

Hinweise

zur

Vergabe öffentlicher Aufträge
im kommunalen Bereich

im Freistaat Sachsen

Ein Leitfaden
des Sächsischen Staatsministeriums des Innern

Stand: Juni 2015

online verfügbar und nutzbar über den Internetauftritt des SMI

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	Seite 5
1 Rechtliche Grundlagen der kommunalen Auftragsvergabe	Seite 6
1.1 Regelungssystematik	Seite 6
1.2 Schwellenwerte	Seite 6
2 Anwendungsbereich	Seite 7
3 Begriffe	Seite 8
3.1 Öffentlicher Auftrag	Seite 8
3.2 Auftragswert	Seite 8
3.3 Sektorentätigkeiten	Seite 8
4 Vergabearten	Seite 9
4.1 Übersicht über die Vergabearten	Seite 9
4.2 Öffentliche Ausschreibung	Seite 9
4.3 Beschränkte Ausschreibung	Seite 9
4.4 Freihändige Vergabe	Seite 10
4.5 Direktkauf	Seite 10
4.6 Wettbewerblicher Dialog	Seite 10
5 Allgemeine Erläuterungen zum Vergabeverfahren	Seite 10
5.1 Vorbeugung von Korruption	Seite 11
5.2 Vorbereitung des Vergabeverfahrens	Seite 11
5.3 Bekanntmachung von Ausschreibungen und Teilnahmewettbewerben	Seite 11
5.4 Leistungsbeschreibung	Seite 12
5.5 Zuschlagskriterien	Seite 12
5.6 Zulassung von Nebenangeboten	Seite 12
5.7 Erteilung von Auskünften vor Ablauf der Angebotsfrist	Seite 13
5.8 Öffnung der Angebote	Seite 13

5.9	Kennzeichnungspflicht und Verwahrung	Seite 13
5.10	Verhandlungen mit Bietern	Seite 14
5.11	Prüfung und Wertung der Angebote	Seite 14
5.12	Ausschluss von Angeboten wegen fehlender Angaben und Erklärungen	Seite 14
5.13	Eignung des Bieters oder Bewerbers	Seite 15
5.14	Präqualifikation	Seite 15
5.15	Ausschluss von Bietern oder Bewerbern bei schweren Verfehlungen	Seite 16
5.16	Angebote mit einem unangemessenen Preis	Seite 17
5.17	Aufhebung von Vergabeverfahren	Seite 17
5.18	Sicherheitsleistung	Seite 17
5.19	Bieterinformation	Seite 17
5.20	Erteilung des Zuschlags	Seite 17
5.21	Mitteilungs- und Informationspflichten nach Zuschlagserteilung	Seite 18
5.22	Dokumentation	Seite 18
6	Spezielle Anforderungen an das kommunale Vergabeverfahren	Seite 18
6.1	Vergabe in öffentlicher Sitzung	Seite 18
6.2	Aufbewahrung	Seite 19
6.3	Ausschluss von der Mitwirkung am kommunalen Vergabeverfahren	Seite 19
7	Besondere Fragestellungen	Seite 19
7.1	Geltung der Rechtsprechung aus dem Oberschwellenbereich im Unterschwellenbereich	Seite 19
7.2	Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern	Seite 19
7.3	Internvergabe (sog. In-house-Geschäft)	Seite 20
7.4	Kommunale Zusammenarbeit	Seite 20
7.5	Losbildung	Seite 20
7.6	Gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch mehrere Auftraggeber	Seite 21
7.7	Keine Bevorzugung lokaler Unternehmen	Seite 21
7.8	Generalunternehmer und Generalübernehmer; Nachunternehmer	Seite 21
7.9	Gemeinschaftliche Angebote	Seite 22

7.10	Schulbuchvergabe	Seite 22
7.11	Angabe von Leitfabrikaten	Seite 22
7.12	Kommunale Investorenvorhaben – VwVKommlInvest	Seite 23
7.13	ÖPP - Öffentlich-private Partnerschaften (Public Private Partnership – PPP)	Seite 23
7.14	Konzessionen	Seite 23
7.15	Rahmenvereinbarungen	Seite 24
7.16	Arbeitsförderung	Seite 24
7.17	Energieeffizienz	Seite 24
7.18	Erwerb von Grundstücken – Bauträgerverträge	Seite 25
7.19	Veräußerung kommunaler Grundstücke – Städtebauliche Entwicklungsverträge	Seite 25
7.20	Beteiligung an juristischen Personen des Privatrechts; Hinwirkungspflicht	Seite 25
8	Nachprüfung und Rechtsschutz	Seite 26
8.1	Nachprüfung gemäß § 8 SächsVergabeG	Seite 26
8.2	Verfahren vor der Vergabekammer	Seite 26
8.3	Allgemeine rechtsaufsichtliche Prüfung	Seite 26
9	Weitere Informationen	Seite 27
9.1	Auftragsberatungsstelle	Seite 27
9.2	Vergabehandbuch	Seite 27
9.3	Informationen im Internet	Seite 27

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist volkswirtschaftlich ein bedeutender Faktor; die Kommunen haben an diesen Auftragsvergaben einen erheblichen Anteil.

Auftragsvergaben der öffentlichen Hand unterliegen strengen rechtlichen Vorgaben, die eine wirtschaftliche Beschaffung, die sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln und einen fairen Wettbewerb gewährleisten und die Begünstigung und Korruption verhindern sollen.

Das Vergaberecht erscheint durch die Vielzahl von Vorschriften auf EU-, Bundes- und Landesebene unübersichtlich. Die ganz überwiegende Mehrheit der kommunalen Vergabeverfahren beruht aber auf Landesrecht.

Der Zweck des Leitfadens besteht unverändert darin, den kommunalen Auftraggebern im Freistaat Sachsen ein Hilfsmittel an die Hand zu geben, in welchem die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachtenden, nach wie vor in zahlreichen Einzelregelungen verstreuten Regelungen des Vergaberechts mit einigen grundlegenden Erläuterungen zur möglichst einheitlichen Anwendung zusammengestellt sind. Die Hinweise dienen zudem der Sicherstellung des in Art. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004/18/EG) festgelegten und auch sonst das gesamte Vergaberecht prägenden Grundsatzes, wonach öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen haben.

Wir bitten aber zu beachten, dass dieser Leitfaden angesichts der ihm zugrundeliegenden Konzeption und seines gewollt übersichtlichen Umfangs nur eine grobe Orientierung bieten kann. Eine umfassende und erschöpfende Kommentierung kann und soll er nicht ersetzen. Zur Erleichterung des Umgangs mit ihm haben wir uns z. B. bei der Darstellung der anzuwendenden VOB- bzw. VOL-Vorschriften oft darauf beschränkt, lediglich die Bestimmungen des jeweiligen ersten Abschnitts zu nennen, die allerdings nur für Vergaben im Unterschwellenbereich gelten. Für Vergaben im Oberschwellenbereich (genauer: im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG) enthalten die VOB und die VOL im jeweils zweiten Abschnitt eigene Regelungen (EG VOB/A und EG VOL/A), die denen im Unterschwellenbereich zwar oft ähnlich sind, jedoch nicht immer mit ihnen übereinstimmen. Außerdem ist im Oberschwellenbereich auch die VOF zu beachten, die im Unterschwellenbereich keine Anwendung findet. Im Bereich Verteidigung und Sicherheit (Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG) gibt es neben der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit nochmals eigene VOB-Vorschriften (VOB/A VS).

Auf die zusätzliche Nennung und Darstellung dieser Bestimmungen haben wir – wie allerdings auch bisher schon – bewusst verzichtet, weil sonst der Text allein schon wegen der vollständigen Zitierungen sperrig und unübersichtlich wäre. Da der allergrößte Teil der Vergaben im Unterschwellenbereich und auch nicht im Bereich Verteidigung und Sicherheit erfolgt, schien uns das vertretbar.

Wo daher in den Hinweisen lediglich VOB- oder VOL-Vorschriften zitiert sind, muss bei Vergaben im Oberschwellenbereich geprüft werden, welche EG- Vorschriften zur Anwendung kommen.

Mit dem Ziel, die Akzeptanz des als kompliziert und bürokratisch empfundenen Vergaberechts noch weiter zu erhöhen und die bei Beachtung des Vergaberechts erzielbaren Vorteile für die Kommunen nutzbar zu machen, haben die Landesdirektion Sachsen auf der Grundlage ihrer Nachprüfungs- und Aufsichtspraxis sowie die kommunalen Landesverbände und der Sächsische Rechnungshof im Rahmen der Anhörung dankenswerterweise zahlreiche Vorschläge zur Aktualisierung und Verbesserung unterbreitet.

Juni 2015

Sächsisches Staatsministerium des Innern
Referat Kommunale Wirtschaft, Vermögensrecht
Wilhelm-Buck-Straße 2
01097 Dresden

1 Rechtliche Grundlagen der kommunalen Auftragsvergabe

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im kommunalen Bereich sind die nachfolgend systematisch dargestellten Vorschriften des europäischen Rechts, Bundesrechts und sächsischen Rechts zu beachten.

1.1 Regelungssystematik

Die anzuwendenden gesetzlichen Regelungen bestimmen sich nach dem Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags.

Auftragsvergabe im sog. Oberschwellenbereich:

Erreicht oder überschreitet der Auftragswert den für die zu vergebende Leistung geltenden Schwellenwert, so bestimmt sich die Vergabe allein nach den Vorschriften des GWB, der VgV und – bei Aufträgen im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (Sektorentätigkeiten) – der Sektorenverordnung sowie bei bestimmten Aufträgen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit nach den Vorschriften der VS VgV.

Die zur Anwendung der vorgenannten Vorschriften verpflichteten Auftraggeber ergeben sich aus § 98 GWB („Öffentliche Auftraggeber“).

Auftragsvergabe im sog. Unterschwellenbereich:

Erreicht der Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert nicht, so bestimmt sich die Vergabe nach den Vorschriften des Sächsischen Vergabegesetzes (SächsVergabeG).

Die zur Anwendung des SächsVergabeG verpflichteten Auftraggeber sind in § 2 SächsVergabeG aufgeführt.

Für Unternehmen in privater Rechtsform mit kommunaler Beteiligung besteht keine unmittelbare Verpflichtung zur Anwendung des Sächsischen Vergabegesetzes. Insoweit gilt § 2 Abs. 3 und 4 SächsVergabeG, der sich an die kommunalen Gesellschafter richtet und diese verpflichtet, bei der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte darauf hinzuwirken, dass die Bestimmungen des SächsVergabeG eingehalten werden.

Allgemeiner Hinweis

Sowohl die VgV als auch das SächsVergabeG enthalten Bestimmungen zur Anwendbarkeit der Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A, VOL/A und VOF, wobei die Letztgenannte nur im Oberschwellenbereich gilt).

1.2 Schwellenwerte

Nach § 2 Abs.1 VgV gilt die Verordnung nur für Aufträge, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer die Schwellenwerte erreicht oder überschreitet, die in Artikel 7 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30.04.2004, S. 114, L 351 vom 26.11.2004, S. 44) in der jeweils geltenden Fassung festgelegt werden (EU-Schwellenwerte). Diese Schwellenwerte ergeben sich nicht mehr direkt aus § 2 VgV.

Vergleichbare Regelungen für Sektorauftraggeber bzw. den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich finden sich in § 1 Abs. 2 SektVO bzw. § 1 Abs. 2 VS VgV.

