abschnitt 2 sowie § 4 Abs. 1 VgV.

– **Öffentliche Auftraggeber im klassischen Bereich** sind bei der Vergabe von Lieferaufträgen (siehe dazu § 98 GWB):

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren

oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,

3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen (§ 98 GWB).

Bei der Vergabe von **Lieferaufträgen im Sektorenbereich** gelten sinngemäß die vorstehenden Ausführungen zur Vergabe von Bauaufträgen im Sektorenbereich.

#### – **Gewerbliche Dienstleistungsaufträge**

Bei der Vergabe von **gewerblichen Dienstleistungsaufträgen** sind im klassischen Bereich von den Auftraggebern nach § 98 Nrn. 1–3 GWB die VOL/A Abschnitt 2 sowie § 4 Abs. 1 VgV und von den Auftraggebern nach § 98 Nr. 5 GWB die VOL/A Abschnitt 2 sowie § 4 Abs. 2 i. V. mit § 4 Abs. 1 VgV anzuwenden.

Als Dienstleistungsaufträge gelten Verträge über Leistungen, die weder Bauleistungen noch Lieferleistungen sind (§ 99 Abs. 4 GWB).

**Auftraggeber nach § 98 Nrn. 1–3 GWB** sind:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen.

**Auftraggeber nach § 98 Nr. 5 GWB** sind:

Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden.

Bei der Vergabe von **gewerblichen Dienstleistungsaufträgen im Sektorenbereich** gelten sinngemäß die vorstehenden Ausführungen zur Vergabe von Bauleistungen im Sektorenbereich. Anzuwenden sind die Bestimmungen der Sektorenverordnung.

– **Freiberufliche Dienstleistungen**

**Bei der Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen, die vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar** sind, ist im klassischen Bereich die VOL/A Abschnitt 2 anzuwenden (§ 1 Abs. 1 VOF und im Sektorenbereich die Sektorenverordnung i. V. mit § 1 Abs. 2 VOL/A).

● **Vergabeverordnung für freiberufliche Leistungen**

**Die VOF ist nur anzuwenden von Auftraggebern** im klassischen Bereich – § 98 Nrn. 1–3 und Nr. 5 GWB – (§ 5 VgV).

Die Regeln der VOF gelten für die Vergabe von Aufträgen über Dienstleistungen des Anhangs I Teil A, die im Rahmen einer „**freiberuflichen Tätigkeit**“ erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, sowie bei Wettbewerben nach Kapitel 2 der VOF (§ 1 Abs. 1 VOF).

Die Bestimmungen der VOF sind anzuwenden, sofern der geschätzte Auftragswert die Schwellenwerte für Dienstleistungen oder Wettbewerbe ohne Umsatzsteuer nach § 2 der Vergabeverordnung erreicht oder überschreitet.

Für die Vergabe der in Anhang I Teil B genannten Dienstleistungen gelten nur § 6 Absatz 2 bis 7 und § 14. Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen sowohl des Anhangs I Teil A als auch des Anhangs I Teil B sind, werden nach den Regelungen für diejenigen Dienstleistungen vergeben, deren Wert anteilmäßig überwiegt (§ 1 Abs. 3 VOF).

Im Vergaberecht ist der Begriff „freiberufliche Tätigkeit“ nicht erläutert. Die amtliche Fußnote zu § 1 Nr. 2 VOL/A verweist auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG.<sup>1)2)</sup> Es ist daher gängige Praxis, bei der Beurteilung, welche

1) Vgl. § 18 Absatz 1 Nummer 1 EStG:

(1) Einkünfte aus selbstständiger Arbeit sind:

1. Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit. Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbstständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 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; ...

2) In § 1 Abs. 1 VOF wird dieser Begriff ebenfalls verwandt. Die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend.

Tätigkeit zu den „freiberuflichen“ zählen, auf diese Norm zurückzugreifen.

Wird eine freiberufliche Leistung gleichzeitig im Wettbewerb von einem Gewerbebetrieb angeboten, findet auch die VOF und nicht die VOL auf die entsprechende Leistung des Gewerbebetriebes Anwendung. Liegt zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben ein Wettbewerbsverhältnis nicht vor, d. h., wird eine der Natur nach freiberufliche Leistung ausschließlich durch Gewerbebetriebe erbracht, ist die VOL hingegen uneingeschränkt anwendbar.

Die Frage ob ein Wettbewerbsverhältnis zwischen freiberuflich Tätigen und Gewerbebetrieben besteht, ist vom jeweiligen Auftraggeber im Einzelfall und im Voraus aufgrund der vorhandenen Marktübersicht zu beurteilen. Es kommt nicht auf die potenzielle Fähigkeit der freiberuflich Tätigen an, derartige Leistungen zu erbringen, sondern auf die Erfahrung des Auftraggebers, dass diese Leistungen in der Vergangenheit auch tatsächlich von freiberuflich Tätigen erbracht worden sind. Wird die Leistung nur von Gewerbebetrieben erbracht und ist daher mit einem Parallelangebot der freiberuflich Tätigen nicht zu rechnen, ist die Leistung nach dem Verfahren der VOL zu vergeben.

