

Das neue Vergaberecht muss kommunale Spielräume erhalten

Offene Fragen aus Sicht der Kommunen



Ass. jur. Manuela Rottmann

Die Gestaltung des Vergaberechts gewinnt für die Kommunen immer mehr an Bedeutung. Denn der Bereich von Leistungen, die am Markt auf dem Wege der Ausschreibung zu beschaffen sind, dehnt sich auf immer mehr kommunale Tätigkeiten außerhalb des traditionellen Beschaffungs- und Bauwesens aus – unter anderem auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge. Das Vergaberecht beeinflusst daher sowohl das Schicksal kommunaler Unternehmen als auch die Möglichkeit der Kommunen, öffentliche Interessen jenseits der bloßen Wirtschaftlichkeit zu verfolgen. Gleichzeitig hat das Vergaberecht sich in der Vergangenheit den Ruf eines der unübersichtlichsten Rechtsgebiete überhaupt erworben. Mit der Vergabe öffentlicher Aufträge sind daher häufig hohe rechtliche Risiken und Transaktionskosten für Städte und Gemeinden verbunden.

Daher verfolgen die Kommunen aufmerksam das gegenwärtige Novellierungsverfahren zum deutschen Vergaberecht. Anlass der Überarbeitung ist die Anpassung des deutschen Rechts an die im vergangenen Jahr ergangenen neuen EU-Vergaberichtlinien. Diese Richtlinien bilden den rechtlichen Rahmen für die Ende März 2005 vorgelegten neuen Entwürfe des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWA). Interessant für die Kommunen ist dabei besonders die Frage einer Ausschreibungspflicht für die Beauftragung kommunaler Unternehmen und für interkommunale Kooperationen. Aber auch die Frage, ob und welche sozialen und ökologischen Maßstäbe bei der Auswahl unter den Bietern angelegt werden dürfen, spielt eine wichtige Rolle.

Eine Ausschreibungspflicht für die Vergabe kommunaler Aufträge an kommunale Unternehmen würde Städte und Gemeinden weitgehend in ihrer Handlungsfreiheit einschränken und die Existenz kommunaler Unternehmen bedrohen. Denn diese sind ihrerseits aufgrund des in den meisten Bundesländern gültigen Örtlichkeitsprinzips an einer Teilnahme an Ausschreibungen außerhalb ihrer Kommune regelmäßig gehindert. Der Verlust des heimischen Marktes durch ein Unterliegen im Bieterwettbewerb würde daher das Aus für das jeweilige Unternehmen bedeuten.

Im Januar 2005 stellte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einem Urteil zwar klar,

dass oberhalb der Wertgrenzen und außerhalb der Sektorenrichtlinie jede Beauftragung von kommunalen Unternehmen, an denen Private – gleichgültig mit welchem Anteil – beteiligt sind, einen dem Vergaberecht unterliegenden öffentlichen Auftrag darstellt. Im Übrigen ist jedoch nach der europäischen Rechtsprechung davon auszugehen, dass die Beauftragung hundertprozentig kommunaler Unternehmen nach wie vor nicht als ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag zu werten ist, sondern als vergabefreier Organisationsakt der Verwaltung. Der nun vorliegende Entwurf geht auf die Vergabefreiheit der Beauftragung kommunaler Unternehmen jedoch gar nicht mehr ein. Zur Klarstellung und Vermeidung erneuter Rechtsstreitigkeiten ist es aber notwendig, die Beauftragung zumindest hundertprozentiger öffentlicher Unternehmen ausdrücklich aus der Anwendung des Vergaberechts auszuklammern.

Klärungsbedarf besteht auch hinsichtlich der Ausschreibungspflicht in Fällen interkommunaler Zusammenarbeit, also etwa bei der Beauftragung eines Zweckverbands oder einer benachbarten Kommune mit der Erfüllung einer Aufgabe. Deutsche Oberlandesgerichte sind in jüngerer Zeit teilweise von der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf solche Vorgänge ausgegangen.

Der EuGH lehnte die generelle Herausnahme interkommunaler Kooperationen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts in einem Verfahren gegen Spanien im Januar 2005 ab. Allerdings lässt diese Entscheidung Raum dafür, die interkommunale Zusammenarbeit in Zweckverbänden und zwischen einzelnen Kommunen dann von der Anwendung des Vergaberechts auszuschließen, wenn damit ein tatsächlicher Übergang der Zuständigkeit verbunden ist, der sich von einem gewöhnlichen Beschaffungsvorgang am Markt klar unterscheidet („delegierende Vereinbarung“). Denn bei einer Übertragung einer Zuständigkeit an eine andere Ebene oder Gebietskörperschaft handelt es sich nicht um einen entgeltlichen Auftrag, sondern um einen Organisationsakt innerhalb der öffentlichen Verwaltung. Diese Form der Aufgabenerbringung entspricht der Eigenerstellung durch die Kommune selbst oder ein hundertprozentiges kommunales Unternehmen.