Die EU-Schwellenwerte werden von der Kommission alle zwei Jahre geprüft und durch Verordnung angepasst. Nach der letzten Anpassung zum 1. Januar 2014 (s. Bekanntmachung im Bundesanzeiger AT 31.12.2013 B 1) betragen die Schwellenwerte für:

Auftragsinhalt	Auftragswert (ohne Umsatzsteuer)
Aufträge im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (Sektorentätigkeiten)	414.000 €
alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge	207.000 €
Lose von Dienstleistungs- und Lieferaufträgen außerhalb des Bereichs der Trinkwasser- oder Energieversorgung und des Verkehrsbereichs	80.000 €; (bei Losen mit einem Wert von weniger als 80.000 € deren addierter Wert ab 20 % des Gesamtwerts aller Lose)
Auslobungsverfahren, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen	Schwellenwert des Dienstleistungsauftrags
die übrigen Auslobungsverfahren	der Wert, der bei Dienstleistungsaufträgen gilt
Baufaufträge	5.186.000 €
Lose von Bauaufträgen	1.000.000 €; (bei Losen mit einem Wert von weniger als 1.000.000 € deren addierter Wert ab 20 % des Gesamtwerts aller Lose)

2 Anwendungsbereich

Die Hinweise für die Vergabe öffentlicher Aufträge richten sich an Auftraggeber im Freistaat Sachsen, die gemäß § 97 Abs. 1 GWB i. V. m. § 98 GWB bzw. § 2 SächsVergabeG zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind.

Im kommunalen Bereich sind dies

- im Unterschwellenbereich Gemeinden, Landkreise, Verwaltungsverbände, Zweckverbände und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Sondervermögen, auf die das Gemeindefinanzierungsrecht Anwendung findet (kommunale Auftraggeber i. S. d. § 2 Abs. 2 SächsVergabeG).
- im Oberschwellenbereich zusätzlich juristische Personen des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen 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 Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben (§ 98 Nr. 2 GWB).

Beispiele: Hierzu gehören nach Anhang III zur RL 2004/18/EG, Ziffer III. 2. insbesondere die der staatlichen Kontrolle unterliegenden und im Allgemeininteresse tätig werdenden Einrichtungen nichtgewerblicher Art einschließlich der kommunalen Versorgungsunternehmen:

Gesundheitswesen	Krankenhäuser, Kurmittelbetriebe, medizinische Forschungseinrichtungen, Untersuchungs- und Tierkörperbeseitigungsanstalten
Kultur	öffentliche Bühnen, Orchester, Museen, Bibliotheken, Archive, zoologische und botanische Gärten
Soziales	Kindergärten, Kindertagesheime, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Frauenhäuser, Altersheime, Obdachlosenunterkünfte
Sport	Schwimmbäder, Sportanlagen und -einrichtungen
Sicherheit	Feuerwehren, Rettungsdienste
Bildung	Umschulungs-, Aus-, Fort- und Weiterbildungseinrichtungen, Volksschu-

	len
Wissenschaft, Forschung und Entwicklung	Großforschungseinrichtungen, wissenschaftliche Gesellschaften und Vereine, Wissenschaftsförderung
Entsorgung	Straßenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung
Bauwesen und Wohnungswirtschaft	Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen, soweit im Allgemeininteresse tätig, Wohnraumvermittlung
Wirtschaft	Wirtschaftsförderungsgesellschaften
Friedhofs- und Bestattungswesen	
Zusammenarbeit mit Entwicklungsländern	Finanzierung, technische Zusammenarbeit, Entwicklungshilfe, Ausbildung

3 Begriffe

3.1 Öffentlicher Auftrag

Die öffentlichen Aufträge, für die im Oberschwellenbereich das GWB gilt, sind in § 99 GWB beschrieben. § 99 Abs. 1 GWB enthält die folgende allgemeine Definition: „Öffentliche Verträge 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.“ Die Absätze 2 bis 13 des § 99 GWB sowie die §§ 100 Abs. 2 ff. und die §§ 100a, 100b und 100c GWB enthalten zahlreiche nähere Regelungen zur Anwendung des GWB und zu den Ausnahmen hiervon. Im Unterschwellenbereich legt § 1 Abs. 1 SächsVergabeG den Anwendungsbereich des Sächsischen Vergabegesetzes fest, indem er auf § 99 GWB verweist.

3.2 Auftragswert

Die Ermittlung des Auftragswertes ist entscheidend für die Frage, ob die (oben dargestellten) Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden und damit auch, ob die Regelungen für den Oberschwellenbereich oder die für den Unterschwellenbereich zur Anwendung kommen.

Der Auftragswert ist zu schätzen. Bei der Schätzung des Auftragswertes ist gemäß § 3 VgV von der geschätzten Gesamtvergütung (ohne Umsatzsteuer) für die vorgesehene Leistung einschließlich etwaiger Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter auszugehen. Optionen oder etwaige Vertragsverlängerungen sind zu berücksichtigen. Entscheidend ist der Gesamtauftragswert, nicht der Wert des einzelnen Loses. Besteht die beabsichtigte Beschaffung aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, ist der Wert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Lieferaufträgen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Soweit eine zu vergebende freiberufliche Leistung in mehrere Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung aufgeteilt wird, müssen die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes ist der Tag der Absendung der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens. Nähere Einzelheiten hierzu enthält § 3 VgV.

Soweit im Unterschwellenbereich Auftragswerte zu ermitteln sind, insbesondere bei der Frage, ob gemäß § 4 SächsVergabeG eine freihändige Vergabe zulässig ist, ist als Auftragswert der Umfang der einzelnen zu vergebenden Leistung anzusehen.

3.3 Sektorentätigkeiten

Die Sektorentätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 1 SektVO sind in der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB definiert. Oberhalb des Schwellenwertes ist die Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten in der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) gesondert geregelt. Diese Verordnung gilt nur im Oberschwellenbereich.

4 Vergabearten

Im Folgenden werden die verschiedenen Vergabearten kurz dargestellt.

4.1 Übersicht über die Vergabearten

Die Vergabe öffentlicher Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge erfolgt

oberhalb der EU-Schwellenwerte gemäß § 101 GWB i. V. m. § 3 EG VOB/A, § 3 EG VOL/A, § 3 VOF im Wege:	unterhalb der EU-Schwellenwerte gemäß § 1 Abs. 2 SächsVergabeG i. V. m. § 3 VOB/A, § 3 VOL/A im Wege:
<ul style="list-style-type: none">- offener Verfahren- nicht offener Verfahren- Verhandlungsverfahren (mit oder ohne vorherigem öffentlichen Teilnahmewettbewerb)- wettbewerblicher Dialoge	<ul style="list-style-type: none">- öffentlicher Ausschreibung- beschränkter Ausschreibung (mit oder ohne vorherigem öffentlichen Teilnahmewettbewerb)- freihändiger Vergabe (mit oder ohne vorherigem öffentlichen Teilnahmewettbewerb)- Direktkauf (§ 3 Abs. 6 VOL/A)

Die Vergabe von freiberuflichen Leistungen erfolgt im Oberschwellenbereich gemäß § 3 Abs. 1 VOF im Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) oder gemäß § 3 Abs. 4 VOF ausnahmsweise im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Im Unterschwellenbereich ist die VOF nicht anzuwenden. Zu beachten ist aber, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch hier die Grundregeln des europäischen Gemeinschaftsrechts (insbesondere das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot) einzuhalten sind. Auch sollte die Vergabestelle von mehreren geeigneten Anbietern Angebote einholen. Selbstverständlich sind auch bei diesen Vergaben die haushaltsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten, vgl. § 1 Satz 2 Spiegelstrich 2 VOL/A.

Ein Planungswettbewerb kann im Oberschwellenbereich (§ 15 VOF), aber auch im Unterschwellenbereich in das Vergabeverfahren integriert werden und stellt ein sinnvolles und wirtschaftliches Vergabeinstrument dar. Die vom früheren Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung erlassene Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW 2013) wird zur Beachtung und Anwendung empfohlen.

4.2 Öffentliche Ausschreibung

Öffentliche Aufträge sind grundsätzlich im Wege der öffentlichen Ausschreibung zu vergeben. Ausnahmen hiervon sind nur zulässig, wenn einer der Ausnahmetatbestände der VOB bzw. der VOL vorliegt. Auf eine Ausschreibung kann insbesondere nicht mit der Begründung verzichtet werden, bei den zu vergebenden Leistungen habe es in der Vergangenheit wiederholt nur ein Angebot gegeben, weshalb man davon ausgehe, dass für die gefragten Leistungen kein Wettbewerb herrsche.

4.3 Beschränkte Ausschreibung

Die beschränkte Ausschreibung ist bei der Vergabe von Bauleistungen nur unter den in § 3 Abs. 3 und 4 VOB/A genannten Voraussetzungen zulässig. Die Zulässigkeit der beschränkten Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen ist in § 3 Abs. 2 bis 4 VOL/A geregelt. Dort wird auch noch differenziert zwischen einer beschränkten Ausschreibung mit und ohne Teilnahmewettbewerb. Außerdem sollen bei einer beschränkten Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen mehrere – grundsätzlich mindestens drei – Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, § 3 Abs. 1 Satz 4 VOL/A. Eine vergleichbare Regelung für Bauleistungen enthält § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A.

4.4 Freihändige Vergabe

Die freihändige Vergabe öffentlicher Aufträge ist nur dann zulässig, wenn einer der in § 3 Abs. 5 VOL/A bzw. in § 3 Abs. 5 VOB/A aufgeführten Gründe vorliegt. Gemäß § 4 SächsVergabeG sind freihändige Vergaben bis zu einem geschätzten Auftragswert i. H. v. 25.000 € (ohne Umsatzsteuer) zulässig.

Soweit Leistungen freihändig vergeben werden können, bedeutet dies aber nicht, dass hierbei keinerlei Regeln einzuhalten sind. Vielmehr sind auch hier die wesentlichen Regelungen des Vergaberechts einzuhalten. Auch bei der freihändigen Vergabe ist stets darauf zu achten, dass ein ausreichender, fairer Wettbewerb gewährleistet ist und beschränkende und diskriminierende Maßnahmen unterbleiben.

Insbesondere ist darauf zu achten, dass

- unter den Bewerbern möglichst gewechselt wird (§ 6 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A); hierbei empfiehlt es sich, Aufzeichnungen darüber zu führen, wie oft ein Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde oder welche Unternehmen in welchem Umfang Aufträge erhalten haben,
- regelmäßig kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufgefordert werden,
- gemäß § 3 Abs. 1 Satz 4 VOL/A mehrere – grundsätzlich mindestens drei – Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden; die Vergabe von Leistungen an „Haushandwerker“ ohne Wettbewerb ist nicht zulässig,
- das Diskriminierungsverbot, der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot beachtet werden,
- das Vergabeverfahren ordnungsgemäß dokumentiert wird (§ 20 VOB/A und § 20 VOL/A).

Bei der freihändigen Vergabe sind hinreichende Kenntnis des Marktes und der Preisentwicklung besonders wichtig, weil nur so eine zweckmäßige Auswahl des Kreises der Anbieter, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, vorgenommen werden kann.

4.5 Direktkauf

Lieferungen und Dienstleistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 500 € ohne Umsatzsteuer können unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne ein Vergabeverfahren beschafft werden, § 3 Abs. 6 VOL/A. Eine vergleichbare Regelung für die Vergabe von Bauleistungen enthält weder die VOB/A noch das SächsVergabeG. Eine entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 6 VOL/A auf Bauleistungen ist nicht möglich, so dass bei der Vergabe von Bauleistungen ein Direktkauf nicht möglich ist.

4.6 Wettbewerblicher Dialog

Bei der Vergabe besonders komplexer Aufträge, deren Auftragswerte die EU-Schwellenwerte überschreiten, sieht § 101 GWB die Vergabe im Rahmen eines wettbewerblichen Dialogs vor. Der Dialog enthält Elemente des "nicht offenen Verfahrens" und des "Verhandlungsverfahrens".

Beispiele: öffentlich-private Partnerschaften, größere Infrastrukturprojekte, spezifische IT-Lösungen, Werbe- und Marketingaufträge

Detaillierte Bestimmungen hierzu finden sich in § 3 Abs. 7 EG VOB/A und § 3 Abs. 7 EG VOL/A.

