



Ministerium des Innern und für Kommunales des Landes Brandenburg
Postfach 601165 | 14411 Potsdam

Landrätinnen und Landräte der Landkreise
Oberbürgermeisterinnen und Oberbürgermeister
der kreisfreien Städte
als allgemeine untere Landesbehörden

Die der Aufsicht des Ministeriums des Innern
unterliegende Zweckverbände
im Land Brandenburg

Die kreisangehörigen Gemeinden, Ämter und
Zweckverbände im Land Brandenburg

über

die Landrätinnen und Landräte der Landkreise
als allgemeine untere Landesbehörden

Henning-von-Tresckow-Straße 9-13
14467 Potsdam

Bearb.: Frau Gründel, Frau Marganus
Gesch.Z.: 31-313-35
Hausruf: 0331 866-2312 / 2381
Fax: 0331 866-2302
Internet: <https://mik.brandenburg.de>
kommunalrecht@mik.brandenburg.de

Bus und Straßenbahn: Alter Markt/Landtag
Bahn und S-Bahn: Potsdam Hauptbahnhof

Potsdam, 26. August 2019

Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg
Gesch.Z.: 31-313-35

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	<u>Seite</u>
1. Allgemeines/Rechtsgrundlagen.....	2
1.1. Gegenstand des kommunalen Auftragswesens	2
1.2. Zweiteilung des Vergaberechts	3
1.3. Weitere vergaberelevante Regelungen	4
1.4. Informationen im Internet	5
2. Die Anwendung des § 30 KomHKV	5
2.1. Allgemeines.....	5
2.2. Öffentliche Aufträge	6
3. Grundsätze der transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe im Rahmen des § 30 KomHKV	8
3.1. Bedeutung der Grundsätze	8
3.2. Transparente Vergabe	8
3.2.1 Ausschreibung oder beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb	9
3.2.2. Wertungskriterien	10

Wählen gehen!

Europa- und
Kommunalwahlen **26.05.2019**
Landtagswahl **01.09.2019**



3.2.3. Vergabedokumentation	11
3.3. Diskriminierungsverbot.....	11
Zu Nachverhandlungen siehe Anhang 6.	12
4. Wertgrenzen.....	12
5. Besondere Vorgaben des Verfassungs- und Gemeinschaftsrechts für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte	13
5.1. Vorgaben des Verfassungsrechts	13
5.2. Vorgaben des EU-Rechts bei Binnenmarktrelevanz	14
6. Vergabeprüfung/Rechtsschutz	17
7. Schlussbemerkungen.....	17

Anhänge zu Einzelfragen, Nr.:

- [1 Vergabeprüfung/Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte](#)
- [2 Innerkommunale Zuständigkeiten und Verfahren](#)
- [3 Inhouse-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit](#)
- [4 Konzessionen](#)
- [5 Akteneinsicht und Auskünfte](#)
- [6 Nachverhandlungen \(Aufklärungsgespräche\) und Korruptionsprävention](#)
- [7 Präqualifikation und elektronische Vergabe](#)
- [8 Vergabehandbücher](#)
- [9 Erlass kommunaler „Vergabeordnungen“](#)
- [10 Freihändige Vergaben und Verhandlungsvergaben](#)
- [11 Fristen im Vergabeverfahren – Zuschlags- und Bindefrist](#)
- [12 Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen](#)

1. Allgemeines/Rechtsgrundlagen

1.1. Gegenstand des kommunalen Auftragswesens

Gegenstand des kommunalen Auftragswesens ist die Beschaffung von Waren und Leistungen durch die Kommunen. Das Rechtsgebiet, welches das Auftragswesen der öffentlichen Hand normiert, wird als „Vergaberecht“ bezeichnet. Vom Vergaberecht zu unterscheiden ist das kommunale Wirtschaftsrecht (§§ 91 ff. BbgKVerf), das nicht die Beschaffung (Nachfrage) von Waren und Leistungen durch die Kommunen regelt, sondern die Betätigung der Kommunen als Anbieter von Waren und Leistungen.

1.2. Zweiteilung des Vergaberechts

Das Vergaberecht ist zweigeteilt. Oberhalb bestimmter Schwellenwerte findet Bundesrecht Anwendung, das die Vorgaben aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht (insb. EG-Vertrag) und den EU-Vergaberichtlinien (siehe klassische Vergaberichtlinie - 2014/24/EU, Konzessionsrichtlinie – 2014/23/EU, Sektorenrichtlinie 2014/25/EU) in nationales Recht bundeseinheitlich umsetzt. Hier gelten die Regeln der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), welches die wesentlichen Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen umfasst und der auf Grundlage von § 113 Satz 1 GWB erlassenen Vergabeverordnungen.

Die Vergabeverordnung (VgV) konkretisiert und präzisiert die Bestimmungen des GWB für das Vergabeverfahren. Ein Verweis auf die VOL/A 2. Abschnitt und die VOF ist entfallen, diese Bereiche regelt die VgV seit dem 18.04.2016 nunmehr selbst. Für die Vergabe von Bauleistungen enthält die VgV ebenfalls eigene Regelungen, verweist daneben aber nach wie vor auf den 2. Abschnitt der VOB/A.

