

Hinweise

zur

Vergabe öffentlicher Aufträge

im kommunalen Bereich

im Freistaat Sachsen

Ein Leitfaden
des Sächsischen Staatsministeriums des Innern

Stand: 15.05.2008

[online verfügbar und nutzbar über den Internetauftritt des SMI](#)

Gliederung:

Einleitung	3
1 Anwendungsbereich/Kommunale Auftraggeber	4
2 Rechtliche Grundlagen der kommunalen Auftragsvergabe	5
2.1 Regulationssystematik	5
2.2 Schwellenwerte	5
3 Begriffe	6
3.1 Begriff des öffentlichen Auftrags	6
3.2 Begriff des Auftragswerts	6
3.3 Sektorenbereich	6
4 Vergabearten	7
4.1 Übersicht über die Vergabearten	7
4.2 Freihändige Vergabe.....	7
4.3 Wettbewerblicher Dialog	7
5 Allgemeine Erläuterungen zum Vergabeverfahren	8
5.1 Vorbereitung und Zusammenstellung der Vergabeunterlagen	8
5.2 Bekanntmachung im Sächsischen Ausschreibungsdienst	8
5.3 Bekanntmachung europaweiter Ausschreibungen	8
5.4 Leistungsbeschreibung	9
5.5. Zulassung von Nebenangeboten	9
5.6 Öffnung der Angebote	9
5.7 Kennzeichnungspflicht und Verwahrung.....	9
5.8 Verhandlungen mit Bietern.....	10
5.9 Vergabe nach Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.....	10
5.10 Wertung der Angebote	10
5.11 Aufhebung der Ausschreibung.....	10
5.12 Sicherheitsleistung	11
5.13 Vergabevermerk.....	11
6 Spezielle Anforderungen an das kommunale Vergabeverfahren	12
6.1 Vergabe in öffentlicher Sitzung	12
6.2 Aufbewahrung	12
6.3 Ausschluss von der Mitwirkung am kommunalen Vergabeverfahren	12
6.4 Gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch mehrere Kommunen.....	12
6.5 Mittelstandsförderung durch Losbildung	13
6.6. Keine Bevorzugung lokaler Unternehmen	13
6.7 Mittelstandsförderung durch Vermeidung von Generalunternehmern und Generalübernehmern ..	13
6.8 Mittelstandsförderung durch Einschränkung des Nachunternehmereinsatzes	13
6.9 Mittelstandsförderung durch Zulassung gemeinschaftlicher Bewerber	14
6.10 Präqualifikation	14
7 Einzelfragen	15
7.1 Geltung der Rechtsprechung aus dem Ober- im Unterschwellenbereich	15
7.2 Internvergabe; sog. In-house-Geschäft	15
7.3 Unzulässige Direktvergabe, sog. de-facto-Vergabe	15
7.4 Kommunale Zusammenarbeit	16
7.5 Schulbuchvergabe.....	16
7.6 Mischkalkulationen	16
7.7 Angabe von Leitfabrikaten.....	17
7.8 VwV KommInvest	17
7.9 PPP - Öffentlich-private Partnerschaften/Public Private Partnership	17
7.10 Konzessionen.....	18
7.11 Rahmenvereinbarungen.....	18
7.12 Ausschluss von Bietern bei schweren Verfehlungen	18
7.13 Ausschluss von Angeboten wegen fehlender Angaben und Erklärungen.....	19
7.14 Beförderungsleistungen für Kranken-, Behinderten- und Schülerfahrten	19
7.15 Arbeitsförderung	20
7.16 Tariftreueerklärung	20
7.17 Lehrlingsausbildung	20
7.18 Prüfung der Zahlung von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen.....	20
7.19 Bauträgerverträge	20

7.20	Beteiligung an juristischen Personen des Privatrechts; Hinwirkungspflicht.....	20
8	Nachprüfung und Rechtsschutz	22
8.1	Allgemeine rechtsaufsichtliche Prüfung	22
8.2	Besonderes Nachprüfungsverfahren bei nationaler Auftragsvergabe	22
8.3	Besonderes Nachprüfungsverfahren bei europaweiter Auftragsvergabe.....	22
9	Weitere Informationen	23
9.1	Auftragsberatungsstelle.....	23
9.2	Vergabehandbuch	23
9.3	Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe (GRW)	23
9.4	Informationen im Internet	23

Einleitung

Zum 1. Juni 2006 haben die Hinweise zur Vergabe öffentlicher Aufträge im kommunalen Bereich die frühere Bekanntmachung im Sächsischen Amtsblatt vom 23. September 2000 abgelöst. Die Reaktionen auf die inhaltliche und formelle Ausgestaltung der Neufassung waren durchweg positiv. In der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung der kommunalen Vergabestellen sind zumindest aus Sicht des Sächsischen Staatsministeriums des Innern seit der Neufassung erhebliche Fortschritte zu erkennen.

Seit der Neufassung im vergangenen Jahr haben sich wiederum zahlreiche Veränderungen bei Vorschriften und Rechtsprechung zum Vergaberecht ergeben. Diesen Veränderungen soll die Ihnen nun vorliegende Aktualisierung Rechnung tragen. Darin sind v. a. die Hinweise zur Internvergabe, zum wettbewerblichen Dialog, zur freihändigen Vergabe, zum Vergabevermerk, zu Rahmenvereinbarungen und zur Aufhebung von Ausschreibungen ergänzt bzw. überarbeitet worden. Strukturell wurde der Leitfaden nur an einzelnen Stellen geändert.

Leider wurde bislang die zweite Stufe der Reform des Bundesvergaberechts nicht verwirklicht. Der Zweck des Leitfadens besteht daher 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 Grundsatzes, wonach öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen haben.

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 Regierungspräsidien Chemnitz, Dresden und Leipzig auf der Grundlage ihrer Nachprüfungs- und Aufsichtspraxis sowie die kommunalen Landesverbände im Rahmen der Anhörung dankenswerterweise wiederum zahlreiche Vorschläge zur Aktualisierung und Verbesserung unterbreitet.

1. September 2007

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

1 Anwendungsbereich/Kommunale Auftraggeber

Die Hinweise für die Vergabe öffentlicher Aufträge richten sich an kommunale Auftraggeber im Freistaat Sachsen, die gemäß § 97 Abs. 1 GWB bzw. § 1 Abs. 1 SächsVergabeDVO zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind.

Kommunale Auftraggeber sind:

- bei *nationaler* Auftragsvergabe Gemeinden, Landkreise, Verwaltungsverbände, Zweckverbände und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Sondervermögen, auf die das Gemeindefinanzrecht Anwendung findet (§ 1 Abs. 2 SächsVergabeG).
- bei *europaweiter* Auftragsvergabe 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, Volksschulen
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

2 Rechtliche Grundlagen der kommunalen Auftragsvergabe

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

2.1 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 und der VgV.

Auftragsvergabe im sog. Unterschwellenbereich:

Erreicht der Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert nicht, so bestimmt sich die Vergabe nach den Vorschriften des SächsVergabeG und der SächsVergabeDVO.

2.2 Schwellenwerte

Die Schwellenwerte ergeben sich aus § 2 VgV und betragen derzeit für

Auftragsinhalt	Auftragswert (ohne Umsatzsteuer)
Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrsbereich	412.000 €
alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge	206.000 €
Lose von Dienstleistungsaufträgen außerhalb des Bereichs der Trinkwasser- oder Energieversorgung und des Verkehrsbereichs	80.000 €; Lose mit einem Wert von weniger als 80.000 € sind zu mindestens 80 % des geschätzten Gesamtauftragswerts europaweit zu vergeben
Auslobungsverfahren, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen:	Schwellenwert des Dienstleistungsauftrags
die übrigen Auslobungsverfahren	206.000 €
Baufträge	5.150.000 €
Lose von Bauaufträgen	1.000.000 €; Lose mit einem Wert von weniger als 1.000.000 € sind zu mindestens 80 % des geschätzten Gesamtauftragswerts europaweit zu vergeben

3 Begriffe

3.1 Begriff des öffentlichen Auftrags

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen kommunalen Auftraggebern und von diesem materiell zu unterscheidenden Auftragnehmern, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen (vgl. § 99 Abs. 1 GWB).