In einer Erläuterung der Europäischen Kommission sind der Anwendungsbereich und Ablauf des wettbewerblichen Dialogs umfassend dargestellt.

(http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_de.pdf)

5 Allgemeine Erläuterungen zum Vergabeverfahren

Für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens haben der Bundes- und Landesgesetzgeber im Wesentlichen auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) und die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) Bezug genommen.

Die Verpflichtung zur Anwendung der VOL/A und VOB/A ergibt sich für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte im Freistaat Sachsen aus § 1 Abs. 2 SächsVergabeG und für Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte aus den §§ 4 und 6 VgV.

Die Verpflichtung zur Anwendung der VOF ergibt sich aus § 5 VgV und besteht insofern nur für den Oberschwellenbereich. Entsprechende Aufträge werden im Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb vergeben. Da die VOF im Unterschwellenbereich keine Anwendung findet, können Aufträge über freiberufliche Leistungen im Unterschwellenbereich ohne Einhaltung eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben werden, vgl. § 1 Abs. 3 SächsVergabeG. Zu beachten sind auch hier die allgemeinen Grundsätze des wirtschaftlichen und sparsamen Umgangs mit Haushaltsmitteln. Auch diese Leistungen sind im Wettbewerb zu vergeben, was die Einholung mehrerer Angebote und eine hinreichende Marktkennntnis des Auftraggebers erfordert.

In der Praxis kann die Unterscheidung zwischen einer Bauleistung und einer Liefer- oder Dienstleistung mitunter schwierig sein. § 1 Abs. 1 VOB/A führt hierzu aus: „Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.“ § 1 VOL/A grenzt negativ ab, indem er die Regelungen der VOL/A für die Vergabe von Aufträgen für anwendbar erklärt, die nicht Bauleistungen oder freiberufliche Dienstleistungen sind. Eine genauere Definition der Bauleistung enthält eine Erläuterung zur VOL/A (dort im Anhang IV, wo die oben zitierte Definition in § 1 Abs. 1 VOB/A wörtlich wiedergegeben wird. Ergänzend heißt es dann u.a.: „Darunter fallen auch alle zur Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage zu montierenden Bauteile, insbesondere die Lieferung und Montage maschineller und elektrotechnischer Einrichtungen. Einrichtungen, die jedoch von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Vollständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können und einem selbstständigen Nutzungszweck dienen, fallen unter die VOL/A.“

5.1. Vorbeugung von Korruption

Zur Vorbeugung von Korruption empfiehlt es sich, in jeder Phase des Verfahrens das sog. Vieraugenprinzip anzuwenden. Es sollten bei allen Verfahrensschritten mindestens zwei Personen beteiligt sein, die Auswirkungen auf das Ergebnis haben können, beginnend mit der Auswahl der Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollen, über die Öffnung der Angebote (vgl. insbesondere § 14 Abs. 2 Satz 1 VOL/A, der zwingend vorschreibt, dass die Öffnung der Angebote von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam durchgeführt und dokumentiert wird), bis hin zur Auswahl der Unternehmen und zum Entscheidungsvorschlag, s. Schreiben des Sächsischen Staatsministeriums des Innern vom 15.12.2009, Az: 23b -4460/105.

5.2 Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Die öffentliche Auftragsvergabe führt nur bei professioneller Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens zu nachhaltigen Einsparungen. Hierfür ist eine sorgfältige Planung unumgänglich. Fehlen der Vergabestelle die notwendigen fachlichen und technischen Voraussetzungen zur Durchführung des Verfahrens, bieten sich insbesondere für kleinere Kommunen die Einschaltung qualifizierter Planungsbüros, von Sachverständigen oder der Auftragsberatungsstelle Sachsen e. V. an. Auf die Beratungsaufgabe der Rechtsaufsichtsbehörden wird hingewiesen.

Grundsätzlich soll eine Leistung erst dann ausgeschrieben werden, wenn die Vergabeunterlagen fertiggestellt sind und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Hieraus folgt, dass auch die Finanzierung des Vorhabens gesichert sein muss. Was im Einzelnen Bestandteil der Vergabeunterlagen ist, ist in § 8 VOB/A und § 8 VOL/A festgelegt.

5.3 Bekanntmachung von Ausschreibungen und Teilnahmewettbewerben

Kommunale Vergabestellen sind verpflichtet, ihre öffentlichen Ausschreibungen und öffentlichen Teilnahmewettbewerbe öffentlich bekannt zu machen. Bei Vergaben im Geltungsbereich der VOL/A müssen Bekanntmachungen in Internetportalen zentral über die Suchfunktion des Internetportals www.bund.de ermittelt werden können, vgl. § 12 Abs. 1 Satz 2 VOL/A. Die weiteren Einzelheiten ergeben sich aus den Bekanntmachungsbestimmungen des § 12 VOB/A und des § 12 VOL/A.

Den Kommunen steht es bei der Veröffentlichung frei, unter den in diesen Vorschriften dargelegten Möglichkeiten zu wählen. Die Auswahl muss dokumentiert werden. Eine für die Kommunen kostenfreie Möglichkeit ist z. B. die Nutzung des Internetportals des Bundes unter www.bund.de. Zu beachten ist, dass die Veröffentlichung und ggf.

auch der Versand der Vergabeunterlagen bei Vornahme durch Dritte ihrerseits Dienstleistungen sind, die am Markt – ggf. gegen Entgelt – angeboten werden und daher eine Auftragsvergabe darstellen.

Im Oberschwellenbereich sind Ausschreibungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zu veröffentlichen. Es sind die verordneten Standardformulare zu verwenden. Näheres dazu ergibt sich aus § 12 EG VOB/A, § 15 EG VOL/A und aus § 9 VOF. Im Bereich der VOL ist insbesondere auf § 15 Abs. 10 EG VOL/A und im Bereich der VOB auf § 21 EG VOB/A hinzuweisen, wonach der Auftraggeber in der Bekanntmachung die Stelle zu benennen hat, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung von Vergabeverstößen wenden kann.

5.4 Leistungsbeschreibung

Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes und effektives Vergabeverfahren ist eine eindeutige Leistungsbeschreibung. Diese wird später wesentlicher Bestandteil des Vertrages. Sie ist Grundlage für die Vergleichbarkeit, Prüfung und Wertung der Angebote und für die Bemessung der Vergütung. Alle Bewerber müssen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können. Eine eindeutige Leistungsbeschreibung setzt voraus, dass sich die Vergabestelle möglichst genau darüber im Klaren ist, was sie will und alle für die Erstellung der Leistungsbeschreibung erforderlichen Vorarbeiten (z. B. Bedarfsermittlung, Planung) erledigt hat.

Die Leistungsbeschreibung hat den Vorgaben der § 7 VOB/A bzw. § 7 VOL/A zu entsprechen. Bei der Aufnahme weiterer auftragsbezogener Kriterien sind die in § 2 VOB/A und § 2 VOL/A festgelegten Grundsätze, die einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb sichern sollen, zu beachten. Weitere geeignete auftragsbezogene Kriterien sind z.B. schnelle Verfügbarkeit des Unternehmens, besondere Serviceleistungen, besondere Anforderungen an das Personal oder an die Ausrüstung. Weiterhin lassen sich beispielsweise Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt sowie Lieferungs- oder Ausführungsfrist nennen.

Zu beachten ist, dass die Leistungsbeschreibung keine Bieter in unzulässiger Weise bevorzugen darf. Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z. B. Markennamen) dürfen nur ausnahmsweise verwendet werden, wenn eine hinreichend genaue Beschreibung durch verkehrsbliche Bezeichnungen nicht möglich ist. Erforderlich ist in diesen Fällen der Zusatz „oder gleichwertig“. Bei mehreren Möglichkeiten muss es nämlich dem Bieter überlassen bleiben, welches Produkt er für die Leistungserbringung wählt. Anders ist es nur, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe rechtfertigt (s. im Einzelnen § 7 Abs. 4 VOL/A). Zur notwendigen Dokumentation vgl. Ziffer 5.19.

Zu beachten ist, dass im Bereich der VOB vorzuschreiben ist, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) Bestandteile des Vertrages werden. Dies ergibt sich aus § 8 Abs. 3 VOB/A. Im Bereich der VOL sind gemäß § 9 Abs. 1 VOL/A die Allgemeinen Vertragsbedingungen (VOL/B) grundsätzlich zum Vertragsgegenstand zu machen.

5.5 Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien sind in der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu bezeichnen. Nur diese Kriterien sind vom Auftraggeber vollständig und ausschließlich zu berücksichtigen, § 16 Abs. 7 VOL/A. Die Auftraggeber sind an die bekanntgemachten Zuschlagskriterien zum Schutz der Bieter vor Manipulation gebunden. Eine nachträgliche Änderung der bekanntgemachten Zuschlagskriterien ist daher vergaberechtswidrig.

Im Oberschwellenbereich ist auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend mitzuteilen. Im Unterschwellenbereich empfiehlt sich eine entsprechende Vorgehensweise.

5.6 Zulassung von Nebenangeboten

Die Zulassung von Nebenangeboten ermöglicht der Vergabestelle, zur Befriedigung ihres Beschaffungsbedarfs auch auf solche Marktlösungen zugreifen zu können, die ihrer Kenntnis bisher entzogen sind. In den Vergabeunterlagen ist gemäß § 8 Abs 2 Nr. 3 VOB/A klar vorzugeben, ob Nebenangebote zugelassen werden oder nicht. Im Falle der Zulassung ist zugleich vorzugeben, ob Nebenangebote nur in Verbindung mit einem Hauptangebot oder auch isoliert zugelassen werden. Eine solche zwingende Regelung enthält die VOL/A nicht. Allerdings sind gemäß § 8 Abs. 4 VOL/A Nebenangebote nicht zugelassen, wenn eine entsprechende Angabe in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen fehlt.

Im Oberschwellenbereich sind Vergabestellen verpflichtet, im Falle der Zulassung von Nebenangeboten Mindestanforderungen zu benennen, die diese Nebenangebote zu erfüllen haben. Diese müssen ausdrücklich als solche kenntlich gemacht werden. Folgerichtig darf die Vergabestelle dann nur solche Nebenangebote in die Wertung einbeziehen, die die Mindestanforderungen erfüllen (§ 16 Abs. 1 lit. e EG VOB/A und § 19 Abs. 3 lit. g EG VOL/A). Bei einem reinen Preiswettbewerb, d. h. in den Fällen, in denen der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist, ist nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 07.01.2014 (AZ.: X ZB 15/13) die Zulassung und Wertung von Nebenangeboten im Oberschwellenbereich nicht zulässig.

5.7 Erteilung von Auskünften vor Ablauf der Angebotsfrist

Noch während der Angebotsfrist kommt es häufig vor, dass Interessenten nach Erhalt der Vergabeunterlagen leistungsbezogene oder verfahrensrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem konkreten Vergabeverfahren an den Auftraggeber stellen. Bei der Beantwortung sollte die Vergabestelle sicherstellen, dass die Fragen kurzfristig beantwortet werden, damit den Bietern ausreichend Zeit bleibt, um die Auskünfte bei der Angebotserstellung zu berücksichtigen. Sofern die Antworten Informationen enthalten, die über den Inhalt der Vergabeunterlagen hinausgehen bzw. allgemein klarstellenden Charakter haben, sind diese allen Interessenten in gleichem Umfang und unter Beachtung des Geheimwettbewerbs (anonymisierte Form) zur Verfügung zu stellen. Die Beantwortung von Nachfragen ist in der Vergabeakte zu dokumentieren.

Fristen:

VOL/A: Bei europaweiten Vergabeverfahren sieht § 12 Abs. 8 EG VOL/A vor, dass Auskünfte über die Vergabeunterlagen und das Anschreiben bis spätestens sechs Tage, beim nicht offenen Verfahren oder beschleunigten Verhandlungsverfahren bis spätestens vier Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden müssen. Dies ist in § 7 Abs. 3 VOF ähnlich geregelt.

VOB/A: § 12 Abs. 7 VOB/A sieht für den Unterschwellenbereich vor, dass zusätzliche sachdienliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen allen Bewerbern unverzüglich in gleicher Weise zu erteilen sind. Im Oberschwellenbereich regelt § 12 Abs. 7 EG VOB/A, dass rechtzeitig beantragte Auskünfte über die Vergabeunterlagen spätestens sechs Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist zu erteilen sind. Bei nicht offenen Verfahren und beschleunigten Verhandlungsverfahren beträgt die Frist vier Kalendertage.

5.8 Öffnung der Angebote

Bei der Vergabe von Leistungen nach der VOB/A im Wege der Ausschreibung werden die Angebote im Rahmen eines Eröffnungstermins geöffnet, in dem nur die Bieter und ihre Bevollmächtigten zugegen sein dürfen (§ 14 VOB/A). Die Öffnung darf daher nicht in öffentlicher oder nichtöffentlicher Sitzung des Gemeinderats vorgenommen werden.

Bei der Vergabe von Leistungen nach der VOL/A ist die Teilnahme der Bieter und ihrer Bevollmächtigten hingegen nicht zugelassen. Hier muss neben dem Verhandlungsleiter ein weiterer Vertreter des Auftraggebers anwesend sein (§ 14 VOL/A).

Gemäß § 14 Abs. 4 VOB/A ist über den Eröffnungstermin eine Niederschrift anzufertigen. Eine entsprechende Dokumentationspflicht für den Bereich der VOL ergibt sich aus § 14 Abs. 2 VOL/A.

5.9 Kennzeichnungspflicht und Verwahrung

Die Kennzeichnungspflicht soll einen ordnungsgemäßen und fairen Wettbewerb sicherstellen, die nachträgliche Manipulation der Angebote verhindern und eine Überprüfung der Angebotsphase ermöglichen.

Bis zur Öffnung sind die Angebote gemäß § 14 Abs. 1 VOB/A bzw. § 14 Abs. 1 VOL/A zum Zeitpunkt des Eingangs bei der Vergabestelle mit einem Eingangsvermerk zu kennzeichnen und bis zum Zeitpunkt der Öffnung ungeöffnet unter Verschluss zu halten. Elektronische Angebote sind entsprechend zu kennzeichnen und unter Wahrung ihrer Verschlüsselung zu speichern.

Im Rahmen der Öffnung sind gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A die Angebote in allen wesentlichen Teilen unmittelbar bei der Öffnung zu kennzeichnen. Die VOL/A sieht eine ausdrückliche Kennzeichnungspflicht lediglich für elektroni-

sche oder mittels Telekopie eingereichte Angebote vor, enthält aber Bestimmungen zur Dokumentation der Angebotsöffnung, § 14 VOL/A.

Die Kennzeichnung erfolgt üblicherweise durch Perforierung, Lochungstempel oder – vor allem bei sehr umfangreichen Angeboten – durch Schnursiegel sowie durch eine fortlaufende Nummerierung. Elektronische Angebote sind entweder auszudrucken und auf herkömmlichem Wege zu kennzeichnen oder durch entsprechende Kennzeichnungssoftware zu markieren.

Die Vergabestellen haben die geöffneten Angebote und ihre Anlagen sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln. Die Verletzung der Kennzeichnungspflicht stellt einen gravierenden Vergaberechtsverstoß dar, der bei entsprechender Beanstandung im Regelfall die Aufhebung der Ausschreibung nach sich zieht oder zumindest zu einer Rückversetzung des Vergabeverfahrens führt.

5.10 Verhandlungen mit Bietern

Bei Ausschreibungen (öffentliche und beschränkte Ausschreibung bzw. offenes und nichtoffenes Verfahren) darf nach Öffnung der Angebote gemäß § 15 VOB/A, § 15 EG VOB/A bzw. § 15 VOL/A, § 18 EG VOL/A von den Bietern nur noch Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangt werden. Weitergehende Verhandlungen, insbesondere über eine Änderung des Angebots oder des Preises, sind nicht zulässig.

Bei freihändiger Vergabe bzw. im Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialog bestehen zwar Verhandlungsmöglichkeiten. Allerdings sind auch hierbei das Diskriminierungsverbot und der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Zur notwendigen Dokumentation vgl. Ziffer 5.19.

Die Verhandlungen dürfen auch nicht dazu führen, dass im Ergebnis eine (bezogen auf den Leistungsgegenstand oder den Leistungsumfang) wesentlich andere Leistung als die ursprünglich nachgefragte Leistung vereinbart wird.

5.11 Prüfung und Wertung der Angebote

Im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote ist im Unterschwellenbereich gemäß § 5 SächsVergabeG in Verbindung mit der Anlage zu § 5 Abs. 1 SächsVergabeG eine vierstufige Prüfung vorzunehmen. Eine in sich abgeschlossene, stufenweise Wertung bei klarer Trennung der Prüfungsabschnitte ist zwingend und in der Vergabedokumentation für eine objektiv prüfbare Vergabeentscheidung zu dokumentieren. Bei einem Angebot, das bereits in der ersten oder zweiten Wertungsstufe ausgeschlossen wurde, kommt es nicht mehr zu einer Prüfung der Angemessenheit der Preise.

1. Stufe: Formale Angebotswertung
2. Stufe: Eignungsprüfung
3. Stufe: Prüfung der Angemessenheit der Preise
4. Stufe: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

5.12 Ausschluss von Angeboten wegen fehlender Angaben und Erklärungen

Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten, können nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden. Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A muss der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nachverlangen. Erst wenn diese nicht innerhalb einer Frist von sechs Tagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorgelegt werden, ist das Angebot auszuschließen. Auch ohne Nachforderung zwingend auszuschließen sind indes Angebote ohne die geforderten Preisangaben, es sei denn, es handelt sich um eine einzelne unwesentliche Position und die Außerachtlassung dieser Position würde den Wettbewerb oder die Wertungsreihenfolge auch bei Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis nicht beeinflussen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VOB/A).

Auch bei Liefer- und Dienstleistungen sind Angebote, die nicht die geforderten Erklärungen oder Nachweise enthalten, nicht zwingend auszuschließen. Die fehlenden Erklärungen oder Nachweise können nachgefordert werden, § 16 Abs. 2 VOL/A. Eine Frist hierfür sieht die VOL/A nicht vor. Es ist aber zu beachten, dass die Nachforderungsmöglichkeit nicht zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führt. Dies könnte z. B. dann der Fall sein, wenn der Bieter sein Angebot mehrmals so lange oder so oft nachbessern könnte, bis es die Anforderungen erfüllt. Nicht nachgefordert werden können Preisangaben, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge oder den Wettbewerb nicht

verändern. Die Nachforderung fehlender geforderter Erklärungen und Nachweise ist unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auch ausgeschlossen, wenn es sich um auftragsbezogene, wertungsrelevante Erklärungen und Nachweise handelt, welche die Wettbewerbsstellung der Bieter beeinflussen und ggf. Auswirkungen auf die Wertungsreihenfolge haben.

Geforderte Erklärungen sind solche, die aufgrund eines entsprechenden Verlangens in den Vergabeunterlagen von einem Bieter abgegeben werden müssen.

Eine Nachforderungspflicht bzw. Nachforderungsmöglichkeit besteht nur im Hinblick auf körperlich entweder nicht vorhandene oder zwar vorhandene Erklärungen und Nachweise, die aber in formeller Hinsicht fehlerhaft sind. Eine Nachforderung ist ausgeschlossen, wenn vorgelegte Nachweise inhaltlich hinter den vom Auftraggeber gesetzten Vorgaben zurückbleiben, wenn also z. B. eine geforderte und tatsächlich auch vorgelegte Referenz inhaltlich nicht mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.09.2012, Az.: VII-Verg 108/11 und VK Bund, Beschluss vom 21.08.2013, Az.: VK 1-67/13).

Welche Erklärungen und Nachweise von der Vergabestelle im Einzelnen gefordert werden, hängt von Art und Umfang des Auftrags ab.

5.13 Eignung des Bieters oder Bewerbers

Nach § 2 Abs. 1 VOB/A bzw. § 2 Abs. 1 VOL/A vergeben kommunale Auftraggeber Leistungen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen. Bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe ist die Eignung der Bewerber vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu prüfen. Für Bauleistungen ist dies in § 6 Abs. 3 Nr. 6 VOB/A ausdrücklich niedergelegt.

Fachkundig ist ein Bieter oder Bewerber, der umfassende Kenntnisse auf dem speziellen Sachgebiet hat, mit dem der zu vergebende Auftrag in Zusammenhang steht.

Zuverlässig ist ein Bieter oder Bewerber, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen, auch zur Entrichtung von Steuern und Abgaben, nachgekommen ist und aufgrund der Erfüllung früherer Verträge (Referenzen) eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lässt.

Leistungsfähig ist ein Bieter oder Bewerber, der von seiner Größe und Organisation her geeignet und in der Lage ist, den zu vergebenden Auftrag ordnungsgemäß auszuführen. Hierfür sind kaufmännische, technische, personelle und finanzielle Belange maßgeblich.

Die Fachkunde, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit sind personenbezogene Eignungskriterien. Sie müssen lediglich im geforderten Maß vorliegen. Liegen sie nicht vor, scheidet das Angebot aus. Sind sie dagegen im geforderten Maß vorhanden, finden sie bei der weiteren Wertung keine (nochmalige) Beachtung. Insbesondere ist es nicht zulässig, bei der späteren Prüfung und Wertung der Angebote zu berücksichtigen, dass ein Bewerber über mehr Eignung verfügt als andere.

Geforderte Eignungsnachweise müssen bereits eindeutig und abschließend in der Bekanntmachung aufgeführt werden (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. u VOB/A und § 12 Abs. 2 Buchst. I VOL/A).

5.14 Präqualifikation

Der Bieter oder Bewerber kann seine Eignung auch in einem sog., Präqualifizierungsverfahren nachweisen. Hierunter ist eine der Vergabe vorgelagerte Prüfung der auftragsunabhängigen Eignungsnachweise zu verstehen. An öffentlichen Aufträgen interessierte Unternehmen können ihre Eignung bei einer Präqualifikationsstelle nachweisen.

Bieter oder Bewerber können sich in der Liste des Vereins für die Präqualifizierung von Bauunternehmen (PQ-Bau) oder in die Präqualifizierungsdatenbank für den Bieter- und Dienstleistungsbereich (PQ-VOL) eintragen lassen. Gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 SächsVergabeG gelten die Eignungskriterien als erfüllt, auf die sich die Prüfung der Präqualifikationsstelle bezieht. Nähere Einzelheiten finden sich unter www.pq-verein.de und www.pq-vol.de.

Gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeG sollen die Bescheinigungen anderer Präqualifizierungsstellen anerkannt werden, wenn in der Bescheinigung angegeben wird, welche Eignungskriterien anhand welcher Dokumente bei der Präqualifizierung geprüft wurden.

Für die Vergabestelle erübrigt sich bei präqualifizierten Unternehmen eine Prüfung der auftragsunabhängigen Eignungsnachweise. Damit kann sie sich auf die Prüfung der auftragsabhängigen Eignungsnachweise beschränken und konzentrieren.

5.15 Ausschluss von Bieter oder Bewerbern bei schweren Verfehlungen

Bieter oder Bewerber, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Vertragspartner in Frage stellt, können von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 lit. g VOB/A, § 6 Abs. 5 lit. c VOL/A). Zur Prüfung der Zuverlässigkeit dürfen Auftraggeber von den Bieter oder Bewerbern entsprechende Nachweise verlangen. Im Unterschwellenbereich sind gemäß § 3 Abs. 1 SächsVergabeG grundsätzlich Eigenerklärungen zu verlangen. Gleiches gilt im Oberschwellenbereich gemäß § 7 EG VOL/A. In § 6 Abs. 3 Nr. 2 Satz 3 EG VOB/A ist für den Auftraggeber eine entsprechende Möglichkeit eröffnet.

Zu berücksichtigen ist, dass gemäß § 21 Abs. 1 Satz 5 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) und gemäß § 21 Abs. 4 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (AEntG) der Auftraggeber bei den dort genannten Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 € für den Bewerber, der den Zuschlag bekommen soll, vor Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister (GWZR) nach § 150a Gewerbeordnung (GewO) anfordern muss.

Als Verfehlungen, die zum Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit berechtigten, gelten insbesondere Delikte im Sinne der Bußgeld- und Strafvorschriften des § 21 SchwarzArbG und des § 23 i.V.m. § 21 AEntG.

Gemäß § 19 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG) sollen Bewerber für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in § 98 GWB genannten Auftraggeber ausgeschlossen werden, die wegen Verstoßes nach § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 € belegt worden sind. Um einen solchen Verstoß festzustellen, fordern die öffentlichen Auftraggeber nach § 19 Abs. 3 MiLoG im Rahmen ihrer Tätigkeit beim GWZR Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen Ordnungswidrigkeiten nach § 21 MiLoG an oder verlangen von den Bewerbern eine Erklärung, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 19 Abs. 1 MiLoG nicht vorliegen. Auch bei Anforderung einer solchen Eigenerklärung können die öffentlichen Auftraggeber jederzeit zusätzliche Auskünfte des GWZR nach § 150a GewO anfordern.

Nach § 19 Abs. 4 MiLoG fordert der öffentliche Auftraggeber zudem ab einem Auftragswert von 30.000 € für den Bewerber, der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem GWZR nach § 150a GewO an. Das Bundesamt für Justiz hat dafür ein Behördenportal mit Dokumentvorlagen als PDF-Dateien zum kostenlosen Download eingerichtet. Weitere Informationen und die erforderlichen Anmeldeunterlagen stehen auf der Internetseite www.bundesjustizamt.de/informju zur Verfügung.

Vor einer Entscheidung über den Ausschluss nach § 19 Abs. 1 MiLoG ist der Bewerber nach § 19 Abs. 5 MiLoG anzuhören.

In den soeben genannten Bundesgesetzen ist zwar ausdrücklich nur von „Bewerbern“ die Rede. Sie gelten aber auch für Bieter in einem Ausschreibungsverfahren.

5.16 Angebote mit einem unangemessenen Preis

Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Die Angemessenheit des Preises ist gemäß § 5 Abs. 2 SächsVergabeG insbesondere dann zweifelhaft, wenn ein Angebot um mehr als 10 Prozent von dem nächsthöheren oder nächstniedrigeren Angebot abweicht. Die Gründe für die Abweichung sind vom Auftraggeber aufzuklären. Im Rahmen dieser Aufklärung ist der Bieter verpflichtet, seine Preisermittlung gegenüber dem Auftraggeber darzulegen, § 5 Abs. 2 SächsVergabeG. Auf das ausgewählte wirtschaftlichste Angebot ist der Zuschlag zu erteilen. Dieses ist anhand der vom Auftraggeber in der Bekanntmachung und/oder den Vergabeunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien und ggf. deren Gewichtung auszuwählen.

Im Oberschwellenbereich ist nach § 16 EG VOB/A bzw. § 19 EG VOL/A zu verfahren.

5.17 Aufhebung von Vergabeverfahren

Zwischen dem Ausschreibenden und dem Bieter wird spätestens mit der Anforderung der Vergabeunterlagen bzw. der Versendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe ein auf eine mögliche Auftragserteilung gerichtetes vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet, dessen Verletzung Ansprüche auf Ersatz des Schadens auslösen kann, den der Bieter im Vertrauen auf die Durchführung des Vergabeverfahrens erlitten hat (vgl. § 126 GWB, §§ 280, 311 BGB). Die Aufhebung einer Ausschreibung begründet nur dann keine Ersatzansprüche, wenn sie durch einen der in § 17 VOB/A bzw. § 17 VOL/A genannten Gründe gerechtfertigt ist und der Ausschreibende diesen Grund nicht zu vertreten hat. Die Bewerber oder Bieter sind von der Aufhebung der Vergabeverfahren unverzüglich zu unterrichten. Zudem ist die Aufhebung nach der aktuellen Rechtsprechung trotz ihrer verfahrensbeendenden Wirkung korrigierbar: Im Oberschwellenbereich können Bieter die Prüfung der Aufhebung einer Ausschreibung beantragen. Die Vergabekammern sind ggf. zur Aufhebung einer ungerechtfertigten Aufhebung der Ausschreibung berechtigt.

5.18 Sicherheitsleistung

Von der Möglichkeit zur vertraglichen Vereinbarung von Sicherheitsleistungen sollte zur Vermeidung finanzieller Verluste der Kommune in angemessenem Umfang Gebrauch gemacht werden. Es wird empfohlen, bei Baumaßnahmen die Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung unter Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Auftraggebers und des Risikos in jedem Einzelfall zu prüfen. Als Sicherungsmittel kommen vor allem Teilzahlungsabreden und Bürgschaften in Betracht. Bei Bauverträgen sind Erfüllungs- und/oder Mängelanspruchsbürgschaften üblich.

§ 7 SächsVergabeG bestimmt allerdings, dass im Anwendungsbereich der VOB bei einem Auftragswert bis 250.000 € auf Sicherheitsleistungen für Vertragserfüllung und für Mängelansprüche zu verzichten ist.

Bei Liefer- oder Dienstleistungen soll gemäß § 9 Abs. 4 VOL/A und § 11 Abs. 4 EG VOL/A auf Sicherheitsleistungen ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn sie nicht ausnahmsweise für die sach- und fristgemäße Durchführung der verlangten Leistung notwendig sind.

5.19 Bieterinformation

Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, sind gemäß § 8 Abs. 1 SächsVergabeG zu benachrichtigen. Damit werden sie in die Lage versetzt, von ihren Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Im Unterschwellenbereich hat die Benachrichtigung spätestens zehn Kalendertage vor dem Vertragsabschluss zu erfolgen. Gemäß § 8 Abs. 3 SächsVergabeG findet das in den Absätzen 1 und 2 dargestellte Nachprüfungsverfahren aber nur dann statt, wenn der Auftragswert bei Bauleistungen 75 000 EUR (ohne Umsatzsteuer) und bei Lieferungen und Leistungen 50 000 EUR (ohne Umsatzsteuer) übersteigt.

Im Oberschwellenbereich darf ein Vertrag gemäß § 101a GWB erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden. Erfolgt die Information per Fax oder elektronisch, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage.

5.20 Erteilung des Zuschlags

Gemäß § 18 VOB/A ist der Zuschlag möglichst bald, zumindest aber so rechtzeitig zu erteilen, dass dem Bieter die Erklärung noch vor Ablauf der Zuschlagsfrist zugeht (§ 10 Abs. 5 bis 8 VOB/A). Werden Erweiterungen, Einschränkungen

kungen oder Änderungen vorgenommen oder wird der Zuschlag verspätet erteilt, so ist der Bieter bei der Erteilung des Zuschlags aufzufordern, sich unverzüglich über die Annahme zu erklären.

§ 18 VOL/A bestimmt, dass der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Der niedrigste Preis allein ist nicht entscheidend. Die Annahme eines Angebots (Zuschlag) erfolgt in Schriftform, elektronischer Form oder mittels Telekopie.

5.21 Mitteilungs- und Informationspflichten nach Zuschlagserteilung

§ 19 VOB/A legt fest, dass Bieter, deren Angebot ausgeschlossen worden ist und Bieter, deren Angebote nicht in die engere Wahl kommen, unverzüglich unterrichtet werden sollen. Die übrigen Bieter sind zu unterrichten, sobald der Zuschlag erteilt worden ist. Den nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern sind innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang ihres in Textform gestellten Antrags die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots in Textform mitzuteilen, den Bietern auch die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bewerbers und dessen Name.

§ 19 Abs. 5 VOB/A bestimmt, dass Auftraggeber laufend Unternehmen auf Internetportalen oder in ihren Beschafferprofilen über beabsichtigte Beschränkte Ausschreibungen ab einem voraussichtlichen Auftragswert von 25.000 € ohne Umsatzsteuer informieren.

Nach § 19 VOL/A teilen Auftraggeber unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang eines entsprechenden Antrags, den nicht berücksichtigten Bietern die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters und den nicht berücksichtigten Bewerbern die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung mit.

§ 19 Abs. 2 VOL/A bestimmt, dass die Auftraggeber nach Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb für die Dauer von drei Monaten über jeden vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25.000 € ohne Umsatzsteuer auf Internetportalen oder ihren Internetseiten informieren müssen.

5.22 Dokumentation

Die Vergabe ist nach Maßgabe der §§ 20 VOB/A bzw. 20 VOL/A zeitnah und fortlaufend zu dokumentieren. Für die Überprüfung des Vergabeverfahrens stellt die Dokumentation daher den wichtigsten Anknüpfungspunkt dar. Nur eine aussagekräftige Dokumentation genügt dem Transparenzgebot. Durch die niederzulegende Begründung für die Entscheidungen können sich die Vergabestelle und die Vergabebediensteten selbst überprüfen, rechtfertigen und ggf. entlasten.

Insbesondere bei freihändiger Vergabe von Aufträgen kommt der Dokumentation der Vergabeentscheidungen infolge der geringeren Transparenz des Verfahrens maßgebliche Bedeutung zu.

6 Spezielle Anforderungen an das kommunale Vergabeverfahren

6.1 Vergabe in öffentlicher Sitzung

Die Entscheidung über die Vergabe kommunaler Aufträge, die nicht den Geschäften der laufenden Verwaltung zuzuordnen sind, ist dem Gemeinderat vorbehalten, soweit die Hauptsatzung keine abweichende Regelung trifft.

Über die Vergabe ist grundsätzlich in öffentlicher Sitzung zu beraten und zu beschließen. Die Angebote und ihre Anlagen sind in dem nachstehend aufgezeigten Umfang geheim zu halten.

Nichtöffentlich darf gemäß § 37 Abs. 1 SächsGemO nur insoweit verhandelt werden, als es das öffentliche Wohl oder berechnete Interessen Einzelner erfordern. Dies ist z. B. der Fall, wenn vertrauliche betriebsinterne Fragen, Kalkulationsgrundlagen oder Bedenken gegen die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit von Bietern erörtert werden, nicht dagegen bei der Beschlussfassung über die Vergabe, gegebenenfalls nach vorangegangener Beratung in nichtöffentlicher Sitzung über die Einzelheiten der Angebote. Soweit in der öffentlichen Sitzung Fragen zur Sprache kommen, die eine nichtöffentliche Behandlung erfordern und die nicht bereits in der nichtöffentlichen

Vorberatung geklärt wurden, muss gegebenenfalls die öffentliche Sitzung unterbrochen und in nichtöffentlicher Sitzung weiter verhandelt werden. Um derartige Sitzungsunterbrechungen zu vermeiden, sollten solche Fragen bereits in den nichtöffentlichen Sitzungen der beratenden Ausschüsse erörtert werden.

Für Landkreise, Verwaltungsverbände und Zweckverbände gilt dies entsprechend.

Von der Entscheidung über die Vergabe ist die Öffnung der auf die Ausschreibung eingegangenen Angebote zu unterscheiden (vgl. Ziffer 5.8).

6.2 Aufbewahrung

Nicht berücksichtigte Angebote sind wie begründende Unterlagen i. S. d. §§ 33, 34 Abs. 1 der Sächsischen Kommunalen Kassen- und Buchführungsverordnung (SächsKomKBVO) bei der Vergabestelle wie folgt aufzubewahren:

Angebote, die für die überörtliche Rechnungsprüfung bedeutsam sind, sind bis zum Abschluss der Rechnungsprüfung, mindestens jedoch sechs Jahre nach Ablauf des Haushaltsjahres, in dem die Maßnahme beendet worden ist, aufzubewahren. Hierzu zählen

- alle (d. h. auch ausgeschlossene) Angebote, deren Endsumme das Zuschlagsangebot unterschreiten,
- die nächsten drei über dem Zuschlagsangebot liegenden Angebote und
- alle Nebenangebote, die das Zuschlagsangebot unterschreiten.

Die übrigen nicht berücksichtigten Angebote können nach Ablauf des auf die Vertragserfüllung folgenden Jahres ausgesondert und vernichtet werden, wenn nicht aus anderen Gründen eine längere Aufbewahrung erforderlich ist.

Das Zuschlagsangebot ist regelmäßig wie eine begründende Unterlage i. S. d. §§ 33, 34 Abs. 1 SächsKomKBVO aufzubewahren. Es ist bis zum Abschluss der überörtlichen Rechnungsprüfung, mindestens jedoch sechs Jahre nach Ablauf des Haushaltsjahres, in dem die Maßnahme beendet worden ist, aufzubewahren.

6.3 Ausschluss von der Mitwirkung am kommunalen Vergabeverfahren

Bei der Beratung und Beschlussfassung über die Auftragsvergabe sind die kommunalen Befangenheitsvorschriften zu beachten.

Weitergehende und konkretere Anforderungen enthält für den Oberschwellenbereich § 16 VgV. Es wird empfohlen, diese Vorschrift im Unterschwellenbereich entsprechend anzuwenden.

7 Besondere Fragestellungen

7.1 Geltung der Rechtsprechung aus dem Oberschwellenbereich im Unterschwellenbereich

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, des Bundesgerichtshofs, der Vergabesenate der Oberlandesgerichte sowie die Entscheidungen der Vergabekammern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich gelten im Unterschwellenbereich zwar nicht unmittelbar. Soweit Gegenstand der Entscheidungen jedoch Vorschriften sind, die wortgleich auch im Unterschwellenbereich Anwendung finden (allgemeine Wettbewerbsgrundsätze des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union wie das Transparenzgebot, das Diskriminierungsverbot und der Gleichbehandlungsgrundsatz; die Vorschriften des 1. Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnungen), sind die Entscheidungen und rechtlichen Vorgaben entsprechend zu beachten.

7.2 Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern

Auch Leistungsaustauschverträge zwischen öffentlichen Auftraggebern unterliegen grundsätzlich dem Vergaberecht. Wenn eine Gemeinde eine andere mit der entgeltlichen Erbringung einer Leistung beauftragt, findet Vergaberecht grundsätzlich Anwendung. Ausnahmen gibt es nur unter den Voraussetzungen des sog. In-house-Geschäfts und bei bestimmten Formen der interkommunalen Zusammenarbeit (hierzu unten Nr. 7.3 und 7.4). Keine Leistungsaustauschverträge sind echte Aufgabenübertragungen, bei der im verwaltungsrechtlichen Sinne die Zustän-

digkeit und damit auch die ausschließliche Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe vollständig auf die andere Körperschaft übergeht (sog. delegierende Aufgabenübertragung). Hier handelt es sich um interne Organisationsentscheidungen, die nicht dem Vergaberecht unterliegen. Im Gegensatz dazu ist bei einer Beibehaltung der Aufgabenverantwortung bei der Auftrag gebenden Gemeinde und lediglich der Vereinbarung der Durchführung der Aufgabe durch eine beteiligte Körperschaft des öffentlichen Rechts (sog. mandatierende Übertragung) grundsätzlich Vergaberecht anzuwenden.

7.3 Internvergabe (sog. In-house-Geschäft)

Ein öffentlicher Auftrag (vgl. Ziffer 3.1) liegt bei der Beauftragung eines sich formalrechtlich vom Auftraggeber unterscheidenden Unternehmens (z. B. bei der Beauftragung einer von einer GmbH in vollständiger kommunaler Trägerschaft betriebenen GmbH) ausnahmsweise dann nicht vor, wenn das Unternehmen wirtschaftlich und organisatorisch so an die Kommune gebunden ist, dass nicht von einer Auftragsbeziehung zwischen verschiedenen Marktteilnehmern gesprochen werden kann. In diesen Fällen deckt die Kommune ihren Bedarf – ohne den Markt zu betreten – letztlich mit eigenen, aus organisatorischen Gründen rechtlich selbstständig strukturierten Mitteln (faktisches Eigengeschäft).

Nach der Rechtsprechung setzt eine solche Internvergabe voraus, dass die Kommune

- über das Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) und
- das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Kommune erbringt (Wesentlichkeitskriterium).

Das Kontrollkriterium ist nur dann erfüllt, wenn neben der Kommune keine private Beteiligung an dem privatrechtlich organisierten Unternehmen besteht. Die unmittelbare Beteiligung mehrerer Kommunen an dem Unternehmen steht der Kontrolle nicht entgegen. Bei der nur mittelbaren Beteiligung einer Kommune an dem privatrechtlich organisierten Unternehmen ist eine Internvergabe nur noch möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag einen aus-schlaggebenden Einfluss dieser Kommune auf die strategischen Ziele und wichtigen Entscheidungen der Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich ermöglicht. Hiervon ist nur auszugehen, wenn der Kommune ein gesellschaftsvertraglich abgesichertes Letztentscheidungsrecht für die wesentlichen Entscheidungsvorgänge in der Gesellschaft zusteht, das sie entweder direkt oder – bei mittelbarer Beteiligung – indirekt über eine kommunale Holdinggesellschaft ausüben kann (vgl. unser Informationsschreiben vom 04.09.2006, Az. 23b- 4460/66).

Das Wesentlichkeitskriterium ist erfüllt, wenn das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit nahezu ausschließlich auf den oder die kommunalen Anteilsinhaber ausrichtet und die Tätigkeiten am Markt (sog. Drittleistungsanteil) marginal bleiben. Dieser Voraussetzung wird nach der aktuellen Rechtsprechung nur Genüge getan, wenn mindestens ca. 90 % des Umsatzes für den oder die kommunalen Anteilsinhaber erzielt werden und Leistungen an nicht an dem Träger des Unternehmens beteiligte Dritte gesellschaftsvertraglich dauerhaft begrenzt und nicht bezweckt sind.

7.4 Kommunale Zusammenarbeit

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 9.6.2009, Az: C-480/06; Urteil vom 19.12.2012, Az: C-159/11; Urteil vom 13.06.2013, Az: C-386/11) ist die Zusammenarbeit solange ausschreibungsfrei, wie

- die Umsetzung der Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der gemeinsamen Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen („gemeinsame öffentliche Aufgabe“) zusammenhängt,
- über den reinen Kostenersatz hinaus keine Finanztransfers zwischen den Beteiligten stattfinden („Gegenseitigkeit“), und
- gewährleistet ist, dass dabei keine privaten Interessenten besser gestellt werden als ihre Wettbewerber.

7.5 Losbildung

Durch die Streuung von Aufträgen im Wege der Losbildung soll es mittelständischen Unternehmen ermöglicht werden, sich um öffentliche Aufträge bewerben zu können. Von einer Losbildung kann nur abgesehen werden, wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist (s. § 97 Abs. 3 GWB, § 2 Abs. 2 VOL/A, § 5 Abs. 2 Satz 2 VOB/A sowie § 2 Abs. 2 EG VOL/A und § 5 Abs. 2 EG VOB/A). Die Verweisung auf allgemeine

Vorteile einer zusammengefassten Vergabe genügt als Begründung allerdings nicht. Die Vergabestelle sind somit verpflichtet, alle geeigneten Aufträge in Losen zu vergeben. Zur Rechtfertigung einer Gesamtvergabe hat die Vergabestelle die hierfür sprechenden wirtschaftlichen oder technischen Gründe gemäß § 20 VOL/A und § 20 VOB/A zu dokumentieren.

7.6 Gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch mehrere Auftraggeber

Die gemeinsame Ausschreibung mehrerer Aufträge unterschiedlicher öffentlicher Auftraggeber mit dem Ziel, den Zuschlag nur einem Auftragnehmer zu erteilen, ist vergaberechtlich grundsätzlich möglich (Beschluss des OLG Schleswig vom 30.10.2012, Az.: 1 Verg 5/12, veröffentlicht in ZfBR 2013 S. 69). Danach ist die Bündelung der Bedarfe mehrerer öffentlicher Auftraggeber in einem oder mehreren (losweise aufgeteilten) Vergabeverfahren vergaberechtlich unbedenklich. Jedoch muss gewährleistet sein, dass dem Gebot zur Losaufteilung und der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Sinne von § 97 Abs. 3 GWB Rechnung getragen wird. Entscheidend dabei ist, ob die gebildeten Lose für mittelständische Unternehmen zu bewältigen sind, ohne überwiegende Teile des Auftrags auf Nachunternehmer und Teilleistungs- oder Konsolidierungsaufträge übertragen zu müssen.

Verfahrensmäßig könnte ein gemeinsames Vergabeverfahren wie folgt durchgeführt werden:

Einer der Auftraggeber wird mit der Federführung beauftragt, der auf die Zusammenstellung einheitlicher Vergabeunterlagen achtet. Dies schließt nicht aus, dass daneben von den einzelnen Vorhabenträgern spezielle, auf das Vorhaben abgestimmte Vergabeunterlagen (z. B. Leistungsverzeichnis, Baubeschreibung, Planungsunterlagen) erstellt werden. Nach Prüfung und Wertung der Angebote, die nach einheitlichen Kriterien, insbesondere auch hinsichtlich der Ausschluss- und Zuschlagskriterien erfolgen müssen, entscheiden die zuständigen Beschlussgremien der einzelnen Vorhabenträger über die Gesamtvergabe an den wirtschaftlichsten Bieter. Anschließend erteilt der federführende Auftraggeber den Zuschlag für alle beteiligten Auftraggeber.

Erforderlich ist eine ordnungsgemäße Bevollmächtigung des federführenden Auftraggebers durch die anderen Vorhabenträger zur Durchführung des Verfahrens und zur Zuschlagserteilung. Ferner müssen die Vergabeunterlagen (die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots) zweifelsfrei erkennen lassen, welche Leistungen im Namen und für Rechnung Dritter (der anderen Vorhabenträger) ausgeschrieben werden, damit durch die Zuschlagserteilung die konkreten vertraglichen Rechte und Pflichten auch mit diesen Vorhabenträgern zustande kommen.

Auf eine ordnungsgemäße Dokumentation, insbesondere zur Gesamtvergabe ist zu achten.

7.7 Keine Bevorzugung lokaler Unternehmen

Eine Bevorzugung lokaler Unternehmen im Rahmen des Vergabeverfahrens ist nicht zulässig. Insbesondere darf von den Bietern nicht verlangt werden, dass sie bereits bei Angebotsabgabe am Leistungsort ihren Sitz oder eine Niederlassung haben.

7.8 Generalunternehmer und Generalübernehmer; Nachunternehmer

Als Generalunternehmer werden Bieter bezeichnet, die mehrere Fachlose des Auftrags übernehmen, aber nur einen wesentlichen Teil der Leistungen im eigenen Unternehmen erbringen und sich im Übrigen fremder Unternehmen bedienen.

Als Generalübernehmer werden Bieter bezeichnet, die mehrere Fachlose des Auftrags übernehmen, aber keinen oder nur einen unwesentlichen Teil der Leistungen im eigenen Unternehmen ausführen, sondern sich hierfür fremder Unternehmen bedienen.

Ein Nachunternehmer erbringt auf Grund eines entsprechenden Vertrages mit dem Hauptunternehmer (Generalunternehmer oder Generalübernehmer) ganz oder teilweise die von diesem dem Auftraggeber geschuldete Leistung. Der Nachunternehmer ist somit selbst nicht Bieter im Vergabeverfahren.

Im Oberschwellenbereich dürfen Generalunternehmer und Generalübernehmer sowie Nachunternehmer nicht von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Das ergibt sich aus § 6 Abs. 8 EG VOB/A und § 7 Abs. 9 EG VOL/A. Nach diesen Vorschriften kann sich ein Bieter zur Erfüllung eines Auftrages bzw. zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen. Die ordnungsgemäße Auftragsausführung ist hier durch entsprechende Prüfung des Nachunternehmereinsatzes sicherzustellen.

Im Unterschwellenbereich ist der Einsatz von Generalübernehmern nicht und der Einsatz von Generalunternehmern nur eingeschränkt möglich. § 6 Abs. 1 SächsVergabeG bestimmt, dass die vom Auftragnehmer angebotenen Leistungen grundsätzlich im eigenen Betrieb auszuführen sind und die Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer grundsätzlich nur bis zu einer Höhe von 50 Prozent des Auftragswertes und nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig ist. Dies gilt unabhängig von der gewählten Vergabeart, also auch bei freihändigen Vergaben.

7.9 Gemeinschaftliche Angebote

Gemeinschaftliche Angebote sind grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen wie Angebote von einzelnen Bietern zuzulassen (§ 6 Abs. 1 VOB/A und § 6 Abs. 1 VOL/A).

Arbeitsgemeinschaften und sonstige Bietergemeinschaften sind Zusammenschlüsse von Unternehmen gleicher oder unterschiedlicher Fachgebiete auf vertraglicher Grundlage zur gemeinsamen Ausführung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen. Sie dienen der Teilnahme mittelständischer Unternehmen an der Erbringung umfangreicherer Leistungen durch Erhöhung der Kapazität und Qualität.

Unter einer Bietergemeinschaft ist eine Mehrzahl von Fachunternehmen zu verstehen, die gemeinschaftlich ein Angebot einreichen. Das Angebot ist von allen an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen zu unterzeichnen. Wird ein Mitglied der Bietergemeinschaft zum Vertreter bestimmt, so ist mit dem Angebot eine entsprechende Vollmacht vorzulegen. Bietergemeinschaften sind wie Einzelbieter zu behandeln (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A, § 6 Abs. 1 VOL/A). Für die Beteiligung am Vergabeverfahren dürfen Bietergemeinschaften nicht zur Annahme einer bestimmten Rechtsform verpflichtet werden. Es bietet sich aber bereits im Rahmen der Vergabebekanntmachung an, die Bevollmächtigung eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft zu verlangen, mit dem die weitere Korrespondenz abgewickelt werden kann. Sofern es für die ordnungsgemäße Durchführung eines Auftrags notwendig erscheint, sollte die Vergabebekanntmachung bereits Angaben zur gewünschten Rechtsform der Bietergemeinschaft und zu Haftungsvorgaben im Falle der Auftragserteilung enthalten.

Als Arbeitsgemeinschaft wird der Zusammenschluss von Fachunternehmen zum Zwecke der gemeinsamen Ausführung des Auftrags bezeichnet. Üblicherweise wandelt sich eine Bietergemeinschaft im Falle einer Auftragserteilung in eine Arbeitsgemeinschaft. Der Zusammenschluss ist grundsätzlich nur vor Angebotsabgabe zulässig.

Im nichtoffenen Verfahren bzw. bei beschränkter Ausschreibung kann der Auftraggeber bestimmen, dass schon nach Einreichung eines Teilnahmeantrags auf Aufforderung der Vergabestelle die Bildung oder Änderung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft nicht zulässig ist.

7.10 Schulbuchvergabe

Bei der Beschaffung von Schulbüchern durch kommunale Schulträger besteht trotz bestehender Buchpreisbindung bei einem Gesamtauftragswert ab Erreichen des derzeit geltenden Schwellenwertes in Höhe von 207.000,00 € die Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung. Unterhalb dieser Wertgrenze ist eine freihändige Vergabe zulässig, vgl. § 4 Abs. 2 SächsVergabeG.

7.11 Angabe von Leitfabrikaten

Die Aufnahme besonderer auftragsbezogener Kriterien darf nicht dazu führen, dass einzelne Unternehmen oder Leistungen bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dass dies durch die zu vergebende Leistung oder durch besondere Umstände gerechtfertigt ist. Die Beschreibung der Leistung hat daher grundsätzlich produktneutral zu erfolgen. Andernfalls bedarf es einer sachlichen Rechtfertigung (zu den Ausnahmen siehe insbesondere § 7 Abs. 8 VOB/A und § 7 Abs. 4 VOL/A).

Die Angabe eines Leitfabrikats o. ä. kann erforderlich sein, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist oder ein legitimes Interesse des Auftraggebers an dieser Vorgabe besteht. Legitime Gründe können technische Zwänge, gestalterische Ziele oder die Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Wartung sowie Kosten sein.

Die Anfertigung produktneutraler Leistungsbeschreibungen stellt insbesondere im IT-Bereich an Vergabestellen hohe Anforderungen. Es wird die Berücksichtigung der nachstehenden Vorgaben empfohlen:

- des Merkblatts des BMWA und des BMI zu diskriminierungsfreien Leistungsbeschreibungen bei IT-Ausschreibungen (http://www.bescha.bund.de/SharedDocs/Downloads/Wissenswertes/diskriminierungsfreie_leistbeschr.html) und
- der Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen, UfAB V Version 2.0 sowie des Sonderheftes 2012 zur Aktualisierung der UfAB V des Bundesministeriums des Innern. (http://www.bescha.bund.de/DE/Startseite/_documents/ufab_broschuere.pdf) (http://www.bescha.bund.de/SharedDocs/Downloads/Publikationen/Broschueren/ufab_broschuere_sonderheft_2012.pdf)

7.12 Kommunale Investorenvorhaben – VwVKommlInvest

Der Erfolg eines kommunalen Investorenvorhabens hängt wesentlich von der Qualität des Ausschreibungsmanagements ab. Bei der Verwirklichung eines entsprechenden Vorhabens über bewegliche und unbewegliche Sachen mit einer Laufzeit von mindestens sechs Jahren sind die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehenden Bestimmungen der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen und des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilung von Investorenvorhaben im kommunalen Bereich (VwVKommlInvest) vom 04.07.2005 (SächsABl. 2005, S. 725) zu beachten.

7.13 ÖPP - Öffentlich-private Partnerschaften (Public Private Partnership – PPP)

Die im Rahmen öffentlich-privater Partnerschaften entstehenden Leistungsbeziehungen unterliegen in der Regel den Vergabevorschriften. Die Suche nach einem privaten Projektpartner ist ebenso wie die Suche nach einem privaten Mitgesellschafter dem Vergaberecht nicht grundsätzlich entzogen. Die Einbindung eines privaten Projektpartners erfolgt oft über

- die Gründung einer Gesellschaft mit öffentlichem und privatem Gesellschafter mit anschließender Auftragserteilung oder
- die Veräußerung von Anteilen an einer bereits beauftragten, bislang allein öffentlich finanzierten Gesellschaft.

Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen öffentlichen und privaten Gesellschaftern hat für sich genommen keinen Beschaffungscharakter und fällt damit nicht unter die Vergabevorschriften. Die Beschaffung der Projektleistungen im Wettbewerb wird in diesen Fällen bei der nach Gründung der Gesellschaft vorzunehmenden Auftragsvergabe sichergestellt, da diese unter Beachtung des Vergaberechts zu erfolgen hat.

Geht die vertragliche Einbindung eines privaten Partners jedoch direkt oder indirekt mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 GWB an diesen einher oder führt sie zu einem Eintritt in dem Vergaberecht unterliegende Vertragsverhältnisse, so ist schon der private Projektpartner im Rahmen eines Wettbewerbs zu ermitteln. Ist die vertragliche Einbindung des privaten Partners demnach mit der Beauftragung zur Erbringung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen verbunden, so ist er in einem Vergabeverfahren auszuwählen. Bei der Auswahl eines privaten Bieters um eine Projektbeteiligung kommt es auf dessen nach objektiven Kriterien zu beurteilende Eignung, also insbesondere auf seine finanzielle und fachliche Leistungsfähigkeit in Bezug auf den Zweck der Partnerschaft an. Über die Auswahl eines privaten Investors als Mitgesellschafter ist also nach den gleichen Kriterien wie über die Auswahl eines Vertragspartners für Beschaffungsverträge zu entscheiden.

7.14 Konzessionen

Konzessionen sind Aufträge eines Auftraggebers an einen Unternehmer, bei denen die Gegenleistung für die Leistung statt in einer Vergütung in dem Recht auf Verwertung der vertragsgegenständlichen Leistung besteht.

Baukonzessionen

Baukonzessionen fallen nach § 22 VOB/A unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Die Vorschriften über herkömmliche Bauaufträge gelten sinngemäß. Im Oberschwellenbereich liegt eine vergaberechtspflichtige Baukonzession nur dann vor, wenn das Recht auf Nutzung der Leistung befristet ist (§ 99 Abs. 6 GWB).

Dienstleistungskonzessionen

Dienstleistungskonzessionen fallen gemäß Art. 17 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ausdrücklich nicht unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Eine entsprechende Regelung zur Erteilung von Dienstleistungskonzessionen besteht derzeit noch nicht.

Die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz sind jedoch auch bei der Erteilung von Dienstleistungskonzessionen zu beachten.

Auch wenn in diesen Fällen eine förmliche Ausschreibung im Sinne des Vergaberechts nicht erforderlich ist, muss die Vergabe von Konzessionen im Wege eines wettbewerblichen und transparenten Verfahrens vorgenommen werden.

7.15 Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen des Auftraggebers mit einem oder mehreren Unternehmen, in denen Bedingungen für die spätere Vergabe bestimmter Einzelaufträge festgelegt werden, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung bietet sich damit in dem Fall an, wenn die Leistungsbedingungen der Einzelaufträge noch nicht abschließend benannt werden können (z. B. Leistungsbeginn, Leistungsumfang), aber ein kurzfristiges und effektives Ineinandergreifen mehrerer Leistungen notwendig ist (z. B. wiederkehrende Leistungen).

Rahmenvereinbarungen sind ohne Einschränkungen - wie andere Leistungen auch - im Wege der Ausschreibung zu vergeben. Die Laufzeit darf in der Regel vier Jahre nicht überschreiten. Die Auftraggeber dürfen für dieselbe Leistung nicht mehrere Rahmenvereinbarungen abschließen (vgl. im Einzelnen § 4 VOL/A).

Einzelaufträge können nur von Auftraggebern erteilt werden, die im Vorfeld der Ausschreibung ihren voraussichtlichen Bedarf für das Vergabeverfahren gemeldet haben. Diese können dem Rahmenvertrag beitreten, ohne ihrerseits vorher eine Ausschreibung durchzuführen. Das von ihnen in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist Teil des geschätzten Gesamtwerts aller Einzelaufträge.

Der Wert einer Rahmenvereinbarung ist gemäß § 3 Abs. 6 VgV auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwertes aller Einzelaufträge zu berechnen, die während deren Laufzeit geplant sind.

In einer Erläuterung der Europäischen Kommission sind der Anwendungsbereich und Abschluss von Rahmenvereinbarungen umfassend dargestellt (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_de.pdf).

7.16 Arbeitsförderung

Aufträge, die im Rahmen einer Maßnahme der Arbeitsförderung vergeben werden, sollten gemäß § 262 SGB III bereits in der Ausschreibung die Zuweisung geförderter Arbeitnehmer für alle Bewerber als vertragliche Nebenbedingung vorsehen.

7.17 Energieeffizienz

Seit dem 20.08.2011 sieht die VgV für den Oberschwellenbereich vor, dass bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Produkten und Dienstleistungen Energieeffizienz und Umweltauswirkungen besonders berücksichtigt werden müssen. Dazu soll auf der Ebene der Leistungsbeschreibung das höchste Leistungsniveau und soweit vorhanden die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung gefordert werden. Vom Bieter sind konkrete Angaben zum Energieverbrauch zu fordern. Bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes ist die Energieeffizienz in jedem Fall als wichtiges Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen. Näheres dazu und auch zur Beschaffung von Straßenfahrzeugen ist für den Oberschwellenbereich in den §§ 4 bis 6 VgV geregelt.

7.18 Erwerb von Grundstücken – Bauträgerverträge

Der Erwerb von Grundstückseigentum durch die Kommune fällt im Grundsatz nicht unter das Vergaberecht (§ 100 Abs. 5 Nr. 1 GWB). Soweit mit dem Grundstückskauf jedoch gemischtvertraglich die Erteilung eines Auftrags zur Erbringung von Bauleistungen durch den Verkäufer verbunden wird (Bauträgervertrag), kommen die vergaberechtlichen Bestimmungen mit der Folge zur Anwendung, dass es sich bei solchen Bauträgerverträgen vergaberechtlich grundsätzlich um einen nach den allgemeinen Bestimmungen zu vergebenden Bauauftrag handelt. Nur bei völlig untergeordneter Bedeutung der Bauleistung lässt sich ein solcher gemischter Vertrag als bloßer – nicht dem Vergaberecht unterfallender – Grundstückserwerb einstufen. Bei dem Umbau bestehender oder der Errichtung neuer Gebäude auf dem zu erwerbenden Grundstück kann von einer solchen untergeordneten Bedeutung nicht gesprochen werden.

7.19 Veräußerung kommunaler Grundstücke – Städtebauliche Entwicklungsverträge

Die bloße Veräußerung von Grundstücken durch die Kommune unterliegt nicht dem Vergaberecht. Ungeachtet dessen sind Grundstücksangebote grundsätzlich auszuschreiben (dabei handelt es sich allerdings um keine Ausschreibung im Sinne des Vergaberechts), um sie einem möglichst breiten Kreis von Interessenten bekannt zu geben (Nr. 6 der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Innern über die Veräußerung kommunaler Grundstücke - VwV kommunale Grundstücksveräußerung, Sächsisches Amtsblatt Nr. 15/2004 S. 319ff.). Will die veräußernde Kommune jedoch durch die Ausgestaltung des Grundstückskaufvertrages eine konkrete Bebauung vorgeben oder sicherstellen, dass das Grundstück nach der Veräußerung für eine von ihr angestrebte öffentliche Zweckbestimmung („Bauverpflichtung“) verfügbar ist, ist zu prüfen, inwieweit ein vergaberechtigter öffentlicher Bauauftrag oder eine vergaberechtigende öffentliche Baukonzession vorliegt.

7.20 Beteiligung an juristischen Personen des Privatrechts; Hinwirkungspflicht

Juristische Personen des privaten Rechts gehören nur unter den in Ziffer 1 genannten Voraussetzungen (im Oberschwellenbereich) zum Kreis der öffentlichen Auftraggeber.

Im Unterschwellenbereich sind juristische Personen des Privatrechts mit kommunaler Beteiligung dagegen keine kommunalen Auftraggeber i. S. v. § 2 SächsVergabeG. Aufgrund der kommunalen Beteiligung und der damit verbundenen Inanspruchnahme öffentlicher Haushaltsmittel besteht jedoch grundsätzlich ein Bedürfnis für die Anwendung des Vergaberechts.

Nach § 2 Abs. 3 SächsVergabeG haben die Kommunen daher in Ausübung ihrer Gesellschafterrechte in juristischen Personen des Privatrechts darauf hinzuwirken, dass die Bestimmungen des Sächsischen Vergabegesetzes beachtet werden. Dies hat durch Ausübung ihres bestimmenden Einflusses im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten zu erfolgen (sog. Hinwirkungspflicht). Ist die Kommune alleinige oder im Hinblick auf den Umfang der Beteiligung zur Satzungsänderung berechtigte Anteilseignerin, so besteht stets die rechtliche Möglichkeit, die Beachtung des Vergaberechts zu bewirken und dies zu realisieren.

Das Unternehmen selbst ist aber auch dann nicht unmittelbar durch die vergaberechtlichen Bestimmungen zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet, sondern nur aufgrund entsprechender Weisungen des (kommunalen) Gesellschafters. Die Geschäftsführung eines Unternehmens, die trotz entsprechender Beschlüsse und Weisungen der Gesellschafter bei der Auftragsvergabe das Vergaberecht nicht anwendet, verstößt zwar gegen ihre gesellschaftsinterne Pflichten, nicht aber gegen vergaberechtliche Bestimmungen. Die Vergabeentscheidung unterliegt daher auch nicht der Nachprüfung gemäß § 8 SächsVergabeG.

Die Erfüllung der Hinwirkungspflicht (des kommunalen Gesellschafters) unterliegt der Aufsicht der Rechtsaufsichtsbehörde. Das Unternehmen selbst unterliegt aber nicht der Rechtsaufsicht.

Eine Hinwirkungspflicht besteht gemäß § 2 Abs. 4 SächsVergabeG nicht bei Unternehmen im Sinne des § 98 Nr. 4 und 5 GWB und bei Unternehmen, die mit Gewinnerzielungsabsicht tätig sind, im Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehen und ihre Aufwendungen ohne Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten decken.

8 Nachprüfung und Rechtsschutz

8.1 Nachprüfung gemäß § 8 SächsVergabeG

Unterschreitet der Auftragswert den EU-Schwellenwert, so kann die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften gegenüber dem kommunalen Auftraggeber beanstandet werden (§ 8 SächsVergabeG). Hilft dieser der Beanstandung nicht ab, so hat der Auftraggeber die Nachprüfungsbehörde zu unterrichten. Nachprüfungsbehörde ist die Aufsichtsbehörde, bei kreisangehörigen Gemeinden und Zweckverbänden die Landesdirektion Sachsen. Bei Zuwendungsempfängern, die nicht öffentliche Auftraggeber sind, tritt an die Stelle der Aufsichtsbehörde die Bewilligungsbehörde.

Der Zuschlag darf nur erteilt werden, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von zehn Kalendertagen nach ihrer Unterrichtung das Vergabeverfahren gegenüber dem Auftraggeber beanstandet. Ein Anspruch des Bieters auf Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde besteht nicht. Die Nachprüfungsbehörde hat bei der Entscheidung über ein Einschreiten ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Amtshandlungen der Nachprüfungsbehörde sind in diesem Verfahren kostenpflichtig, wenn die Beanstandung erfolglos ist. Der Bieter kann nur gegen die Kostenhöhe, nicht jedoch gegen die Nachprüfungsentscheidung selbst Widerspruch erheben.

Voraussetzung für das Nachprüfungsverfahren gemäß § 8 SächsVergabeG ist, dass der Auftragswert bei Bauleistungen 75.000 € und bei Lieferungen und Leistungen 50.000 € (jeweils ohne Umsatzsteuer) übersteigt. Erreicht der Auftragswert diese Beträge nicht, ist das Verhalten der Vergabestelle allerdings im Rahmen der allgemeinen rechtsaufsichtlichen Prüfung (s. unten 8.3) nachprüfbar.

Gegen Vergabeentscheidungen bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschl. v. 02.05.2007, Az. 6 B 10.07, veröffentlicht in BVerwGE 129, s. 9 ff.) nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der ordentliche Rechtsweg eröffnet.

Soweit kommunale Unternehmen nicht (auch nicht als Zuwendungsempfänger) gemäß § 2 SächsVergabeG direkt dem Vergabegesetz unterliegen, findet auf ihre Vergaben auch keine Nachprüfung gemäß § 8 SächsVergabeG statt.

8.2 Verfahren vor der Vergabekammer

Überschreitet der Auftragswert den EU-Schwellenwert, so obliegt die erstinstanzliche Nachprüfung der Vergabekammer bei der Landesdirektion Sachsen (§§ 104 ff. GWB i. V. m. der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaats Sachsen). Die weiteren Einzelheiten des Verfahrens vor der Vergabekammer sind in den §§ 107 ff. GWB geregelt. Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten erhoben (§ 128 GWB).

8.3 Allgemeine rechtsaufsichtliche Prüfung

Die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften kann unabhängig von den oben beschriebenen Nachprüfungsverfahren immer auch gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde des kommunalen Auftraggebers beanstandet werden. Denn auch außerhalb des oben beschriebenen Nachprüfungsverfahrens unterliegt die Wahrung der Gesetzmäßigkeit des kommunalen Verwaltungshandelns der Aufsicht durch die Rechtsaufsichtsbehörden nach den §§ 111 ff. SächsGemO.

Die Rechtsaufsichtsbehörde hat bei der Entscheidung über ein Einschreiten ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Sie wird ihr Handeln davon anhängig machen, ob ein öffentliches Interesse für eine vertiefte Prüfung im Einzelfall vorliegt. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn begründete Zweifel an einer ordnungsgemäßen Vergabe bestehen und noch kein Zuschlag erteilt worden ist. Geht es dagegen lediglich noch um die Prüfung und Durchsetzung von eventuellen Schadensersatzansprüchen, kann es gerechtfertigt sein, wenn der Beschwerdeführer insoweit auf den gerichtlichen Rechtsschutz verwiesen wird.

Eine eventuelle Beanstandung durch die Rechtsaufsichtsbehörde stellt einen kommunalaufsichtsrechtlichen Verwaltungsakt i. S. v. § 114 SächsGemO dar. Ein Widerspruch der Bieter gegen die Beanstandung oder Nichtbeanstandung der Rechtsaufsichtsbehörde ist mangels Drittwirkung nicht zulässig.

9 Weitere Informationen

9.1 Auftragsberatungsstelle

Die Auftragsberatungsstelle Sachsen e. V. ist eine Einrichtung der Handwerkskammern und der Industrie- und Handelskammern von Chemnitz, Dresden und Leipzig, der Architektenkammer Sachsen sowie des Freistaates Sachsen, vertreten durch das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr. Sie nimmt u. a. folgende Aufgaben wahr:

- Präqualifizierung,
- Beratung sächsischer Unternehmen und öffentlicher Auftraggeber zum Vergabewesen,
- Auflistung sächsischer Unternehmen, die an Ausschreibungen von Liefer- und Dienstleistungen der öffentlichen Hand interessiert sind,
- Zubenennung sächsischer Unternehmen zur Einbeziehung bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe,
- Organisation und Durchführung von Schulungen, Seminaren und Veranstaltungen zum öffentlichen Auftragswesen.

Kontakt: Auftragsberatungsstelle Sachsen e. V.
Mügelner Straße 40, Haus G
01237 Dresden
Tel.: 0351/2802 - 402
Fax: 0351/2802 - 404
E-Mail: post@abstsachsen.de

9.2 Vergabehandbuch

Bei einschlägigen Aufträgen wird den kommunalen Auftraggebern die Heranziehung der Vergabehandbücher des Bundes zur entsprechenden Anwendung empfohlen.

Bei der Anwendung ist auf deren Kompatibilität mit dem sächsischen Vergaberecht zu achten. Dies gilt insbesondere bei der Verwendung der Formulare der Handbücher.

9.3 Informationen im Internet

[Vergabeinformationssystem des Deutschen Städte- und Gemeindebunds](#)
[Informationsangebot des forum vergabe e. V.](#)
[Informationsangebot des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie](#)
[Informationsangebot der Europäischen Union zum Binnenmarkt](#)
[Informationen zur öffentlichen Auftragsvergabe in der Europäischen Union](#)