Für Auftraggeber, die Aufträge in den Bereichen Verkehr, Trinkwasser- und Energieversorgung vergeben gilt - neben den Bestimmungen im GWB – die Sektorenvergabeverordnung (SektVO).

Für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen finden sich nunmehr Vorschriften in der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV). Der Anwendungsbereich umfasst auch die Sektorenauftraggeber.

Die Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) gilt für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Sinne des § 104 Abs. 1 GWB und trägt den bereichsspezifischen Besonderheiten Rechnung.

Unterhalb der europäischen Schwellenwerte gilt Haushaltsrecht, für die Brandenburger Kommunen § 30 Kommunale Haushalts- und Kassenverordnung (KomHKV). Durch entsprechende Verweise in § 30 KomHKV finden in weiten Teilen die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), die die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen regelt und der erste Abschnitt der VOB/A Anwendung. Daneben gilt das Landesvergaberecht, zu nennen ist hier insbesondere das Brandenburgische Vergabegesetz (BbgVergG).

Die in den jeweiligen EU-Richtlinien benannten Schwellenwerte für die Auftragsvergaben werden durch die EU-Kommission durch delegierte EU-Verordnungen regelmäßig angepasst, in der Regel alle zwei Jahre. Eine Übernahme der Schwellenwerte in nationales Recht ist nicht erforderlich, da die nationalen Vergabever-

ordnungen auf die EU-Vorschriften verweisen. Die jeweils aktuellen Schwellenwerte finden sich auch auf den Seiten des Wirtschaftsministeriums Brandenburg unter folgendem Link:

<https://vergabe.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.621563.de>

1.3. Weitere vergaberelevante Regelungen

Neben den o. g. Regelungen gibt es zahlreiche weitere Bestimmungen, die das öffentliche Auftragswesen betreffen.

Auf EU-Ebene (oberhalb der Schwellenwerte) sind zu nennen:

- Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 der Kommission vom 11. November 2015 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge
- Verordnung (EG) Nr. 213/2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) und der Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf die Überarbeitung des Vokabulars

Auf Bundesebene:

- § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
- § 21 Arbeitnehmer-Entsendegesetz
- § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
- § 19 Mindestlohngesetz
- § 98c Aufenthaltsgesetz
- §§ 140,224 Sozialgesetzbuch IX
- § 185 Sozialgesetzbuch III
- Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen

Auf Landesebene:

- § 55 Landeshaushaltsordnung i.V.m. VV-LHO zu § 55
- Brandenburgisches Vergabegesetz
- §§ 5, 10 Abs. 3 Brandenburgisches Mittelstandsförderungsgesetz
- § 1 Brandenburgisches Subventionsgesetz i.V.m. §§ 2 bis 6 Subventionsgesetz
- Landesnachprüfungsverordnung

- § 14 Landesgleichstellungsgesetz i.V.m. Frauenförderverordnung

Schließlich bestehen Sonderregelungen für bestimmte Aufträge, beispielsweise im Öffentlichen Personennahverkehr, Art. 3 bis 5 EG-Verordnung 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße.

1.4. Informationen im Internet

Aktuelle Informationen über das Vergaberecht wie Rechtsgrundlagen, Rundschreiben und aktuelle Rechtsprechung finden sich auf folgenden Seiten:

Informationen des brandenburgischen Innenministeriums und Wirtschaftsministeriums mit jeweils weiteren Verlinkungen:

<https://mik.brandenburg.de/sixcms/detail.php?id=bb1.c.166063.de>

www.vergabe.brandenburg.de

Informationen der EU-Kommission:

https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/archives/2014/07/performance_per_policy_area/public_procurement/index_de.htm

https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_de.pdf

Informationen des Deutschen Städte- und Gemeindebundes:

<http://www.dstgb-vis.de/home/index.html>

2. Die Anwendung des § 30 KomHKV

2.1. Allgemeines

§ 30 KomHKV setzt die Vorgaben des § 107 Abs. 1 Nr. 6 BbgKVerf um. Die Verordnung dient der Gewährleistung eines transparenten, diskriminierungsfreien und effizienten Vergabeverfahrens. Ein transparentes Verfahren dient vor allem der Vermeidung und Bekämpfung von Korruption und Vetternwirtschaft; ein diskriminierungsfreies Verfahren verlangt die Gleichbehandlung aller Bieter, verbietet die Berücksichtigung sachwidriger Vergabekriterien und gewährleistet so einen fairen

Wettbewerb; ein effektives Vergabeverfahren führt zu wirtschaftlichen Vertragsabschlüssen und vermeidet unnötige Verfahrenskosten.

