



## Inhouse-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit Wann ist Vergaberecht anwendbar?

Regierungsrätin Ute Merkel  
Referat kommunale Zusammenarbeit und kommunale Wirtschaft  
Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr  
München, 16. Juni 2016

[www.innenministerium.bayern.de](http://www.innenministerium.bayern.de)



### Gliederung

- A. Rechtliche Grundlagen
- B. Wann ist Vergaberecht anwendbar?
- C. Prüfschritte anhand unterschiedlicher Gestaltungsformen in der kommunalen Praxis
  - 1. Aufgabenübertragung
  - 2. Einbindung eines kommunalen Unternehmens
  - 3. Vereinbarung zwischen zwei kommunalen Auftraggebern

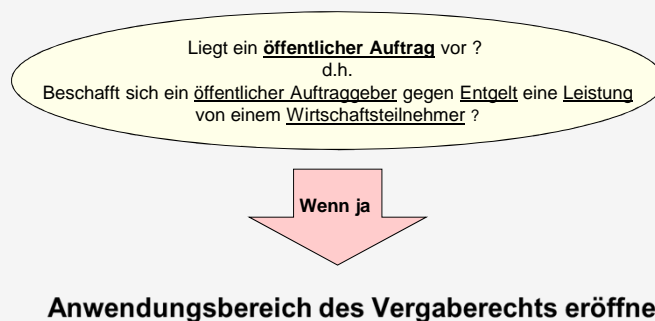


## A. Rechtliche Grundlagen

- ▶ Bis zum 18. April 2016:  
Rechtsprechung insbesondere des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)
- ▶ Seit dem 18. April 2016:  
§ 108 GWB → orientiert sich weitgehend an den vom EuGH entwickelten Grundsätzen!
- ▶ **Beachte:** Die Grundsätze für die Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Inhouse-Vergaben und interkommunaler Zusammenarbeit werden auch für Aufträge mit Werten unterhalb der EU-Schwellenwerte herangezogen!



## B. Wann ist Vergaberecht anwendbar?





## B. Wann ist Vergaberecht anwendbar?

### Öffentlicher Auftraggeber

- Oberhalb der Schwellenwerte: § 99 GWB
  - Gemeinden, Landkreise, Bezirke (§ 99 Nr. 1 GWB)
  - Zweckverbände (§ 99 Nr. 3 GWB)
  - Kommunale Unternehmen (§ 99 Nr. 2 GWB):
    - wenn Kommunen oder ihre Zweckverbände einen beherrschenden Einfluss ausüben oder das Unternehmen überwiegend finanzieren und
    - das Unternehmen zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.
- Unterhalb der Schwellenwerte:  
Begriff des öffentlichen Auftraggebers nicht ausdrücklich verankert.
  - Anwendung des Vergaberechts, wenn haushaltsrechtliche (insb. § 30 KommHV-Doppik, § 31 KommHV-Kameralistik, § 9 EBV) oder förderrechtliche Verpflichtung.



### Wirtschaftsteilnehmer

Begriff ist in den bundesrechtlichen Vergabevorschriften nicht ausdrücklich definiert. Nach den zugrunde liegenden europäischen Vergaberichtlinien fällt darunter aber jede natürliche oder juristische Person, die Leistungen anbietet.



auch Kommunen, Zweckverbände, kommunale Unternehmen



## C.1 Gestaltungsformen in der kommunalen Praxis: Aufgabenübertragung

Keine ausdrückliche Regelung in den bundesrechtlichen  
Vergabebestimmungen

**aber:**

Klarstellung in der amtlichen Begründung zu § 108 GWB:  
kein Vergaberecht bei innerstaatlichen Organisationsakten

**das heißt, wenn:**

- ✓ Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben
- ✓ zwischen öffentlichen Auftraggebern
- ✓ durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder auf anderem Weg
- ✓ ohne dass insoweit eine Vergütung für vertragliche Leistungen vorgesehen ist.