Beispiele zur Abgrenzung:

kein öffentlicher Auftrag

- Gründung eines Regiebetriebs
- Gründung eines Eigenbetriebs
- Gründung einer Eigengesellschaft
- isolierte Gründung einer Beteiligungsgesellschaft

öffentlicher Auftrag

- Beauftragung einer Beteiligungsgesellschaft
- Aufnahme privater Gesellschafter in eine Eigengesellschaft, die mit dem Eintritt in zuvor intern vergebene öffentlich Aufträge verbunden ist

3.2 Begriff des Auftragswerts

Der Auftragswert ist zu schätzen. Bei der Schätzung des Auftragswerts ist gemäß § 3 VgV von der geschätzten Gesamtvergütung (ohne Umsatzsteuer) für die vorgesehene Leistung auszugehen. Dabei ist der Gesamtauftragswert, nicht der Wert des einzelnen Loses entscheidend. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag der Absendung der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens.

3.3 Sektorenbereich

Die Vergabe öffentlicher Aufträge auf dem Gebiet der Versorgung mit

- Trinkwasser,
- Energie,
- Verkehr und Telekommunikation
- Verkehrsleistungen

ist in wesentlichen Bereichen gesondert geregelt.

Oberhalb des Schwellenwerts sehen die §§ 7-9 VgV die entsprechende Anwendung der für den Sektorenbereich getroffenen Spezialregelungen in den Verdingungsordnungen vor.

Unterhalb des Schwellenwerts bestehen im Sektorenbereich im Freistaat Sachsen keine generellen landesrechtlichen Regelungen.

4 Vergabearten

4.1 Übersicht über die Vergabearten

Die Vergabe öffentlicher Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge erfolgt

oberhalb der EU-Schwellenwerte gemäß § 3a VOB/A, VOL/A, § 5 VOF im Wege:	unterhalb der EU-Schwellenwerte gemäß § 3 VOB/A, VOL/A im Wege:
<ul style="list-style-type: none">- offener Verfahren- nicht offener Verfahren- Verhandlungsverfahren- wettbewerblicher Dialoge	<ul style="list-style-type: none">- öffentlicher Ausschreibung- beschränkter Ausschreibung- freihändige Vergabe

4.2 Freihändige Vergabe

Die freihändige Vergabe öffentlicher Aufträge ist nur ausnahmsweise zulässig. Infolge der Zulassung der freihändigen Vergabe von Aufträgen bis zu einem Gesamtauftragswert von 13.000 € (VOL/A) bzw. 25.000 € (VOB/A) durch § 1 Abs. 2 SächsVergabeDVO sind die Ausnahmen häufig und für die Beschaffung der kommunalen Auftraggeber von hoher Bedeutung.

Nach § 3 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A bzw. VOL/A werden Leistungen bei freihändiger Vergabe zwar ohne förmliches Verfahren vergeben. Allerdings darf nicht übersehen oder ignoriert werden, dass auch bei freihändiger Vergabe

- gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 3 VOB/A bzw. § 7 Nr. 2 Abs. 4 VOL/A unter den Bewerbern möglichst gewechselt werden soll,
- gemäß § 7 Nr. 2 Abs. 3 und Nr. 3 VOL/A möglichst Angebote im Wettbewerb eingeholt werden sollen,
- gemäß § 7 Nr. 3 VOL/A regelmäßig auch kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsangabe aufgefordert werden sollen,
- das Diskriminierungsverbot, der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot zu beachten sind,
- gemäß § 30 VOB/A bzw. VOL/A ein Vergabevermerk zu fertigen ist, der die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält!

Der Vergabevermerk genügt nur dann den Anforderungen des Transparenzgebots, wenn er auf die genannten Punkte eingeht und deren Beachtung dokumentiert.

4.3 Wettbewerblicher Dialog

Bei der Vergabe besonders komplexer Aufträge, deren Auftragswerte die EU-Schwellenwerte überschreiten, sieht § 101 GWB nunmehr 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

Der Dialog ist gemäß § 6a VgV zulässig, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist,

- die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder
- die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.

Der Dialog beginnt mit der Bekanntmachung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers sowie einer Aufforderung zur Teilnahme (Bekanntmachungsphase). Anschließend wird mit ausgewählten Unternehmen, die der Teilnahmeaufforderung nachgekommen sind, über alle Einzelheiten des Auftrags verhandelt (Dialogphase). Nach Beendigung des Dialogs sind die teilnehmenden Unternehmen aufzufordern, auf der Grundlage der in der Dialogphase gewonnenen Erkenntnisse ihr endgültiges Angebot zu unterbreiten (Angebotsphase). Schließlich ist das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen (Wertungsphase).

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

5 Allgemeine Erläuterungen zum Vergabeverfahren

Für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens haben der Bundes- und Landesgesetzgeber im Wesentlichen Bezug auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) genommen. Darüber hinaus haben sowohl der Bund als auch der Freistaat Sachsen konkretisierende Vorschriften getroffen.

Die Verpflichtung zur Anwendung der VOL/A und VOB/A ergibt sich für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte im Freistaat Sachsen aus den §§ 1, 7 SächsVergabeG, 1. Abs. 1 SächsVergabeDVO.

Die VOF enthält nur Regelungen für das Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Entsprechende Aufträge werden im Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben. Im Unterschwellenbereich findet die VOF keine Anwendung. Aufträge über freiberufliche Leistungen können im Unterschwellenbereich daher freihändig vergeben werden.

5.1 Vorbereitung und Zusammenstellung der Vergabeunterlagen

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 und der Auftragsberatungsstelle an. Auf die Beratungsaufgabe der Rechtsaufsichtsbehörden wird hingewiesen.

Gemäß § 16 VOB/A, § 16 VOL/A soll die Kommune erst dann ausschreiben, wenn die Verdingungsunterlagen fertiggestellt sind und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Hieraus folgt, dass auch die Finanzierung des Vorhabens gesichert sein muss. Auch eine Ausschreibung nach der VOF setzt eine gesicherte Finanzierung voraus.

Die Verdingungsunterlagen setzen sich aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen zusammen. Sie bilden mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Vergabeunterlagen.

5.2 Bekanntmachung im Sächsischen Ausschreibungsdienst

Kommunale Vergabestellen sind verpflichtet, ihre öffentlichen Ausschreibungen und öffentlichen Teilnahmewettbewerbe zur Vergabe von Aufträgen im Rahmen des Sächsischen Ausschreibungsdienstes zu veröffentlichen.

Mit Produktion und Vertrieb des Sächsischen Ausschreibungsdienstes ist das Sächsische Druck- und Verlagshaus beauftragt. Es wird eine Druck- und eine Onlineversion des Ausschreibungsdienstes unterhalten.

Kommunale Vergabestellen haben nunmehr zudem die Möglichkeit, die Vergabeunterlagen in gedruckter und elektronischer Form durch das Sächsische Druck- und Verlagshaus versenden zu lassen.

Es wird empfohlen, Vergabeverfahren elektronisch über den Ausschreibungsdienst abzuwickeln. Für kommunale Vergabestellen stehen die zur Erfassung und Übersendung der Bekanntmachungen notwendigen elektronischen Formulare kostenfrei zur Verfügung. Auch die Veröffentlichung im Ausschreibungsblatt und in der Onlineversion ist bei Verwendung des elektronischen Formulars für kommunale Auftraggeber kostenfrei.

Die weiteren Einzelheiten ergeben sich aus der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift der Sächsischen Staatskanzlei, des Sächsischen Staatsministeriums des Innern, des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen und des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit zum Sächsischen Ausschreibungsdienst (VwV Ausschreibungsdienst) vom 27.10.2005, geändert durch VwV vom 26. Januar 2007 (SächsABl. 2005, S. 1083).

Weitere Informationen zum Sächsischen Ausschreibungsdienst, zu Unterlagen und Kosten finden sich unter www.vergabe-abc.de.

5.3 Bekanntmachung europaweiter Ausschreibungen

Im Oberschwellenbereich sind Ausschreibungen vor einer Veröffentlichung im Sächsischen Ausschreibungsblatt vorrangig im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zu veröffentlichen. Es sind die verordneten Standardformulare zu verwenden.

Die weiteren Einzelheiten ergeben sich aus den Bekanntmachungsbestimmungen der VOB/A, der VOL/A sowie der VOF.

5.4 Leistungsbeschreibung

Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes und effektives Vergabeverfahren ist eine eindeutige Leistungsbeschreibung. Diese legt den späteren Vertragsinhalt fest und ist Grundlage für die Bemessung der Vergütung, die Vergleichbarkeit, Prüfung und Wertung der Angebote. Alle Bewerber müssen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können.

Die Leistungsbeschreibung hat den Vorgaben des § 9 VOB/A i. V. m. der VOB/C und des § 8 VOL/A zu entsprechen. Bei der Aufnahme weiterer auftragsbezogener Kriterien sind die Diskriminierungsbestimmungen des § 2 VOB/A und des § 2 VOL/A zu beachten. § 2 SächsVergabeDVO nennt als weitere geeignete auftragsbezogene Kriterien Ortskenntnisse, 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. Nicht zulässig ist daher die Angabe sog. Alleinstellungsmerkmale (z. B. Markennamen) i. S. d. § 9 Nr. 5 VOB/A; § 8 Nr. 3 VOL/A (vgl. Ziffer 7.7).

Die Zuschlagskriterien sind in der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu bezeichnen. Werden die Kriterien sowohl in der Bekanntmachung als auch den Vergabeunterlagen angegeben, so müssen sich die Angaben decken.

Im Oberschwellenbereich ist nunmehr auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien mitzuteilen. Die Aufzählung der Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung ist nur noch hilfsweise zulässig.

Im Unterschwellenbereich empfiehlt sich eine entsprechende Vorgehensweise.

5.5 Zulassung von Nebenangeboten

Die Zulassung von Nebenangeboten ermöglicht der Vergabestelle, zur Befriedigung des Beschaffungsbedarfs auch auf solche Marktlösungen zugreifen zu können, die ihrer Kenntnis bisher entzogen sind. In den Verdingungsunterlagen ist 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.

Im Oberschwellenbereich sind Vergabestellen nunmehr zusätzlich verpflichtet, im Falle der Zulassung von Nebenangeboten Mindestanforderungen zu benennen (§ 10a Buchst. f VOB/A, § 9a Nr. 2 VOL/A). Diese müssen ausdrücklich als solche kenntlich gemacht werden. Folgerichtig darf die Vergabestelle nur solche Nebenangebote in die Wertung einbeziehen, die die Mindestanforderungen erfüllen (§ 25a Nr. 3 VOB/A, § 25a Nr. 3 VOL/A).

Im Unterschwellenbereich empfiehlt sich eine entsprechende Vorgehensweise.

5.6 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 (§ 22 VOB/A). Die Öffnung sollte daher nicht in öffentlicher oder nichtöffentlicher Sitzung des Gemeinderats, sondern durch ein nach den Vorgaben des § 22 VOB/A besetztes Eröffnungsgremium vorgenommen werden.

Bei der Vergabe von Leistungen nach der VOL/A ist die Teilnahme der Bieter und ihrer Bevollmächtigten dem entgegen nicht zugelassen (§ 22 VOL/A).

5.7 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 § 22 Nr. 1 VOB/A bzw. § 22 Nr. 1 VOL/A, § 4 Abs. 8 VOF 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 die Angebote in allen wesentlichen Teilen unmittelbar bei der Öffnung gemäß § 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A bzw. § 22 Nr. 3 Buchst. b VOL/A zu kennzeichnen.

Die Kennzeichnung erfolgt üblicherweise durch Datierung und Lochung. Elektronische Angebote sind entweder auszudrucken und auf herkömmlichem Wege zu kennzeichnen oder durch entsprechende Kennzeichnungssoftware zu markieren, vgl. § 22 Nr. 1 VOB/A, § 22 Nr. 1 VOL/A, § 4 Abs. 8 VOF.

Die Vergabestellen haben die geöffneten Angebote und ihre Anlagen sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln. Kennzeichnung und Verwahrung bzw. Speicherung obliegen ausschließlich einer am Vergabeverfahren nicht beteiligten Person. Die Verletzung der Kennzeichnungspflicht stellt einen gravierenden Vergaberechtsverstoß dar, der bei entsprechender Beanstandung im Regelfall die Aufhebung der Ausschreibung nach sich zieht.

5.8 Verhandlungen mit Bietern

Bei Ausschreibungen (öffentliche und beschränkte Ausschreibung bzw. offenes und nichtoffenes Verfahren) darf nach Öffnung der Angebote gemäß § 24 Nr. 1 VOB/A bzw. § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A mit Bietern nur zum Zwecke der Unterrichtung und Aufklärung verhandelt werden.

Bei freihändiger Vergabe bzw. im Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialog bestehen umfassende Verhandlungsmöglichkeiten. Allerdings sind auch hierbei das Diskriminierungsverbot und der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Zur notwendigen Dokumentation im Vergabevermerk vgl. Ziffer 4.2 und 5.13.

5.9 Vergabe nach Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit

Nach § 2 Nr. 1 VOB/A bzw. § 2 Nr. 3 VOL/A haben kommunale Auftraggeber Leistungen nach den Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber (Eignung) zu angemessenen Preisen zu vergeben. Bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb ist die Eignung vor der Aufforderung der Bewerber zur Angebotsabgabe zu prüfen. Für Bauleistungen ist dies in § 8 Nr. 4 VOB/A ausdrücklich niedergelegt.

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

Zuverlässig ist ein Bieter, 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, 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.

5.10 Wertung der Angebote

Im Rahmen der Wertung der Angebote ist gemäß § 25 VOB/A bzw. § 25 VOL/A eine vierstufige Prüfung vorzunehmen:

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

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.

Die weiteren Einzelheiten ergeben sich aus der Anlage zu § 3 Abs. 1 SächsVergabeDVO.

5.11 Aufhebung der Ausschreibung

Zwischen dem Ausschreibenden und dem Bieter wird spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen ein auf eine mögliche Auftragserteilung gerichtetes vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet, dessen Verletzung Ansprüche auf Ersatz des Schadens auslöst, 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 § 26 VOB/A bzw. § 26 VOL/A genannten Gründe gerechtfertigt ist und die Vergabestelle diesen Grund nicht zu vertreten hat.

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 (BGH, Beschl. v. 18.02.2003, Az. XZB 43/02).

Im Unterschwellenbereich sind die Rechtsaufsichtsbehörden bzw. Nachprüfungsbehörden damit ebenfalls befugt, die Aufhebung einer Ausschreibung zu korrigieren, da die zugrunde zulegenden Vorschriften und der Schutzbedarf der Bieter identisch sind.

5.12 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.

Gemäß § 8 SächsVergabeDVO sollen im Bereich

- der VOL/A unter einem geschätzten Auftragswert von 50.000,00 € (ohne Umsatzsteuer),
- der VOB/A unter einem geschätzten Auftragswert von 150.000,00 € (ohne Umsatzsteuer),

keine Sicherheitsleistungen für die vertragsgemäße Erfüllung verlangt werden.

Weitere Einzelheiten ergeben sich aus den §§ 14 VOB/A, 14 VOL/A.

Als Sicherungsmittel kommen vor allem Teilzahlungsabreden und Bürgschaften in Betracht. Bei Bauverträgen sind Erfüllungs- und/oder Gewährleistungsbürgschaften in Form von Mängelanspruchsbürgschaften üblich.

5.13 Vergabevermerk

Über die Vergabe ist ein Vermerk nach Maßgabe der §§ 30 VOB/A bzw. 30, 30a VOL/A, 18 VOF zu fertigen. Im Vergabevermerk sind die wichtigsten Entscheidungen der Vergabestelle zu dokumentieren. Für die Überprüfung des Vergabeverfahrens stellt der Vergabevermerk daher den wichtigsten Anknüpfungspunkt dar. Nur ein aussagekräftiger Vergabevermerk genügt dem Transparenzgebot. Durch die im Vergabevermerk 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 Vorschriften der Gemeindeordnung über die Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen haben Vorrang gegenüber den Geheimhaltungsvorschriften der Verdingungsordnungen. Die Angebote und ihre Anlagen sind daher nur 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. Maßstab ist insoweit, ob die Sitzung Informationen zum Gegenstand hat, die den am Vergabeverfahren Beteiligten zu verwehren sind. Dies ist der Fall, wenn vertrauliche betriebsinterne Fragen, Kalkulationsgrundlagen oder Bedenken gegen die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit von Bietern erörtert werden, nicht dagegen bei der Bekanntgabe der Angebotssummen der einzelnen Bieter und bei der Beschlussfassung über die Vergabe, gegebenenfalls nach vorangegangener Beratung in nichtöffentlicher Sitzung über die Einzelheiten der Angebote. Auf die einschränkenden Regelungen des § 27 VOL/A sowie des § 17 VOF wird hingewiesen. Soweit in der öffentlichen Sitzung Fragen der genannten Art zur Sprache kommen, 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 vorberatenden 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 5.6).

6.2 Aufbewahrung

Nicht berücksichtigte Angebote sind als begründende Unterlagen nach den §§ 34 Abs. 1, 35 Abs. 1 der Kommalkassenverordnung (KomKVO) 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

- Angebote, deren gewertete Endsumme das Zuschlagsangebot unterschreitet,
- die nächsten drei über dem Zuschlagsangebot liegenden Angebote und
- Nebenangebote der engeren Wahl.

Die übrigen Angebote können regelmäßig nach Ablauf des auf die Zuschlagserteilung beziehungsweise den Vertragsabschluss folgenden Jahres ausgesondert und vernichtet werden, es sei denn, die Erbringung der vergebenen Leistung hält noch an (Zeitverträge, umfangreiche Leistungen).

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 § 16 VgV. Es wird empfohlen, diese Vorschrift im Unterschwellenbereich entsprechend anzuwenden.

6.4 Gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch mehrere Kommunen

Kommunen können sich zum Zwecke der Kosteneinsparung zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammenschließen, um so günstigere Konditionen bei den privaten Auftragnehmern zu erhalten.

6.5 Mittelstandsförderung durch Losbildung

Durch die Streuung von Aufträgen insbesondere im Wege der Losbildung soll Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft ermöglicht werden, sich um öffentliche Aufträge bewerben zu können. Die Vergabestelle sind verpflichtet, alle geeigneten Aufträge in Lose zu vergeben. Zur Rechtfertigung einer Gesamtvergabe hat die Vergabestelle die hierfür sprechenden wirtschaftlichen oder technischen Gründe im Vergabebericht darzustellen.

Die Aufteilung eines Auftrags in Lose beeinflusst nicht die Vergabeart. Insbesondere kann die Losbildung nicht zur Ermöglichung der freihändigen Vergabe genutzt werden, da für die zu wählende Vergabeart der Gesamtauftragswert maßgeblich ist. Dementsprechend beziehen sich auch die in § 1 Abs. 2 SächsVergabeDVO gezogenen Grenzen der freihändigen Vergabe auf den Gesamtauftragswert (vgl. Ziffer 4.2).

6.6. Keine Bevorzugung lokaler Unternehmen

Eine Bevorzugung lokaler Unternehmen im Rahmen des Vergabeverfahrens ist nicht zulässig. Insbesondere darf von den Bieter nicht verlangt werden, dass sie bereits bei Angebotsabgabe am Leistungsort ihren Sitz oder eine Niederlassung haben. Allein die Kenntnis des regionalen Markts und die räumliche Nähe lokaler Unternehmen zum Leistungsort bieten in einer Vielzahl von Vergabeverfahren bereits marktinterne Vorteile im Wettbewerb um den zu vergebenden Auftrag gegenüber auswärtigen Bietern.

6.7 Mittelstandsförderung durch Vermeidung von Generalunternehmern und Generalübernehmern

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.

Im Oberschwellenbereich dürfen Generalunternehmer und Generalübernehmer nicht von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Die ordnungsgemäße Auftragsausführung ist hier durch entsprechende Klärung und Prüfung des Nachunternehmereinsatzes sicherzustellen.

Im Unterschwellenbereich ist die zusammengefasste Vergabe mehrerer Fachlose an Generalübernehmer nicht, an Generalunternehmer nur im Ausnahmefall zulässig, wenn eine Zusammenfassung aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls in wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht begründbar ist. Die Verweisung auf allgemeine Vorteile einer zusammengefassten Vergabe genügt als Begründung nicht.

Der Einsatz von Generalunternehmern und Generalübernehmern wird dadurch eingeschränkt, dass

- Leistungen nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung solcher Leistungen befassen (§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A; § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A),
- mit der Erbringung von Leistungen nur Unternehmen beauftragt werden dürfen, die aufgrund ihrer Ausstattung in der Lage sind, die Leistung selbst auszuführen (§ 8 Nr. 3 VOB/A; § 7 Nr. 4 VOL/A)
- die Bauleistung grundsätzlich im eigenen Betrieb auszuführen ist (§ 3 SächsVergabeG, § 4 Nr. 8 VOB/B),
- die Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer grundsätzlich nur bis zu einer Höhe von 50 % des Auftragswerts zulässig ist (§ 3 SächsVergabeG, vgl. Ziffer 6.8).

6.8 Mittelstandsförderung durch Einschränkung des Nachunternehmereinsatzes

Der Bieter hat die angebotenen Leistungen grundsätzlich im eigenen Betrieb auszuführen. Die Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer ist im Unterschwellenbereich

- nur bis zur Hälfte des Auftragswerts und
- nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

Die Bieter haben bei der Angebotsabgabe ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen und der hierfür vorgesehenen Nachunternehmer vorzulegen. Insbesondere bei der Verwendung von (v. a. älteren) Bekanntmachungsformularen ist darauf zu achten, dass die Bieter sowohl zur Benennung der Nachunternehmer als auch der von diesen zu erbringenden Leistungen verpflichtet werden. Bereits in die Verdingungsunterlagen sind die Verpflichtungen des § 3 Abs. 1, Abs. 2 SächsVergabeG aufzunehmen.

Die weiteren Einzelheiten ergeben sich aus § 3 SächsVergabeG, § 4 Nr. 8 VOB/B.

Auch im Oberschwellenbereich sind die Einsatzmöglichkeiten für Nachunternehmer wegen § 4 Nr. 8 VOB/B beschränkt.

6.9 Mittelstandsförderung durch Zulassung gemeinschaftlicher Bewerber

Gemeinschaftliche Angebote sind grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen wie Angebote von einzelnen Bietern zuzulassen (§ 2 Abs. 3 SächsVergabeG).

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. Auf die Möglichkeit der Bildung solcher Gemeinschaften sollte die Kommune kleine und mittlere Betriebe bereits in der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe hinweisen.

Unter einer Bietergemeinschaft ist eine Mehrzahl von Fachunternehmen zu verstehen, die gemeinschaftlich ein Angebot einreichen. Das Angebot ist von allen an der Bietergemeinschaft beteiligten Einzelunternehmern zu unterzeichnen. Wird ein Mitglied der Bietergemeinschaft zum Vertreter bestimmt, so ist mit dem Angebot eine entsprechende Vollmacht vorzulegen. Für die Beteiligung am Vergabeverfahren dürfen Bietergemeinschaften nicht zur Annahme einer bestimmten Rechtsform verpflichtet werden. Bereits im Rahmen der Vergabebekanntmachung bietet sich allerdings 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 begehrten Auftrags bezeichnet. Üblicherweise wandelt sich eine Bietergemeinschaft im Falle einer Auftragserteilung in eine Arbeitsgemeinschaft.

Der Zusammenschluss ist grundsätzlich nur vor Angebotsabgabe zulässig. Ein nachträglicher Zusammenschluss eines Bieters mit einem oder mehreren Unternehmen ist ausnahmsweise zulässig, wenn er auch ohne den Zusammenschluss den Auftrag erhalten hätte und der Zusammenschluss mit einem Unternehmen erfolgt, das ebenfalls am Vergabeverfahren teilgenommen hat.

Im nichtoffenen Verfahren bzw. bei beschränkter Ausschreibung ist nach Einreichung eines Angebots oder Teilnahmeantrags auf Aufforderung der Vergabestelle die Bildung oder Änderung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft nicht zulässig.

6.10 Präqualifikation

Unter Präqualifikationsverfahren ist eine der Vergabe von Bauleistungen vorgelagerte Prüfung der auftragsunabhängigen Eignungsnachweise auf der Basis der in § 8 VOB/A definierten Anforderungen zu verstehen. An öffentlichen Aufträgen interessierte Unternehmen können ihre Eignung bei einer Präqualifikationsstelle nachweisen.

Seit 23. Januar 2006 haben Unternehmen des Bauhaupt- und Baunebengewerbes die Möglichkeit, die Erfüllung der auftragsunabhängigen Eignungskriterien durch den Verweis auf ihre Eintragung in die Liste präqualifizierter Unternehmen nachzuweisen.

Im Freistaat Sachsen besteht mit dem Unternehmer-Lieferanten-Verzeichnis der Auftragsberatungsstelle Sachsen eine zusätzliche Präqualifizierungsmöglichkeit. Den darin verzeichneten Unternehmen wird eine Bescheinigung ausgehändigt, deren Vorlage bei der kommunalen Vergabestelle zum Nachweis der Erfüllung der auftragsunabhängigen Eignungskriterien genügt.

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

7 Einzelfragen

7.1 Geltung der Rechtsprechung aus dem Ober- 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 auch im Unterschwellenbereich Anwendung finden (Wettbewerbsgrundsätze des EG-Vertrags, Vorschriften des 1. Abschnitts der Verdingungsordnungen), sind die Entscheidungen und rechtlichen Vorgaben entsprechend zu beachten.

7.2 Internvergabe; sog. In-house-Geschäft

Ein öffentlicher Auftrag liegt bei der Beauftragung eines sich formalrechtlich vom Auftraggeber unterscheidenden Unternehmens (z. B. bei der Beauftragung eines von einer GmbH in vollständiger kommunaler Trägerschaft betriebenen Unternehmens, vgl. Ziffer 3.1) 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 aktuellen 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 Träger des privatrechtlich organisierten Unternehmens besteht. Die unmittelbare Beteiligung mehrerer Kommunen an dem Träger des Unternehmens steht der Kontrolle nicht entgegen. Bei der nur mittelbaren Beteiligung einer Kommune an dem Träger des privatrechtlich organisierten Unternehmens ist eine Internvergabe nur noch möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag einen ausschlaggebenden 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. wie oben).

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.

7.3 Unzulässige Direktvergabe, sog. de-facto-Vergabe

Die Direktvergabe eines Auftrags unter bewusster oder unbewusster Missachtung der Vergabevorschriften stellt einen eklatanten Vergaberechtsverstoß dar.

Hat der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts gehandelt und hierbei kollusiv mit dem Auftraggeber zusammengewirkt, ist der mit dem Zuschlag zustande gekommene Vertrag gemäß § 138 BGB nichtig.

Konkurrierende Bieter sind im Oberschwellenbereich zur Anrufung der Vergabekammer berechtigt, ohne dass es einer Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB bedarf.

Im Unterschwellenbereich hat die Rechtsaufsichtsbehörde bei Kenntniserlangung entsprechende Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen.

Zwar kann ein trotz der unzulässigen Direktvergabe wirksamer Zuschlag nicht aufgehoben werden, § 114 Abs. 2 GWB. Allerdings kann die Rechtsverletzung zu Schadensersatzforderungen übergangener Bieter führen. Zudem geht nunmehr auch der Europäische Gerichtshof im Oberschwellenbereich von einem über den Vertragsschluss

hinaus wirkenden Rechtsverstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aus, der insbesondere bei längerfristigen und besonderes werthaltigen Aufträgen zur Ergreifung von Maßnahmen gegen die Mitgliedsstaaten bis hin zur Verhängung eines Pauschbetrags oder Zwangsgeldes gemäß Art. 228 EGV führen kann.

7.4 Kommunale Zusammenarbeit

Kooperationsvereinbarungen zwischen Kommunen können nach Auffassung des EuGH und der EU-Kommission öffentliche Aufträge oder Konzessionen enthalten, die dem Binnenmarkt nicht von vornherein entzogen werden dürfen, wenn es sich hierbei um eine marktfähige bzw. marktübliche Leistung handelt.

Die genaue Abgrenzung, wann die Übertragung einer Aufgabe im Rahmen kommunaler Zusammenarbeit eine nicht dem Vergaberecht unterfallende verwaltungsinterne Organisationsentscheidung oder eine im Wege der Auftragsvergabe am Markt zu beschaffende und damit zu privatisierende Leistung darstellt, ist rechtlich noch nicht abschließend geklärt. Ungeachtet der auch von Seiten der Sächsischen Staatsregierung unterstützten Bestrebungen zur Freistellung möglichst vieler Formen der interkommunalen Zusammenarbeit gilt nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung Folgendes:

Zweckvereinbarung:

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf eine andere Kommune im Wege einer Zweckvereinbarung stellt einen dem Vergaberecht unterfallenden Beschaffungsvorgang dar, wenn Auftragsgegenstand eine im weitesten Sinne entgeltliche Dienstleistung ist, für die ein Wettbewerb privater Leistungserbringer etabliert ist und der Auftragnehmer auch außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs tätig wird. Beim Abschluss einer Zweckvereinbarung kommt es für die Ausschreibungspflicht nicht darauf an, ob die Aufgabenzuständigkeit (*Delegierung*) oder nur die Aufgabenerfüllung (*Mandatierung*) übertragen wird.

Zweckverband:

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen Zweckverband stellt einen dem Vergaberecht unterfallenden Beschaffungsvorgang dar, wenn Auftragsgegenstand eine entgeltliche *Mandatierung* zur Erbringung einer Dienstleistung ist, für die ein Wettbewerb privater Dienstleistungsunternehmen etabliert ist.

Nur die *Delegierung* einer Aufgabe stellt eine nicht dem Vergaberecht unterfallende Organisationsentscheidung ohne Beschaffungscharakter dar. Eine Delegierung liegt jedoch nur im Falle einer vollständigen materiellen Aufgabenübertragung vor, bei der sich die Kommune aus ihrer Pflichtenstellung gänzlich zurückzieht. Nicht ausreichend ist eine bloße funktionelle Aufgabenübertragung, bei der sich die Kommune unter Beibehaltung ihrer Zuständigkeit zur Erbringung der konkreten Leistung eines Zweckverbands oder eines sonstigen Dritten bedient. Selbst wenn die Kommune den Zweckverband oder einen sonstigen Dritten zum Handeln im eigenen Namen ermächtigt und dieser gegenüber den Nutzern eigene Rechtsbeziehungen schafft, kann nicht ohne weiteres von einer Delegierung der Aufgabe gesprochen werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Ermächtigung die Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession erfüllt, deren Erteilung unter Beachtung der Wettbewerbsregeln des EGV vorzunehmen ist.

7.5 Schulbuchvergabe

Bei der Beschaffung von Schulbüchern durch kommunale Schulträger besteht trotz bestehender Buchpreisbindung ab einem Gesamtauftragswert von 211.000,00 € die Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung. Unterhalb dieser Wertgrenze ist eine freihändige Vergabe möglich.

Weitere Informationen, insbesondere zu Wertungskriterien bei der Vergabe von Aufträgen über die Lieferung preisgebundener Schulbücher können einem [Merkblatt für kommunale Schulträger des Börsenvereins des deutschen Buchhandels](#) entnommen werden.

7.6 Mischkalkulationen

Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A bzw. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A und ist deshalb von der Wertung auszuschließen. Die der Mischkalkulation zugrunde liegende Motivation des Bieters ist ohne Belang.

Der Ausschluss setzt jedoch die positive Feststellung der Vergabestelle voraus, dass der betroffene Bieter in seinem Angebot Preisverlagerungen mit dem Ergebnis, dass die in den jeweiligen Positionen angegebenen Preise von tatsächlich geforderten Preisen abweichen, vorgenommen hat. Allein der Verdacht, der Bieter habe ein Unterkostenangebot abgegeben, rechtfertigt den Ausschluss nicht. Unterkostenangebote sind für sich gesehen nicht unzulässig. Bestehen Zweifel an der Vollständigkeit der in dem angegebenen Einheitspreis enthaltenen Leistungsanteile, hat die Vergabestelle von dem Bieter eine Aufklärung über die Kostenanteile zu verlangen, bevor ein Ausschluss von der weiteren Prüfung und Wertung vorgenommen wird.

7.7 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 durch die Art der zu vergebenden Leistung.

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 Vorgaben

- des Merkblatts zu Leistungsbeschreibungen bei IT-Ausschreibungen und
- der Unterlage zur Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (UfAB IV) des Bundesministeriums des Innern empfohlen.

7.8 VwV KommInvest

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 6 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 (VwV KommInvest) vom 04.07.2005 (SächsABl. 2005, S. 725) zu beachten.

7.9 PPP - Öffentlich-private Partnerschaften/Public Private Partnership

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 von vornherein entzogen. Die Einbindung eines privaten Projektpartners erfolgt im Regelfall 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.

Bei der Realisierung kommunaler Projekte im Wege öffentlich-privater Partnerschaften kommt dem Vergabeverfahren nicht nur für die Suche nach einem Projektpartner, sondern auch für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit erhebliche Bedeutung zu. PPP zur Realisierung kommunaler Investorenvorhaben enthalten in der Regel kreditähnliche Rechtsgeschäfte i. S. v. § 82 Abs. 5 Satz 1 SächsGemO. Die Genehmigungsfähigkeit derartiger Rechtsgeschäfte ist nach den Vorschriften der VwV KommInvest zu beurteilen (vgl. Ziffer 7.8).

7.10 Konzessionen

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

Baukonzessionen

Baukonzessionen fallen nach den §§ 32, 32a VOB/A unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Die Vorschriften über herkömmliche Bauaufträge gelten (im Oberschwellenbereich mit Einschränkungen) sinngemäß.

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 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.

Diese Vorgaben können nur im Wege eines transparenten Wettbewerbsverfahrens durch Ausschreibung erfüllt werden, sofern nicht die Voraussetzungen eines In-house-Geschäfts (vgl. Ziffer 7.2) gegeben sind. Auch im Unterschwellenbereich sind diese Vorgaben zu beachten.

7.11 Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen sind gemäß § 3 Abs. 8 VgV Vereinbarungen des Auftraggebers mit einem oder mehreren Unternehmern, in der 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 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 dürfen nicht dazu missbraucht werden, den Wettbewerb einzuschränken. Der Vertragspartner für eine solche Rahmenvereinbarung ist daher im Wettbewerb zu ermitteln.

Im Oberschwellenbereich ist der Abschluss von Rahmenvereinbarungen bislang nur für die Vergabe von Dienstleistungen und Lieferleistungen nach der VOL/A (vgl. § 3a Nr. 4 VOL/A) sowie im Sektorenbereich zugelassen und umfassend geregelt.

In einer Erläuterung der Europäischen Kommission sind der Anwendungsbereich und Abschluss von Rahmenvereinbarungen umfassend dargestellt.

Im Unterschwellenbereich wird empfohlen, sich beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen ebenfalls an die Vorgaben des § 3a Nr. 4 VOL/A, insbesondere die Regellaufzeit von maximal vier Jahren zu halten.

Das Auf- und Abgebotsverfahren des § 6 Nr. 2 VOB/A ist aufgrund seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkung nur im Ausnahmefall anzuwenden und darf einen geringfügigen Leistungsumfang nicht überschreiten. Als Indiz für die Geringfügigkeit kann die Obergrenze von 10.000 € brutto im Vergabehandbuch des Bundes herangezogen werden.

7.12 Ausschluss von Bietern bei schweren Verfehlungen

Bieter oder Bewerber, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Vertragspartner in Frage stellt, dürfen von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden. Zur Prüfung der Zuverlässigkeit dürfen Auftraggeber von den Bietern oder Bewerbern entsprechende Bescheinigung oder Erklärungen verlangen (§ 8 Nr. 5 VOB/A, § 7 Nr. 5 VOL/A).

Als Zuverlässigkeitsnachweis dient insoweit insbesondere die Vorlage eines Gewerbezentralregisterauszugs. Im Unterschwellenbereich soll ein Auszug aus dem Gewerbezentralregister, der nicht älter als drei Monate sein darf, verlangt werden (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 Sächs VergabeDVO).

Als Verfehlungen, die zum Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit berechtigten, gelten insbesondere Delikte im Sinne der Bußgeld- und Strafvorschriften des § 21 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung und des § 6 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. Diese sind auch im Gewerbezentralregister einzutragen.

Weitere Einzelheiten können den Informationen des Bundesamts für Justiz zum Bundeszentralregister und Gewerbezentralregister entnommen werden.

Ein Korruptionsregister, welches landes- oder bundesweit derartige Unternehmen erfasst, ist bislang nicht gesetzlich verankert worden.

7.13 Ausschluss von Angeboten wegen fehlender Angaben und Erklärungen

Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten, können gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A ausgeschlossen werden. Eine solche Regelung gibt es in der VOB/A nicht.