2.2. Öffentliche Aufträge

§ 30 KomHKV findet Anwendung auf öffentliche Aufträge der Brandenburger Kommunen unterhalb der Schwellenwerte. Die Definition des öffentlichen Auftrags in § 103 Abs. 1 GWB kann für § 30 KomHKV übernommen werden. Danach sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Für Liefer- Dienst- und Bauaufträge sowie Rahmenvereinbarungen können ebenfalls die Definitionen in § 103 Abs. 2 bis 5 GWB herangezogen werden. Der Begriff der Bauleistung wird in § 1 VOB/A definiert.

(1) Öffentliche Auftraggeber, auf die § 30 KomHKV Anwendung findet, sind die Gemeinden, Landkreise, Ämter, Verbandsgemeinden, Zweckverbände und die Regionalen Planungsgemeinschaften. Für kommunale Eigenbetriebe ist § 30 KomHKV sinngemäß anzuwenden (§ 66 KomHKV i. V. m. §§ 86 Absatz 2, 63 Absatz 2 BbgKVerf). Für die kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts und den Kommunalen Versorgungsverband sollte § 30 KomHKV – als Ausprägung des Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – ebenfalls sinngemäß angewendet werden.

(2) Auf Privatrechtsgesellschaften (z. B. GmbH, AG), die vollständig oder teilweise von einer oder mehreren Kommunen gehalten werden, ist § 30 KomHKV nicht anzuwenden.

(3) Gesellschaften, die vollständig oder mehrheitlich in kommunaler Trägerschaft stehen, sind jedoch Grundrechtsverpflichtete (vgl. Urteil des BVerfG vom 22.01.2011, Az.: 1 BvR 699/06; Beschluss des BVerfG vom 19.02.2019, Az.: 2 BvR 2456/18) und daher an die verfassungsrechtlichen Vorgaben (insb. auch an den Gleichheitssatz nach Art 3 des Grundgesetzes), gebunden. Bei Feststellung eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses (sog. Binnenmarktrelevanz) gelten für vollständig in kommunaler Trägerschaft stehende Eigengesellschaften und von der öffentlichen Hand beherrschte Gesellschaften zudem die Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts, hier insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot. Näheres zu diesen Vorgaben siehe Ziff. 5. Die kommunalen Anteilseigner sind verpflichtet, bei der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte auf diese Gesellschaften dahingehend einzuwirken, dass diese Vorgaben - die

sich zum einen aus der Grundrechtsbindung der beherrschten Gesellschaften und zum anderen bei Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz aus den EU-Grundfreiheiten ergeben – eingehalten werden.

(4) Keine Anwendung findet § 30 KomHKV bei unentgeltlichen Leistungen (wie z.B. Schenkungen, Spenden).

Sponsoringvereinbarungen können dagegen grundsätzlich dem Vergaberecht unterfallen. Unter Sponsoring versteht man die Zuwendung von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen durch Private an eine Kommune, mit der der Sponsor eine Tätigkeit der Kommune mit dem Ziel fördert, dadurch einen werblichen oder sonst öffentlichkeitswirksamen Vorteil zu erreichen.

Der Entgeltbegriff nach § 103 Abs. 1 GWB ist weit auszulegen, weshalb beim Sponsoring – anders als bei Spenden – in der Regel eine geldwerte Gegenleistung der Verwaltung vorliegen dürfte. Eine Entgeltlichkeit kann dagegen für solche Fälle verneint werden, wenn der Sponsor lediglich Geldmittel zur Verfügung stellt (dies ist keine Beschaffung einer Leistung im vergaberechtlichen Sinne) oder er für seine Sach- oder Dienstleistung nur eine - ggf. auch öffentlichkeitswirksame - Anerkennung ohne weitere geldwerte Gegenleistung erhält.

Je nach den Umständen des Einzelfalls wäre auch das Vorliegen einer Bau- oder Dienstleistungskonzession denkbar, für die im Unterschwellenbereich zwar nicht § 30 KomHKV anwendbar ist, aber die in § 3 des Brandenburgischen Vergabegesetzes aufgeführten allgemeinen Vergabegrundsätze zu beachten sind. Zu Konzessionen siehe Anhang 4.

(5) Der Unternehmensbegriff ist funktional zu verstehen. Unternehmen ist jede als Anbieter von Leistungen am Markt auftretende selbstständige Einheit. Auch öffentliche Unternehmen oder juristische Personen des öffentlichen Rechts können daher Unternehmen sein. Zu den Möglichkeiten einer vergaberechtsfreien In-house-Vergabe und einer interkommunalen Zusammenarbeit siehe Anhang 3.

(4) Ein Vergabeverfahren darf nur eingeleitet werden, wenn tatsächlich die Absicht zur Auftragsvergabe besteht. Bloße Preisermittlungen, Markterkundungen u. Ä. sind als solche kenntlich zu machen und deutlich von einem Vergabeverfahren zu trennen. Angebote, die im Wege von Preisermittlungen/Markterkundungen gemacht werden, dürfen bei der späteren Auftragsvergabe nicht von der Vergabestelle selbst in das Vergabeverfahren eingebracht werden. Werden der Verwaltung im Rahmen einer Preisermittlung/Markterkundung, die als solche kenntlich gemacht wurde, Entwürfe für ein Leistungsverzeichnis aufgedrängt, müssen diese Entwürfe unverzüglich zurückgereicht werden, um im Hinblick auf ein nachfolgen-

des Vergabeverfahrens den Anschein einer möglichen Voreingenommenheit der Vergabestelle auszuschließen.