Stellt sich im Laufe des VOL-Verfahrens wider Erwarten heraus, dass auch freiberuflich Tätige die Leistung erbringen und sich u. U. sogar um den Auftrag bewerben, so ist entscheidend, dass diese Leistung in der Vergangenheit nicht von freiberuflich Tätigen, sondern nur von Gewerbebetrieben erbracht wurde (amtliche Begründung zum VOL/A).

Bei der Vergabe eines freiberuflichen Dienstleistungsauftrages im **Sektorenbereich** gelten **immer**, auch wenn die Leistung vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, die Bestimmungen der Sektorenverordnung.

### 3.2.4 Unterschiedliche Vergabeverfahrensarten

- **Offene Verfahren** sind förmliche Verfahren, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen **öffentlich** zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 101 Abs. 2 GWB).
- **Nichtoffene Verfahren** sind förmliche Verfahren, bei denen Unternehmen **öffentlich** gebeten werden sich zu bewerben und so dann aus dem Bewerberkreis eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird (§ 101 Abs. 3 GWB).
- **Ein wettbewerblicher Dialog** ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge durch Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3, soweit sie nicht auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, und § 98 Nr. 5. In diesem Verfahren erfolgen eine Auf-

forderung zur Teilnahme und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags.

- **Verhandlungsverfahren** sind förmliche Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 101 Abs. 4 GWB).

**Zu beachten** ist, dass der Auftraggeber zwischen den Verfahrensarten grundsätzlich **nicht frei wählen** kann. Vielmehr ist vorrangig das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn auf Grund des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist etwas anderes gestattet. Auftraggebern im Sektorenbereich (Vergaben auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs) steht nach ihrer Wahl das offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren zur Verfügung (§ 101 Abs. 7 GWB). Voraussetzung ist eine vorherige Bekanntmachung im EU-Amtsblatt (§ 6 Abs. 1 SektVO).

### 3.3 Schwellenwerte

Wie unter 3.1 erläutert, sind die bundesrechtlichen Vergabevorschriften anzuwenden, wenn bestimmte Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden. Die Schwellenwerte sind die geschätzten Auftragswerte – ohne Umsatzsteuer – (§ 1 VgV). Bei der Schätzung des jeweiligen Auftragswertes ist von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung einschließlich etwaiger Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter auszugehen (§ 3 Abs. 1 VgV), nicht dazu zählen einmalige Abgaben und Gebühren sowie Honorare der freiberuflich Tätigen. Bei einem Bauauftrag sind außerdem die Kosten der beweglichen Ausstattungs- und Einrichtungsgegenstände sowie die Baunebenkosten abzuziehen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes ist der Tag der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens. Die Schwellenwerte für Bauaufträge sowie für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind in § 2 VgV normiert (abgedruckt unter I 3 b). Die Schwellenwerte wurden mit Verordnung vom 14.3.2012 angehoben, so z. B. für sonstige Liefer- und Dienstleistungsaufträge von 193.000 € auf 200.000 € und für Bauaufträge von 4.845.000 € auf 5.000.000 €. Die neuen Schwellenwerte gelten ab dem 22.3.2012. Der Schwellenwert für den Sektorenbereich ist festgelegt durch eine Verordnung der EU-Kommission (siehe dazu § 1 Abs. 2 SektVO); er betrug vom 1.1.2010 bis zum 31.12.2011 387.000 €; seit 1.1.2012 beträgt er 400.000 €.

### 4. Präqualifikation von Bauunternehmen

Zum Nachweis der Eignung der Bewerber hat die Vergabestelle deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu prüfen. Der Nachweis der Eignung kann mit der vom Auftraggeber direkt abrufbaren Eintragung in die

Westner

allgemein zugängliche Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. (Präqualifikationsverzeichnis) erfolgen (§ 6 Abs. 3 VOB/A). Zu den Präqualifikationsnachweisen können aber auch zusätzliche, auf den konkreten Auftrag bezogene Nachweise angefordert werden.

Für die Nutzung des Präqualifikationsverzeichnisses hat die Oberste Baubehörde im Bayer. Staatsministerium des Innern in seinem Schreiben vom 17.10.2006 Nr. II Z 5 – 40011 – 007/06 Hinweise gegeben. Das Schreiben ist abgedruckt unter III 31 Anhang 5.1. Die Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr-, Bau- und Stadtentwicklung, auf die im IMS vom 17.10.2006 (Anhang 5.1) Bezug genommen wird, kann abgerufen werden unter der Internetadresse [www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de). Hingewiesen wird auch auf Formblatt 444 „Referenzbescheinigung“ im VHB Bayern. Es kann abgerufen werden im Internet unter [www.vergabehandbuch.bayern.de/](http://www.vergabehandbuch.bayern.de/)

## **5. Besondere Hinweise**

### **5.1 Tariftreuerklärung**

Aufgrund des Urteils des EuGH vom 3.4.2008 (C-346/06) kann bei einer Ausschreibung keine Tariftreuerklärung mehr verlangt werden. Lohnvorgaben im Zusammenhang mit der Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen sind demnach nur noch im Rahmen des § 3 i. V. m. § 5 Nr. 1 und § 8 des Arbeitnehmerentendegesetzes (AEntG) und des § 1 i. V. m. § 8 des Mindestarbeitsbedingengesetzes (MiArbG) möglich. Siehe dazu das Schreiben des Bayer. Staatsministeriums des Innern vom 19.4.2010 Az.: I B 3-1512.4-183, abgedruckt als Anhang 10 unter III 31.