Allerdings gilt bei sämtlichen Vergabeverfahren, dass die Vergabestelle die Vorlage von Eignungsnachweisen mit dem Angebot zum Ausschlusskriterium machen kann. Mit dieser - wohl zu überlegenden - Forderung, macht die Vergabestelle deutlich, dass es ihr auf die Vorlage bis zum Angebotstermin gerade ankommt.

Insoweit bietet sich an, wie folgt zu verfahren:

- Angebote, die die gewünschten Angaben oder Erklärungen nicht enthalten, deren Vorlage mit dem Angebot gewünscht ist, werden zwingend von der Wertung ausgeschlossen.
- Angebote, die die gewünschten Angaben oder Erklärungen nicht enthalten, deren Vorlage ohne Angabe eines bestimmten Zeitpunkts gewünscht ist, werden nach dem Ermessen der Vergabestelle von der Wertung ausgeschlossen.

Welche Eignungsnachweise von der Vergabestelle im Einzelnen gefordert werden, hängt von der Art und dem Umfang des Auftrags sowie der Marktkennntnis der Vergabestelle ab.

Für den Unterschwellenbereich sind in §.5 SächsVergabeDVO Nachweise aufgeführt, die zum Beleg der Eignung des Bieters oder Bewerbers verlangt werden sollen. Daraus folgt weder eine Verpflichtung der Vergabestellen, in allen Vergabeverfahren pauschal sämtliche dort genannten Nachweise zu verlangen, noch die Notwendigkeit, die geforderten Nachweise zwingend mit der Vorlage des Angebots einzufordern. Den Vergabestellen ist vielmehr ein Ermessen eingeräumt, welche Eignungsnachweise für den zu vergebenden Auftrag aus ihrer Sicht tatsächlich von Bedeutung sind und wann sie die Vorlage wünscht.

Eine sachgerechte Ausübung dieses Ermessens verringert die Gefahr eines formal gebotenen Ausschlusses von günstigen Angeboten wegen unvollständiger, fehlender oder fehlerhafter Erklärungen, auf die es der Vergabestelle letztlich vielleicht gar nicht ankam.

7.14 Beförderungsleistungen für Kranken-, Behinderten- und Schülerfahrten

Für die Ausschreibung von Beförderungsleistungen im Bereich der Kranken- und Behindertenfahrten sieht Ziffer 6 der Gemeinsamen Hinweise des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit, des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen und des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales über die personenbeförderungsrechtliche Behandlung von Kranken- und Behindertenfahrten vom 17.01.2005 (nicht öffentlich bekannt gemacht) vor, dass

- Zivildienstleistende für Krankenfahrten und Behindertenfahrten im steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht eingesetzt werden dürfen,
- in den Ausschreibungsunterlagen Personenbeförderungsaufträge im Rahmen eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs deutlich als solche gekennzeichnet werden und
- in den Ausschreibungsunterlagen eine Erklärung verlangt werden soll, wonach der Unternehmer keine Zivildienstleistenden einsetzt.

Der Einsatz von Zivildienstleistenden stellt in den Bereichen, in denen die Beschäftigungsstelle im direkten Wettbewerb mit nicht als Beschäftigungsstelle anerkannten Unternehmen steht, einen Wettbewerbsvorteil dar, da die geringeren Personalkosten für Zivildienstleistende eine günstigere Kalkulation ermöglichen. Nur bei Verpflichtung des Bieters zur Vorlage einer entsprechenden Erklärung in den Ausschreibungsunterlagen besteht die Möglichkeit zum Ausschluss von Angeboten, die auf einer entsprechenden Kalkulation beruhen.

Bei der Ausschreibung von Beförderungsleistungen im freigestellten Schülerverkehr wird eine entsprechende Vorgehensweise empfohlen.

7.15 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.

7.16 Tariftreueerklärung

Die tarifgerechte Bezahlung der Arbeitnehmer durch den Bieter ist ein vergabefremdes Kriterium. Über die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit hinausgehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Mangels gesetzlicher Grundlage sind die Vergabestellen im Freistaat Sachsen nicht verpflichtet, Tariftreueerklärungen zu verlangen, die Tariftreue zu prüfen und als Wertungs- bzw. Ausschlusskriterium zu berücksichtigen.

7.17 Lehrlingsausbildung

Die Lehrlingsausbildung stellt ein vergabefremdes Kriterium dar. Inwieweit der Bieter als Ausbildungsbetrieb tätig ist, ist vergaberechtlich grundsätzlich ohne Belang.

Den Vergabestellen ist allerdings freigestellt, entsprechende Erklärungen zu verlangen und die Lehrlingsausbildung damit zum Vergabekriterium zu machen.

7.18 Prüfung der Zahlung von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen

Von der Teilnahme am Wettbewerb dürfen gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2, § 8 Nr. 5 VOB/A bzw. § 25 Nr. 1 Abs. 2, § 7 Nr. 5 VOL/A solche Bieter ausgeschlossen werden, die ihre Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß erfüllt haben.

Nach der Gemeinsamen Bekanntmachung des SMWA sowie des SMF über die Anforderung von Bewerbererklärungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Unbedenklichkeitserklärung) vom 24.06.2003, SächsABl. 2003, S. 659, haben staatliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ab 10.000 € von den Bewerbern eine Erklärung zu verlangen, dass sie ihren gesetzlichen Pflichten zur Zahlung der Steuern und Abgaben sowie der Sozialbeiträge nachgekommen sind. Die Bewerber sind bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder den Bewerbungsbedingungen darauf hinzuweisen, dass die Erklärung bei der Angebotsabgabe abzugeben ist und Bewerber, die ihren gesetzlichen Pflichten zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Sozialbeiträge nicht nachgekommen sind, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

Von der daneben bestehenden Möglichkeit der Vergabestellen, die Erfüllung der Steuerpflichten durch Einholung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes zu prüfen, ist nach der Bekanntmachung abzusehen. Bei der Beurteilung, ob die Grenze von 10.000 € überstiegen ist, ist auf den einzelnen Auftrag abzustellen. Bei Bietergemeinschaften ist die Erklärung von jeder beteiligten Firma zu verlangen.

7.19 Bauträgerverträge

Der Erwerb von Grundstückseigentum durch die Kommune fällt im Grundsatz nicht unter das Vergaberecht (§ 100 Abs. 2 lit. h 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 zur Anwendung (vgl. § 4 SächsVergabeG) Sobald die zu erbringende Bauleistung neben dem Grundstückserwerb wirtschaftlich bedeutsam ist, handelt es sich vergaberechtlich um einen nach den allgemeinen Bestimmungen zu vergebenden Bauauftrag. Nur bei völlig untergeordneter Bedeutung der Bauleistung lässt sich ein solcher Vertrag noch als bloßer Erwerb einstufen. Bei dem Umbau bestehender oder der Errichtung neuer Gebäude auf dem zu erwerbenden Grundstück kann von einer solchen untergeordneten Bedeutung nicht gesprochen werden.

Damit kann die Kommune einen entsprechenden Bauträgervertrag nur abschließen, wenn

- geeignete Objekte in einem Vergabeverfahren ermittelt werden oder
- der Gesamtauftragswert der Bauleistungen die Grenze von 25.000,00 € für eine freihändige Vergabe nicht überschreitet.

Andernfalls kann die Kommune das Objekt nur erwerben, wenn der als Bauträger auftretende Verkäufer zu einer isolierten Veräußerung bereit ist, bei der im Anschluss an den Erwerb des Objekts die Bauleistungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens vergeben werden.