Entfällt die Vergabeabsicht erst im Laufe des Vergabeverfahrens, kann das Vergabeverfahren nur unter den Voraussetzungen des § 48 UVgO oder die Ausschreibung nur unter den Voraussetzungen des § 17 VOB/A aufgehoben werden. Bei dem Begriff „schwerwiegende Gründe“ i. S. v. 48 Abs. 1 Nr. 4 UVgO und § 17 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A handelt es sich um einen rein objektiven Begriff. Die Frage, ob die Voraussetzungen der „schwerwiegenden Gründe“ vorliegen, muss streng von der Frage einer verschuldensabhängigen Haftung getrennt werden. Sowohl bei einer unverschuldeten als auch bei einer verschuldeten Aufhebung der Ausschreibung kann daher objektiv ein schwerwiegender Grund vorliegen. Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht regelmäßig darin, dass bei einer verschuldeten Aufhebung des Vergabeverfahrens oder der Ausschreibung der Auftraggeber mit Schadenersatzpflichten der Bieterseite rechnen muss.

3. Grundsätze der transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe im Rahmen des § 30 KomHKV

3.1. Bedeutung der Grundsätze

§ 30 Abs. 1 Satz 1 KomHKV verpflichtet die Kommunen zu einer transparenten und diskriminierungsfreien Auftragsvergabe. Diese allgemeinen Grundsätze gelten für alle Arten der Auftragsvergabe und für jede Phase des Vergabeverfahrens.

Für Verträge über Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen werden diese Vorgaben weiter konkretisiert durch die Bestimmungen in der UVgO bzw. VOB/A, auf welche in § 30 Absatz 2 und 3 KomHKV verwiesen wird.

3.2. Transparente Vergabe

Um dem Transparenzgrundsatz im Vergabeverfahren nachzukommen, wird von Vergabestellen verlangt, die Kriterien und Gründe ihrer Entscheidungen zu dokumentieren (innere Transparenz). Ein transparentes Verfahren dient vor allem der Vermeidung und Bekämpfung von Korruption und Vetternwirtschaft.

3.2.1 Ausschreibung oder beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb

Ein wesentlicher Bestandteil des Transparenzgebotes ist die grundsätzliche Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung oder – nach Wahl des Auftraggebers – die beschränkte Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen, vgl. § 30 Abs. 1 Satz 2 KomHKV.

Eine öffentliche Ausschreibung im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn einem nicht begrenzten Adressatenkreis die Vergabeabsicht in geeigneter Form bekannt gemacht wird. Bei einer beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf.

Inhalt, Umfang und Medium der Veröffentlichung der Vergabeabsicht oder der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen kann von Art und Bedeutung der Vergabe abhängig gemacht werden. So kommt beispielsweise neben der Veröffentlichung in einem Ausschreibungsblatt auch eine Veröffentlichung auf der Internetseite der Kommune, im Amtsblatt oder in einer Tageszeitung in Betracht. Daneben kann der Vergabemarktplatz des Landes Brandenburg (Online verfügbar unter: vergabemarktplatz.brandenburg.de) zur Veröffentlichung von Ausschreibungen genutzt werden.

Der Inhalt der Veröffentlichung ist in der VOB/A und der UVgO näher vorgegeben.

Ausnahmen von der grundsätzlich normierten Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung oder Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs bei beschränkter Ausschreibung kommen aufgrund der besonderen Natur des Geschäfts oder sonstiger besonderer Umstände in Betracht. Für Bauleistungen sind diese Ausnahmen in § 30 Abs. 2 KomHKV i.V.m. § 3a Abs. 2 bis 4 VOB/A konkretisiert, für gewerbliche Dienstleistungen und Lieferungen in § 30 Abs. 3 KomHKV i.V.m. § 8 Abs. 3 und 4 UVgO. Für freiberufliche Leistungen gilt ausschließlich § 50 UVgO. Daneben ist bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben bzw. Verhandlungsvergaben bis zu den in § 30 Abs. 2 und 3 benannten Wertgrenzen grundsätzlich kein Teilnahmewettbewerb erforderlich. Diese grundsätzlich zugelassenen Ausnahmen finden immer dann ihre Grenzen, wenn an dem jeweiligen Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse festgestellt werden kann (sog. Binnenmarktrelevanz, Näheres siehe Ziff. 5).

3.2.2. Wertungskriterien

Die Wertung der Angebote in einem Vergabeverfahren dient dazu, dasjenige Angebot auszuwählen, das sich zur Zeit der Vergabeentscheidung als das wirtschaftlichste darstellt. Um festzustellen, welches der Angebote das wirtschaftlichste ist, müssen die Vergabestellen bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene, durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien berücksichtigen. Diese Wertungskriterien (auch Zuschlagskriterien) müssen mit dem Vergabegegenstand in Verbindung stehen. Nähere Bestimmungen, welche Wertungskriterien insbesondere in Betracht kommen und wann davon ausgegangen werden kann, dass eine ausreichende Verbindung zum Auftragsgegenstand vorliegt, finden sich in § 43 UVgO und § 16d VOB/A.

Für eine transparente Auftragsvergabe wesentlich ist zudem die Transparenz der Wertungskriterien. So bestimmt § 21 Absatz 1 Nr. 2 UVgO, dass die Vergabeunterlagen in der Regel auch die Angabe der Zuschlagskriterien enthalten, sofern diese nicht bereits in der Bekanntmachung genannt wurden. Daneben ist gemäß § 43 Abs. 6 UVgO auch deren Gewichtung anzugeben. Für Bauleistungen ist ebenfalls die Angabe der Zuschlagskriterien in den Vergabeunterlagen oder der Bekanntmachung vorgeschrieben (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 3 Satz 5 und § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 5 VOB/A sowie § 16d Abs. 1 Nr. 5 und § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A), die Angabe der Gewichtung dagegen nur im Oberschwellenbereich). Die Bekanntgabe der konkreten Bewertungsmethode ist nach der Rechtsprechung des BGH nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteil v. 04.04.2017, AZ: X ZB 3/17; vgl. auch EuGH, Urteil v. 14.07.2016 – C-6/15 – „TNS Dimarso“). Als Kompensation verlangt der BGH allerdings eine detaillierte Dokumentation, aus der sich die jeweils angewendete Wertungsmethode und die einzelnen Wertungen für die jeweiligen Zuschlagskriterien nachvollziehbar ergeben müssten.

Bei der Wertung der Angebote sind nur die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannten Wertungskriterien sowie deren genannte Gewichtung zu berücksichtigen (vgl. § 16d Abs. 1 Nr. 5 VOB/A, vgl. ebenfalls Rechtsgedanke in § 43 Abs. 5 und 6 UVgO).

Auf eine Angabe der Zuschlagskriterien in absteigender Rangfolge ihrer Bedeutung kann vom öffentlichen Auftraggeber zurückgegriffen werden, wenn eine Gewichtung der Zuschlagskriterien aus objektiven Gründen nicht möglich ist. Dabei muss es sich um vernünftige, die objektiv mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Gründe handeln.

Nebenangebote dürfen nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 VOB/A keinen eigenen, abweichenden Wertungskriterien unterworfen werden. Für Liefer- und Dienstleistung-

gen ist dies allerdings nur im Oberschwellenbereich festgelegt (vgl. § 35 Abs. 2 Satz 2 VgV). Unterhalb der Schwellenwerte heißt es zu Nebenangeboten in § 25 Satz 4 UVgO, dass bei der Entscheidung über den Zuschlag die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten sind. Es wird empfohlen, auch im Bereich der UVgO die Zuschlagskriterien so festzulegen, dass sie sowohl auf Haupt- als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.

3.2.3. Vergabedokumentation

Das Transparenzgebot fordert zudem die Dokumentation des Vergabeverfahrens, in dem die einzelnen Verfahrensstufen und die getroffenen Entscheidungen dokumentiert und begründet werden.

In der VOB/A und der UVgO sind jeweils Wertgrenzen enthalten, bis zu denen ein Direktauftrag ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig (vgl. § 3a Abs. 4 VOB/A, § 14 UVgO) ist.

3.3. Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot gebietet eine Gleichbehandlung aller Bieter, sofern nicht nachvollziehbare Gründe für eine Ungleichbehandlung bestehen.

(1) Verboten ist eine Bevorzugung ortsansässiger Bieter (vgl. § 6 Abs. 1 VOB/A). Nicht erlaubt sind beispielsweise Kriterien wie einer vorherigen Zusammenarbeit, einer regionalen Erfahrung, Erfahrung mit dem Kataster des Bundeslandes, Erfahrung mit Fördermittelanträgen im jeweiligen Bundesland oder dergleichen (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 31.01.2007, Az.: 1/SVK/124-06).

Das Kriterium „Verfügbarkeit und örtliche Präsenz“ ist nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ein Eignungsmerkmal und darf bei der Wertung nicht herangezogen werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 03.08.2011, Az.: Verg 16/11). Eine geforderte Einsatzbereitschaft innerhalb von 30 Minuten nach Eingang einer Störmeldung ist bei der Vergabe der technischen Betriebsführung der öffentlichen Wasserversorgungsanlagen und der Schmutzwasserentsorgung nach der Rechtsprechung des OLG München hingegen ein sachlich gerechtfertigtes und wettbewerbsrechtlich zulässiges Eignungskriterium, das keine Diskriminierung ortsfremder Bieter darstellt (vgl. OLG München, Beschluss vom 11.04.2013, Az.: Verg 3/13).

Kleinere und mittlere Unternehmen können durch eine Aufteilung in Fach- und Teillose bessere Chancen bekommen (vgl. die grundsätzliche Vorgabe zur losweisen Vergabe in § 5 Abs. 2 VOB/A).

(2) Es ist dafür Sorge zu tragen, dass alle Bieter dieselben Informationen erhalten. Hinweise, die einem Bieter gegeben werden, sind auch den anderen Bietern zu geben, sofern dies für die Angebotsabgabe von Relevanz ist.

(3) Es ist darauf zu achten, dass die Auftragsbeschreibung soweit wie möglich produkt- und bieterneutral erfolgt. Ist dies aufgrund der zu vergebenden Leistung nicht möglich, empfiehlt es sich, Nebenangebote zuzulassen.

(4) Bei der Wertung verfügt der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich über einen Beurteilungsspielraum. Dieser ist überschritten, wenn der Auftraggeber das vorgeschriebene Verfahren nicht einhält, er von einem unzutreffenden bzw. nicht hinreichend ermittelten oder überprüften Sachverhalt oder von unzutreffenden bzw. unvollständigen Tatsachen ausgeht, sachwidrige Erwägungen für eine Entscheidung verantwortlich sind oder ein Beurteilungsspielraum nicht zutreffend angewandt wurde oder der Auftraggeber sich nicht an den von ihm aufgestellten Beurteilungsmaßstab hält. (VK Nordbayern, Beschluss vom 18.03.2008 - 21.VK-3194-08/08 und Beschluss vom 11.09.2014 – Z3-3-3194-1-34-07/14).

Zu Nachverhandlungen siehe Anhang 6.

4. Wertgrenzen

(1) Zur Verringerung des bürokratischen Aufwands für die Gemeinden und Unternehmen wurden Wertgrenzen eingeführt, nach denen eine beschränkte Ausschreibung bzw. eine freihändige Vergabe zulässig ist.

(2) Die Wertgrenzen verstehen sich ohne Umsatzsteuer.

(3) Sie beziehen sich nicht auf den Gesamtauftragswert, sondern auf den Wert jedes einzelnen Loses. Durch Aufteilung in Fach- bzw. Teillose kommt also auch bei größeren Gesamtauftragswerten eine beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe bzw. Verhandlungsvergabe in Betracht. Zu beachten ist allerdings, dass die Wertgrenzen nur gelten, soweit § 30 KomHKV Anwendung findet, d.h. es muss sich aufgrund des Gesamtauftragswertes überhaupt um Vergaben unterhalb der Schwellenwerte handeln. Bei Losen sind zusätzlich die Schwellenwerte des § 3 Abs. 9 VgV zu beachten sind. Zudem verbietet § 30 Abs. 4

KomHKV öffentliche Aufträge in Lose allein zu dem Zweck aufzuteilen, eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung zu umgehen.

(4) Bei Bauleistungen wird differenziert zwischen der Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe (100 000 Euro) und der Zulässigkeit einer beschränkten Ausschreibung (1 000 000 Euro). Bei Vergaben nach der UVgO gibt es nur eine Wertgrenze für beschränkte Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben (100 000 Euro). Da die beschränkte Ausschreibung, die freihändige Vergabe und die Verhandlungsvergabe bis zu den genannten Wertgrenzen nur "zulässig", aber nicht verpflichtend ist, kann die Gemeinde statt einer freihändigen Vergabe oder Verhandlungsvergabe auch beschränkt oder öffentlich ausschreiben und statt einer beschränkten Ausschreibung auch öffentlich ausschreiben.

(5) Soweit die Verdingungsordnungen weitere Ausnahmen von der öffentlichen Ausschreibung zulassen, bleiben diese unberührt, wie die Formulierung "auch" verdeutlicht.

(6) Sollte an dem konkret zu vergebenden Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse festgestellt werden (Binnenmarktrelevanz), ist mindestens ein geeigneter öffentlicher Teilnahmewettbewerb erforderlich (siehe auch Ziff. 5).

5. Besondere Vorgaben des Verfassungs- und Gemeinschaftsrechts für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Neben § 30 KomHKV gelten für kommunale Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte auch Vorgaben des Verfassungs- und des europäischen Gemeinschaftsrechts.

5.1. Vorgaben des Verfassungsrechts

(1) Verfassungsrechtlicher Maßstab sind die Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 1 GG und Art 12 Abs. 1 BbgKVerf. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2006 (1 BvR 1160/03, RN 64 f.) klargestellt, dass der Gleichheitssatz des Artikel 3 Abs. 1 GG staatliche Stellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch unterhalb der Schwellenwerte bindet.

(2) Es ist davon auszugehen, dass bei Einhaltung der Vorgaben des § 30 KomHKV keine Konflikte in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben entstehen.

(3) Maßgeblich sind diese Normen aber bei der Auftragsvergabe von Kommunalunternehmen, soweit diese Grundrechtsverpflichtete sind. Dies ist sowohl bei 100%igen Eigengesellschaften als auch bei kommunal beherrschten Unternehmen der Fall (vgl. Urteil des BVerfG vom 22.01.2011, Az.: 1 BvR 699/06; Beschluss des BVerfG vom 19.02.2019, Az.: 2 BvR 2456/18). Das heißt, dass diese Unternehmen bei ihrer Auftragsvergabe zwar nicht § 30 KomHKV aber den Gleichheitssatz nach Artikel 3 GG zu beachten haben. Inhalt und Reichweite der sich hieraus ergebenden Verpflichtungen im Rahmen einer Auftragsvergabe sind allerdings nicht abschließend geklärt. Das Bundesverfassungsgericht hat in der o. g. Entscheidung vom 13.06.2006 dazu ausgeführt, dass jeder Mitbewerber eine faire Chance erhalten müsse, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. In einer weiteren Entscheidung vom 27.02.2008 (Az.: 1 BvR 437/08) hat das Bundesverfassungsgericht aber einschränkend entschieden, dass Artikel 3 Absatz 1 GG bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erst dann verletzt ist, wenn die Rechtsanwendung oder das Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruhen; es muss also eine „krasse Fehlentscheidung“ vorliegen.

5.2. Vorgaben des EU-Rechts bei Binnenmarktrelevanz

(1) Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen (vgl. z. B. Urteil v. 6.10.2016 – C-318/15) klargestellt, dass Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich den allgemeinen Grundsätzen des AEU-Vertrags, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung, sowie dem Transparenzgebot genügen müssen, sofern an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse (sog. Binnenmarktrelevanz) besteht. Für ein Vorliegen dieses eindeutig grenzüberschreitenden Interesses sprechen nach Auffassung des EuGH beispielsweise das Auftragsvolumen in Verbindung mit dem Leistungsort, technische Merkmale und auch Besonderheiten der jeweiligen Leistung, durch die sich ausländische Wirtschaftsteilnehmer angezogen fühlen können.

„Ein Bauauftrag könnte z. B. ein solch grenzüberschreitendes Interesse aufgrund seines geschätzten Werts in Verbindung mit seinen technischen Merkmalen oder dem für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort, der für ausländische Wirtschaftsteilnehmer interessant sein könnte, wecken.“ Der EuGH hat deutlich gemacht, dass der Auftragswert nicht das alleinige Kriterium zur Beurteilung der Binnenmarktrelevanz ist, sondern dass vor allem auch die örtliche Lage eine Rolle spielt.

Grundsätzlich, so der EuGH, sei es Sache des öffentlichen Auftraggebers, vor der Festlegung der Bedingungen der Vergabebekanntmachung ein etwaiges grenzüberschreitendes Interesse an einem Auftrag zu prüfen, dessen geschätzter Wert unter dem in den Gemeinschaftsvorschriften vorgesehenen Schwellenwert liegt, wobei diese Prüfung der gerichtlichen Kontrolle unterliege. Es sei jedoch zulässig, in einer nationalen oder örtlichen Regelung objektive Kriterien aufzustellen, die für ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse sprechen. Als ein solches Kriterium komme insb. ein Auftragswert von gewisser Bedeutung in Verbindung mit dem Ort der Ausführung der Arbeiten in Betracht. Auch sei es möglich, ein solches Interesse auszuschließen, wenn der fragliche Auftrag z. B. eine sehr geringe wirtschaftliche Bedeutung hat. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Grenzen manchmal durch Ballungsräume verlaufen, die sich über das Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten erstrecken, so dass unter solchen Umständen selbst an Aufträgen mit einem niedrigen Auftragswert ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen könne.

Ein grenzüberschreitendes Interesse sei auch anzunehmen, wenn in einem anderen Mitgliedsstaat ansässige Unternehmen ernsthafte Beschwerden eingelegt hätten.

Allerdings reiche es für die Annahme eines grenzüberschreitenden Interesses nicht aus, dass sich ein grenzüberschreitendes Interesse „nicht ausschließen lasse“, vielmehr müsse es durch konkrete Angaben belegt werden. Es müsse auch hinterfragt werden, ob potentielle Bieter aus anderen Mitgliedstaaten bereit seien, Belastungen und zusätzliche Kosten in Kauf zu nehmen, die zum Beispiel aus den Rechts- und Verwaltungsrahmen des Mitgliedstaats des Leistungsorts und der sprachlichen Anforderungen resultieren.

(2) Die EU-Kommission hatte in einer „Mitteilung Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ vom 24.07.2006 dargelegt, welche Folgerungen sich nach ihrer Rechtsauffassung aus dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot ergeben (abrufbar unter folgendem Link: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:DE:PDF>). Die gegen diese Mitteilung gerichtete Klage Deutschlands hatte der EuGH mit Urteil vom 20.05.2010 als unzulässig abgewiesen und klargestellt, dass diese Kommissionsmitteilung die tragenden Grundsätze des EG-Vertrages und sich hieraus ergebende Verpflichtungen näher erläutere.