Dieses Recht auf vergabefreie Eigenerstellung muss auch in der interkommunalen Kooperation dann gelten, wenn sich die Übertragung einer Aufgabe an eine andere Kommune nicht als Einkauf am Markt darstellt, sondern als Organisationsakt innerhalb der öffentlichen Verwaltung. Angesichts knapper Kassen und zunehmender Probleme bei der Auslastung kommunaler Infrastrukturen sind die Kommunen vielfach darauf angewiesen zu kooperieren, um die wirtschaftliche Grundlage ihres Rechts auf kommunale Selbstverwaltung zu erhalten. Dies darf ihnen nicht durch eine Pflicht zur Vergabe abgeschnitten werden.

Der Entwurf stellt interkommunale Kooperationen von der Anwendung des Vergaberechts frei, wenn die den Auftrag übernehmende Körperschaft „im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber oder überhaupt nicht am Markt für die einzukaufende Leistung tätig ist“. Die erste dieser alternativen Voraussetzungen für die Vergaberechtsfreiheit übernimmt wörtlich eine Formulierung aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Inhouse-Geschäften, die jedoch die Belange der interkommunalen Kooperation unbeachtet lässt. Denn wenn eine Kommune die Aufgabenerledigung für eine andere übernimmt, wird sie meist gerade nicht nur für diese Kommune, den „öffentlichen Auftraggeber“ im Sinne des Gesetzentwurfs, sondern vor allem auch für sich selbst tätig werden. Der typische Fall interkommunaler Zusammenarbeit würde mit dieser Formulierung also gerade dem Vergaberecht unterworfen. Die zweite Voraussetzung für die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts sollte ganz gestrichen werden. Denn diese Formulierung könnte so ausgelegt werden, dass schon das Bestehen eines Marktes auf dem Sektor, in dem der Auftrag vergeben wird, die Vergabefreiheit ausschließt.

Die EU-Vergaberichtlinien erlauben zudem ausdrücklich die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe. Die öffentlichen Auftraggeber dürfen zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Nicht-diskriminierende Auftragsbedingungen sind zum Beispiel gemeinschaftsrechtskonform, wenn sie dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen. Beispiele sind auftragsbezogene Verpflichtungen, Langzeitarbeitslose oder Behinderte einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen durchzuführen.

Zudem erlauben beide Richtlinien auch ökologische und soziale Zuschlagskriterien: „Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, müssen die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, versetzen die wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien – wie zum Beispiel Kriterien zur Erfüllung von Umweltanforderungen – den Auftraggeber in die Lage, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, so wie es in den Leistungsbeschreibungen festgelegt ist, einzugehen. Unter denselben Voraussetzungen kann ein Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören.“

Diese Möglichkeit der sozialen und ökologischen Steuerung durch Vergabeverfahren wird jedoch auf nationaler Ebene nicht umfassend umgesetzt. Der Entwurf zur Vergabeverordnung beschränkt sich auf die Regelung der Zulässigkeit umweltbezogener Spezifikationen und Zuschlagskriterien. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist es jedoch erforderlich, die Möglichkeit der Aufstellung sozialer und ökologischer Kriterien, wie sie die Gemeinschaftsrichtlinien erlauben, umfassend in das Regelwerk aufzunehmen.

Das neue Vergaberecht wird auch neue Spielräume für die Kommunen eröffnen, etwa durch das neue Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialogs oder durch die Erhöhung der EU-Schwellenwerte für die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts. Jedoch sollte der Bundesgesetzgeber die Gelegenheit nutzen, die genannten offenen Fragen im Sinne der kommunalen Auftraggeber klar im Gesetz zu regeln, um auf diese Weise die rechtlichen Risiken und die Transaktionskosten bei Vergabeverfahren auf ein vertretbares Maß zu reduzieren.

Tipps zum Weiterlesen

- Bundeswirtschaftsministerium zu Vergaberecht und aktuellen Gesetzentwürfen: http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Oeffentliche-Auftraege/vergaberecht_vorschriften,did=43140.html
- Gestaltungsoptionen öffentlicher Auftraggeber unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, S.18
- Privatisierung und Vergaberecht in der Wasserwirtschaft, NetWORKS-Papers, Heft 11, Feb. 05 http://www.difu.de/publikationen/liste_ng.phtml

Weitere Informationen:

Ass. jur. Manuela Rottmann
Telefon: 030/39001-299
E-Mail: rottmann@difu.de