7.20 Beteiligung an juristischen Personen des Privatrechts; Hinwirkungspflicht

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

Im Unterschwellenbereich sind juristische Personen des Privatrechts mit kommunaler Beteiligung dagegen keine kommunalen Auftraggeber i. S. v. § 1 Abs. 2 SächsVergabeG. Aufgrund der kommunalen Beteiligung und der damit verbundenen Inanspruchnahme öffentlicher Haushaltsmittel besteht jedoch grundsätzlich ein Bedürfnis für die Anwendung des Vergaberechts. Die Kommune darf sich durch die Gründung von oder Beteiligung an juristischen Personen des Privatrechts nicht ihrer Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge entziehen.

Nach § 1 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 nach § 5 Abs. 1 SächsVergabeG 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 berechnigte Anteilseignerin, so besteht stets die rechtliche Möglichkeit zur Beachtung des Vergaberechts. Die Hinwirkungspflicht erstarkt in diesen Fällen zur Anwendungspflicht. Die Erfüllung der Hinwirkungspflicht unterliegt der Aufsicht der Rechtsaufsichtsbehörde.

Die Hinwirkungspflicht besteht nach § 5 Abs. 1 SächsVergabeG nur dann nicht, wenn eine freihändige Vergabe gestattet ist oder sich das von der juristischen Person des Privatrechts betriebene Unternehmen auch angesichts der kommunalen Beteiligung nicht von Unternehmen unterscheidet, die von Gesellschaften mit ausschließlich privater Beteiligung getragen werden. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn das Unternehmen

- mit Gewinnerzielungsabsicht tätig ist, - im Wettbewerb mit anderen Unternehmen steht und - seine Aufwendungen ohne Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten deckt und	unternehmensbezogene Kriterien
- für das Vorhaben öffentliche Mittel von weniger als 50.000,00 € in Anspruch genommen werden.	vorhabenbezogenes Kriterium

Hat die Hinwirkungspflicht zur Folge, dass der Auftrag des Unternehmens im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu vergeben ist, sind die Vorgaben des Sächsischen Vergabegesetzes und der Sächsischen Vergabedurchführungsverordnung zu beachten.

Führt allein die projektbezogene Zuwendung aus öffentlichen Haushalten zum Entstehen der Hinwirkungspflicht bzw. aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung im Bewilligungsbescheid zur Anwendung des Vergaberechts, so ist bei der Erstellung der Vergabeunterlagen zu beachten, dass Nachprüfungsbehörde i. S. v. § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO nicht die Aufsichtsbehörde, sondern die Bewilligungsbehörde ist.

8 Nachprüfung und Rechtsschutz

Die Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt in Sachsen der Nachprüfung durch folgende Stellen:

8.1 Allgemeine rechtsaufsichtliche Prüfung

Die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften kann gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde des kommunalen Auftraggebers kostenfrei beanstandet werden. Unabhängig vom Auftragswert unterliegt die Wahrung der Gesetzmäßigkeit des kommunalen Verwaltungshandelns der Aufsicht durch die Rechtsaufsichtsbehörden nach den §§ 111 ff. SächsGemO. Ein subjektives Recht auf Einschreiten besteht für den Bieter jedoch nicht.

Die Rechtsaufsichtsbehörde ist zur Prüfung der Beschwerde verpflichtet und hat bei der Entscheidung über ein Einschreiten ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben.

Bei der Vergabe von Bauaufträgen ist gemäß § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. v, Nr. 2 Abs. 2 lit. r VOB/A die Rechtsaufsichtsbehörde in der Vergabebekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen anzugeben. Dies empfiehlt sich auch bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

8.2 Besonderes Nachprüfungsverfahren bei nationaler Auftragsvergabe

Unterschreitet der Auftragswert den EU-Schwellenwert, so kann die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften gegenüber dem kommunalen Auftraggeber beanstandet werden (§ 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO). Hilft dieser der Beanstandung nicht ab, so ist die Rechtsaufsichtsbehörde zu unterrichten. Der Zuschlag darf in diesem Falle nur erteilt werden, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde nicht innerhalb von zehn Kalendertagen nach Unterrichtung das Vergabeverfahren gegenüber dem Auftraggeber beanstandet. Ein Anspruch des Bieters auf Tätigwerden der Rechtsaufsichtsbehörde besteht nicht. Die Rechtsaufsichtsbehörde ist zur Prüfung der Beschwerde verpflichtet und hat bei der Entscheidung über ein Einschreiten ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben.

Die Einzelheiten zu den Informationspflichten des kommunalen Auftraggebers und zum Nachprüfungsverfahren ergeben sich aus § 9 SächsVergabeDVO. Unter Auftragswert i. S. v. § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO ist der tatsächliche Wert des Einzelloses zu verstehen.

Die Beanstandung oder Nichtbeanstandung durch die Rechtsaufsichtsbehörde ist nur gegenüber dem Auftraggeber, nicht jedoch gegenüber dem Bieter auszusprechen und stellt einen kommunalaufsichtsrechtlichen Verwaltungsakt i. S. v. § 114 SächsGemO dar. Ein Widerspruch der Bieter gegen die Beanstandung oder Nichtbeanstandung der Rechtsaufsichtsbehörde ist daher mangels Drittwirkung nicht zulässig.

Allerdings sind Amtshandlungen der Rechtsaufsichtsbehörde in diesem Verfahren kostenpflichtig und dem Bieter entsprechend durch Kostenbescheid in Rechnung zu stellen, wenn die Beanstandung erfolglos ist. Der Bieter kann nur gegen die Kostenhöhe Widerspruch erheben. Eine Überprüfung der Nachprüfungsentscheidung findet nicht statt.

Gegen Vergabeentscheidungen bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschl. v. 02.05.2007, Az. 6 B 10.07) der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet.

8.3 Besonderes Nachprüfungsverfahren bei europaweiter Auftragsvergabe

Überschreitet der Auftragswert den EU-Schwellenwert, so obliegt die erstinstanzliche Nachprüfung der Vergabekammer beim Regierungspräsidium Leipzig (§§ 102, 106 Abs. 2 GWB i. V. m. der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaats Sachsen). Die Zustellung eines Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber steht der Zuschlagserteilung grundsätzlich entgegen.

Die Einzelheiten zu den Informationspflichten des kommunalen Auftraggebers ergeben sich aus den §§ 13 und 17 VgV. Die weiteren Einzelheiten des Verfahrens vor der Vergabekammer sind in den §§ 107 ff. GWB geregelt. Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten erhoben (§ 128 GWB). Vergabeprüfstellen i. S. v. § 103 GWB unterhält der Freistaat Sachsen nicht.

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 sowie des Freistaates Sachsen, vertreten durch das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit. Sie nimmt u. a. folgende Aufgaben wahr:

- Präqualifizierung (Unternehmer-Lieferanten-Verzeichnis)
- 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.

Ein verbindliches Zubenennungsverfahren ist in Sachsen nicht (mehr) vorgesehen.

Kontakt: Auftragsberatungsstelle Sachsen e. V.
Mügelner Straße 40, Haus G, 01237 Dresden

9.2 Vergabehandbuch

Bei einschlägigen Aufträgen wird den kommunalen Auftraggebern die Heranziehung der Vergabehandbücher des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung für

- die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen und
- den Straßen- und Brückenbau

zur entsprechenden Anwendung empfohlen.

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

9.3 Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe (GRW)

Die Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe auf den Gebieten der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in der Fassung vom 30.01.2004 (GRW) werden zur Beachtung und Anwendung empfohlen.

9.4 Informationen im Internet

Vergabeinformationssystem des Deutschen Städte- und Gemeindebunds

Vergabeportal des Sächsischen Ausschreibungsdienstes

Informationsangebot des forum vergabe e.V.

Informationsangebot des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie

Informationsangebot der Europäischen Union zum Binnenmarkt

Informationen zur öffentlichen Auftragsvergabe in der Europäischen Union