(3) Da die in § 30 KomHKV benannten Wertgrenzen nicht den Schluss zulassen, dass Aufträge bis zum Erreichen dieser Wertgrenzen keine Binnenmarktrelevanz

haben können, ist eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Folgende Kriterien sollten bei der Prüfung zum Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz herangezogen werden, wobei diese nicht als abschließend betrachtet werden können:

- Auftragsgegenstand (Ist die Leistung international ausgelegt oder folgt sie nationalen Gepflogenheiten? Sind z. B. die deutsche Sprache oder Kenntnisse im deutschen Recht unabdingbar?)
- Höhe des geschätzten Auftragswerts (es gibt keine fixen Grenzen, aber je höher der geschätzte Auftragswert, desto eher weckt Auftrag das Interesse von Unternehmen in anderen EU-Mitgliedsstaaten; Zeit- und Kostenaufwand können sich mit steigenden Auftragswerten amortisieren)
- geografische Lage des Ausführungsgebiets (Je näher der Standort der Leistungserbringung an einem anderen Mitgliedstaat gelegen ist, desto mehr spricht für ein grenzüberschreitendes Interesse)

Sollte im Ergebnis der Prüfung festgestellt werden, dass an dem konkret zu vergebenden Auftrag kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, so ist dies in der Vergabedokumentation zu begründen.

Sollte festgestellt werden, dass eine Binnenmarktrelevanz vorliegt, dann bedeutet dies nicht, dass ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen ist. Folgende Besonderheiten gilt es aber wegen der Geltung des EU-Primärrechts zu beachten:

- aus dem Transparenzgebot folgt, dass Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit erhalten müssen, Kenntnis von der beabsichtigten Auftragsvergabe in Form einer geeigneten Bekanntmachung nehmen zu können, damit sie am Wettbewerb teilnehmen können.
- die Auftragsvergabe muss gleichberechtigt, nichtdiskriminierend und auch weiterhin transparent sein. Zu achten ist daher u. a. auf Produktneutralität, auf gleiche und angemessene Fristen sowie durchgängig transparente Bedingungen für alle Teilnehmer.

(4) Hält sich die Kommune an die Vorgaben des § 30 KomHKV, ist in der Regel davon auszugehen, dass auch die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts eingehalten sind.

(5) Kommunal beherrschte Unternehmen und kommunale Eigengesellschaften haben die Anforderungen aus den EU-Grundfreiheiten, die sich bei Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz ergeben, ebenfalls zu beachten.

6. Vergabeprüfung/Rechtsschutz

(1) Im Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB besteht die Möglichkeit des Rechtsschutzes nach §§ 155 ff. GWB. Hier sind zuständige Nachprüfungsbehörde in Brandenburg die Vergabekammern des Landes Brandenburg beim Ministerium für Wirtschaft, Heinrich-Mann-Allee 107, 14473 Potsdam.

(2) Für Verfahren, in denen die §§ 97 ff. GWB nicht anzuwenden sind (z.B. unterhalb der Schwellenwerte) siehe Ausführungen in Anhang 1.

(3) Zu den Überprüfungsmöglichkeiten der Kommunalaufsicht siehe Runderlass des Ministeriums des Innern zur „Kommunalaufsicht im kommunalen Auftragswesen“ Nr. 2/2019 vom 26.08.2019.

7. Schlussbemerkungen

(1) Dieses Rundschreiben enthält für die Kommunen unverbindliche Hinweise, in denen einige wesentliche Grundlagen dargelegt werden. Da das Vergaberecht ein dynamisches Rechtsgebiet ist, bei dem die Rechtsgrundlagen einem ständigen Wandel unterworfen sind und das durch vielfältige Rechtsprechung geprägt ist, wird empfohlen, dass sich die Vergabestellen regelmäßig über aktuelle Entwicklungen informieren. Bei Detailfragen können sich die Vergabestellen zur Beratung an die zuständige Kommunalaufsicht wenden (siehe Runderlass des Ministeriums des Innern zur „Kommunalaufsicht im kommunalen Auftragswesen“ Nr. 2/2019 vom 26.08.2019).

(2) Vorschläge zur Ergänzung oder Berichtigung dieses Rundschreibens nimmt das Innenministerium entgegen.

(3) Die nachfolgenden Anhänge sind Bestandteil dieses Rundschreibens. Diese sind nicht abschließend und werden bei Bedarf aktualisiert und durch weitere ergänzt.

(4) Bitte stellen Sie sicher, dass dieses Rundschreiben an alle Stellen und Personen Ihres Zuständigkeitsbereichs weitergeleitet wird, für die es Bedeutung haben kann und bestimmt ist.

(5) Das Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg, Gesch.Z.: III/1-313-35 vom 17.03.2011 hebe ich hiermit auf.

Im Auftrag

Stolper
gez. i. V. Dr. Grünewald

MIK.Brandenburg.de