### **5.2 Scientology-Organisation**

Verwendung von Schutzzerklärungen

In der Bek der Bayer. Staatsregierung vom 29.10.1996 (AllMBl S. 701), zuletzt geändert durch Bek vom 6.11.2001 (AllMBl S. 620) wird bestimmt, dass die staatlichen Vergabestellen bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge eine Schutzzerklärung (siehe Anlage zur Bek vom 29.10.1996) verlangen müssen, die bei Annahme des Angebots Vertragsbestandteil wird. Den kommunalen Auftraggebern wird nach Nr. 4 der Bek empfohlen, entsprechend zu verfahren.

## **6. Zuständigkeit bei den Kommunen**

Wer bei den Gemeinden für die Vergabe von Aufträgen zuständig ist, ist in der Gemeindeordnung und in der Geschäftsordnung des Gemeinderats geregelt.

Nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO erledigt der Bürgermeister die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erhebliche Verpflichtung erwarten lassen. Für diese laufenden



Angelegenheiten kann der Gemeinderat Richtlinien aufstellen (Art. 37 Abs. 1 Satz 2). Grundsätzlich geschieht das in der Geschäftsordnung des Gemeinderats. Dort sind u. a. für den Abschluss von Verträgen, die Lieferungen und Leistungen an die Gemeinde zum Gegenstand haben Wertgrenzen festgelegt (siehe Mustergeschäftsordnung des Bayer. Gemeindetags).

In der Geschäftsordnung ist ferner geregelt, bis zu welchen Wertgrenzen der 1. Bürgermeister, ein beschließender Ausschuss (z. B. Bauausschuss) zuständig ist und ab welcher Wertgrenze sich der Gemeinderat die Entscheidung vorbehält. Die einzelnen Höhen der Wertgrenzen (Bürgermeister, beschließender Ausschuss, Gemeinderat) richten sich nach der Größe der jeweiligen Gemeinde.

Für die Erteilung des Zuschlags (§ 18 VOB/A) ist der 1. Bürgermeister zuständig. Das ergibt sich entweder aus Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO (eigene Zuständigkeit des Bürgermeisters oder aus Art. 36 GO, Vollzug der Beschlüsse des Gemeinderats und seiner Ausschüsse.

## **7. Behandlung in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung**

Zu der Frage, ob Vergabeentscheidungen in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln sind hat das Bayer. Staatsministerium des Innern in seinem Schreiben vom 6.12.1994 Stellung genommen. Dieses Schreiben wird nachfolgend abgedruckt.

### **Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern<sup>1)3)</sup>**

vom 6.12.1994 – IB1-1413.14/1 –

– Auszug –

...

Das Staatsministerium des Innern ging in seinem Schreiben vom 31. Oktober 1991 (Az.: IB1-3001-1/4 (91)) und vom 1. Februar 1985 (Az.: IB1-3002-4/16(84)) davon aus, dass Vergabeangelegenheiten grundsätzlich in öffentlicher Sitzung zu behandeln seien, soweit nicht Rücksichten auf das Wohl der Allgemeinheit oder auf berechtigte Ansprüche einzelner entgegenstünden, da Art. 52 Abs. 2 GO als förmliche gesetzliche Regelung der VOB und der VOL vorgehe. Diese Auffassung wurde von den anderen Ländern geteilt.

Aufgrund § 57a des Haushaltsgrundsatzgesetzes (- HGrG - i.d.F. des ÄndG vom 26. November 1993, BGBl. I S. 1928) und der hierzu ergangenen Verordnung über

- 1) Die §§ 57a bis 57c des Haushaltsgrundsatzgesetzes (siehe bei Nr. I 3) vom 19. August 1969 wurden aufgehoben durch Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512). Die einschlägigen Rechtsvorschriften sind in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. §§ 97 ff., abgedruckt unter I 3 a) eingearbeitet worden.
- 2) Die VgV ist abgedruckt unter I 3 b.
- 3) Sowohl die VOB/A als auch die VOL/A wurden neu erlassen; sie sind abgedruckt unter V A 2 a bzw. unter V A 3 a. Die im IMS zitierten Paragraphen der VOB/A bzw. VOL/A haben sich deshalb geändert. Die Aussagen im vorgenannten IMS, welche Vergaben in öffentlicher Sitzung zu behandeln sind und welche in nichtöffentlicher, gelten jedoch weiter.

Westner