## C.2 Gestaltungsformen in der kommunalen Praxis: Einbindung eines kommunalen Unternehmens

**§ 108 Abs. 1 bis 5, Abs. 7, 8 GWB**

Kein Vergaberecht, wenn Inhouse-Vergabe

**das heißt, wenn:**

- ✓ Kommune allein oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine ähnliche Kontrolle über das Unternehmen ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium) **und**
- ✓ mehr als 80 % der Tätigkeiten des Unternehmens der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen es von den kontrollierenden öffentlichen Auftraggebern (oder von einer anderen juristischen Person, die von ihnen kontrolliert wird) betraut wurde (Wesentlichkeitskriterium) **und**
- ✓ keine private Kapitalbeteiligung an dem Unternehmen besteht.



## C.2 Gestaltungsformen in der kommunalen Praxis: Einbindung eines kommunalen Unternehmens

### Kontrollkriterium

- Allein oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern Ausübung eines ausschlaggebenden Einflusses auf strategische Ziele und wesentliche Entscheidungen des Unternehmens (§ 108 Abs. 2, Abs. 5 Nr. 2 GWB).
- Bei Beteiligung von mehreren öffentlichen Auftraggebern:
  - ✓ Zusammensetzung der beschlussfassenden Organe des Unternehmens aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber (§ 108 Abs. 5 Nr. 1 GWB),
  - ✓ Unternehmen darf keine den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufenden Interessen verfolgen (§ 108 Abs. 5 Nr. 3 GWB).



### Wesentlichkeitskriterium

- Durchschnittlicher Gesamtumsatz der letzten drei Jahre (§ 108 Abs. 7 GWB);
- unter Berücksichtigung aller Aufgaben, mit denen das Unternehmen von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern betraut wurde.



**Vorsicht:** Auch nach dem neuen Vergaberecht sollten – bis zu einer eventuellen anderslautenden künftigen Rechtsprechung - aus Gründen der Rechtssicherheit Umsätze aus einer Tätigkeit, mit dem das Unternehmen zwar von der Kommune betraut wurde, die sie aber gegenüber Dritten auf einem freien, liberalisierten Markt erbringt, nicht den Tätigkeiten für die Gemeinde hinzugerechnet werden (insb. Umsätze aus der Strom-, Gasversorgung)

*Siehe insbesondere OLG Hamburg vom 14.12.2010, I Verg 5/10; OLG Frankfurt vom 30.08.2011, 11 Verg 3/11*



## C.3 Gestaltungsformen in der kommunalen Praxis: Vereinbarung zwischen zwei kommunalen Auftraggebern

### § 108 Abs. 6, Abs. 7, 8 GWB –

Kein Vergaberecht, wenn Vereinbarung zwischen mehreren öffentlichen  
Auftraggebern bestimmte Voraussetzungen erfüllt

**das heißt, wenn:**

- ✓ Zusammenarbeit begründet oder erfüllt wird, um sicherzustellen, dass die von den öffentlichen Auftraggebern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden **und**
- ✓ Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt ist (auch bzgl. etwaiger Finanztransfers zwischen den Beteiligten) **und**
- ✓ falls die öffentlichen Auftraggeber darüber hinaus die Tätigkeiten, die von dieser Zusammenarbeit erfasst sind, auch auf dem Markt erbringen, diese Marktleistung unter einem Anteil von 20 % liegt.

Informationsveranstaltung "Das neue Vergaberecht 2016"



## C.3 Gestaltungsformen in der kommunalen Praxis: Vereinbarung zwischen zwei kommunalen Auftraggebern

Beachte:

- Gegenstand der Kooperation: grundsätzlich alle Arten von Tätigkeiten im Zusammenhang mit Ausführung der Leistungen in der Zuständigkeit der teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber
- Wichtig: Aspekt der Gemeinsamkeit – alle Partner müssen die Aufgabe für die Erledigung der Tätigkeit haben und einen Beitrag zu ihrer Erfüllung im Rahmen der Zusammenarbeit leisten:  
kooperatives Konzept
- Kooperationspartner nur öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB
- Private Beteiligung an einem Kooperationspartner ist unerheblich

Informationsveranstaltung "Das neue Vergaberecht 2016"



**Achtung:**  
**Umgehung des Vergaberechts unzulässig**

Unabhängig von der Gestaltungsform ist eine Konstruktion unzulässig, wenn sie lediglich gewählt wurde, um Vergaberecht zu umgehen



Objektive, sachliche Gründe müssen vorliegen und sind sorgfältig zu dokumentieren !



**Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit !**