

Anhang Nr. 2

Innerkommunale Zuständigkeiten und Verfahren

1. Zuständigkeiten

1.1. Trennung zwischen Außen- und Innenverhältnis

Zur Beurteilung der innerkommunalen Zuständigkeiten ist zu unterscheiden zwischen Außen- und Innenverhältnis.

Im Außenverhältnis tritt die Kommune als juristische Person im Rechtsverkehr gegenüber Dritten auf. Verbindliche Willenserklärungen für die Kommune können nur die gesetzlich normierten Organe abgeben. Die wichtigste Handlung im Außenverhältnis im Vergabeverfahren ist die Erteilung des Zuschlags gegenüber dem erfolgreichen Bieter. Der Zuschlag stellt die Annahme des Angebots dar, mit welcher der Vertrag zwischen Kommune und Bieter zustande kommt. Soweit der Vertrag einer Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde gemäß § 111 BbgKVerf bedarf, ist zu beachten, dass der Vertrag bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam ist. Die Kommune sollte daher im Vorfeld über das Genehmigungserfordernis hinreichend aufklären, um sich nicht - für den Fall einer berechtigten Versagung der Genehmigung - Schadensersatzansprüchen des Vertragspartners auszusetzen.

Andere Maßnahmen im Außenverhältnis sind die Mitteilung über die Ablehnung des Angebotes oder die Benachrichtigung von der Aufhebung der Ausschreibung.

Im Innenverhältnis geht es um die Frage, welches Organ im Rahmen der kommunalverfassungsrechtlich normierten internen Funktionsteilung die Entscheidungen über das Vergabeverfahren trifft. Die Entscheidungen des zuständigen Organs sind im Außenverhältnis umzusetzen.

1.2. Zuständigkeiten für den Vertragsschluss

Die Vertretung der Gemeinde ist in § 57 BbgKVerf geregelt. Zuständig für den Vertragsschluss durch Zuschlagserteilung ist der Hauptverwaltungsbeamte.

Bei Vergaben, die keine Geschäfte der laufenden Verwaltung darstellen, ist zusätzlich das Vier-Augen-Prinzip nach § 57 Abs. 2 Satz 2 BbgKVerf zu beachten. Danach muss einer seiner Stellvertreter die Erklärung ebenfalls abgeben. Andernfalls ist die Gemeinde nicht ordnungsgemäß vertreten und die Erklärung nach Absatz 5 schwebend unwirksam (das heißt, eine Genehmigung ist möglich). Bestehen Zweifel, ob es sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt, empfiehlt sich daher eine doppelte Unterschrift.

Das zudem geltende Schriftlichkeitsprinzip nach § 57 Abs. 2 Satz 1 BbgKVerf ist für Erklärungen im Vergabeverfahren weniger problematisch, da diese Erklärungen schon aus vergaberechtlichen Gründen grundsätzlich schriftlich erfolgen.

Die Außenvertretungsberechtigten sind verpflichtet, die Erklärungen abzugeben, die auf rechtmäßigen Beschlüssen eines anderen Organs (Hauptausschuss, Vertretung) beruhen. Ist der Hauptverwaltungsbeamte der Auffassung, dass der Beschluss über die Vergabeentscheidung rechtswidrig ist, hat er den Beschluss nach § 55 BbgKVerf zu beanstanden.

Handelt der im Außenverhältnis Berechtigte, kommt der Vertrag in der Regel auch zustande, wenn die Zuständigkeitsverteilung im Innenverhältnis missachtet wurde, sofern nicht ausnahmsweise ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn also dem anderen Teil (Auftragnehmer) bei Abschluss des Vertrages die Missachtung der Zuständigkeitsverteilung im Innenverhältnis bekannt war oder der Hauptverwaltungsbeamte und der Vertragsgegner bewusst zum Nachteil der Gemeinde zusammenwirken, § 138 BGB. In Betracht kommen ebenfalls disziplinar- oder arbeitsrechtliche Maßnahmen oder - wenn der Kommune ein Schaden entstanden sein sollte – Schadensersatzansprüche.

1.3. Kommunalinterne Zuständigkeiten

Kommunalintern können der Hauptverwaltungsbeamte, der Hauptausschuss oder die Vertretung zuständig sein.

1.3.1 Das Gesetz sieht eine Zuständigkeit des Hauptverwaltungsbeamten bei Geschäften der laufenden Verwaltung vor (§ 54 Abs. 1 Nr. 5 BbgKVerf). Im Übrigen ist der Hauptausschuss nach § 50 Abs. 2 Satz 1 BbgKVerf zuständig. Eine gesetzliche Zuständigkeit der Vertretung sieht die BbgKVerf nicht vor, insbesondere sind Vergaben grundsätzlich keine Geschäfte über Vermögensgegenstände der Gemeinde nach § 28 Abs. 2 Nr. 17 (siehe hierzu auch Erläuterungen im „Rundschreiben zur Erläuterung der Kommunalverfassung und zur Vorbereitung der Kommunalwahl 2008“ vom 11. Juni 2008, Punkte 4.1 und 6.6).

Was im Einzelfall von dem unbestimmten Rechtsbegriff „Geschäft der laufenden Verwaltung“ erfasst wird, lässt sich nicht in eine allgemeingültige Definition fassen, sondern ist abhängig von der Größe, der Finanzkraft und der Einwohnerzahl der Gemeinde sowie den Umständen des Einzelfalls. Als Orientierung kann gelten, dass Geschäfte der laufenden Verwaltung die Angelegenheiten sind, die in gewisser Regelmäßigkeit wiederkehren, die für die Gemeinde nicht von besonderer Bedeutung sind und deren Erledigung nach feststehenden Grundsätzen und auf eingefahrenen Gleisen erfolgt (vgl. VG Minden v. 2.5.2001, Az. 3 k 3980/00; BGH in NJW 1980, 117). Da bei Vergaben vor allem der Auftragswert ein wichtiges Kriterium zur Einstufung als Geschäft der laufenden Verwaltung ist, kann die Hauptsatzung Auftragswerte benennen, bis zu denen im Regelfall von einem solchen Geschäft auszugehen ist. Dies kann Kompetenzstreitigkeiten vorbeugen, ist aber für die Gerichte nicht bindend.

1.3.2. Die Kommunalverfassung sieht Möglichkeiten zur Abweichung von diesen gesetzlichen Regelungen vor.

a. Hauptverwaltungsbeamter

Liegt ein Geschäft der laufenden Verwaltung vor, kann der Hauptverwaltungsbeamte die Entscheidung dem Hauptausschuss nach § 50 Abs. 2 Satz 2 BbgKVerf vorlegen. Dieser kann die Entscheidung selbst treffen, an den Hauptverwaltungsbeamten zurückverweisen oder die Entscheidung nach § 50 Abs. 3 Satz 2 BbgKVerf der Vertretung vorlegen. Der Hauptverwaltungsbeamte kann die Entscheidung nicht direkt der Gemeindevertretung vorlegen.

b. Hauptausschuss

Ist nach dem Gesetz der Hauptausschuss zuständig, kann dieser nach § 50 Abs. 3 BbgKVerf seine Zuständigkeit in Einzelfällen oder für Gruppen von Angelegenheiten auf den Hauptverwaltungsbeamten übertragen oder in Einzelfällen Angelegenheiten der Gemeindevertretung zur Entscheidung vorlegen.

Es ist die Frage aufgetreten, ob mit der eingeräumten Möglichkeit der Zuständigkeitsübertragung für Gruppen von Angelegenheiten eine Zuständigkeitsübertragung für sämtliche Vergabeentscheidungen oder nur eine Zuständigkeitsübertragung für Gruppen von Vergaben auf den Hauptverwaltungsbeamten zulässig ist. Der Wortlaut der Vorschrift ist nicht eindeutig und lässt u. a. folgende Auslegungsmöglichkeiten zu:

1. Es können auch sämtliche Vergabeentscheidungen auf den Hauptverwaltungsbeamten übertragen werden, wenn Vergabeangelegenheiten als eine separate Gruppe von mehreren Angelegenheiten angesehen werden. Hierfür spricht die Wahl der Mehrzahl sowohl in der Begrifflichkeit „Gruppen“ als auch „Angelegenheiten“. Übertragen werden können die Angelegenheiten als Ganzes als eine Gruppe neben weiteren.
2. Es können nur Gruppen von Vergabeangelegenheiten auf den Hauptverwaltungsbeamten übertragen werden, wenn jeweils nur die betroffene Einzelangelegenheit betrachtet wird und der Begriff „Gruppen“ dann auch nur diese Einzelangelegenheit betreffen kann. Die Wahl der Mehrzahl in der Begrifflichkeit „Angelegenheiten“ resultiert lediglich daraus, dass der Hauptausschuss Zuständigkeiten für mehrere Angelegenheiten besitzt. Übertragen werden können nur einzelne Gruppen einer jeweiligen Einzelangelegenheit.

Der Gesetzgeber hatte ursprünglich bewusst eine weite Auslegung der Vorschrift beabsichtigt, ohne allerdings die vorliegende Problematik bei Vergabeentscheidungen im Auge gehabt zu haben. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine weite Auslegung lässt daher auch eine Auslegung nach der ersten Variante zu, beinhaltet aber ein rechtliches Risiko.

Es wird empfohlen, von einer Zuständigkeitsübertragung für sämtliche Vergabeentscheidungen auf den Hauptverwaltungsbeamten abzusehen und nur Gruppen von Vergaben zu übertragen.

Bei Vergaben, die nicht unter Geschäfte der laufenden Verwaltung subsumiert werden können und für die daher der Hauptausschuss originär zuständig ist, handelt es sich in der Regel um Angelegenheiten mit einer nicht unerheblichen finanziellen Tragweite und/oder um solche von sachlicher oder politischer Bedeutung. Von einer alleinigen Entscheidungsbefugnis des Hauptverwaltungsbeamten für sämtliche Vergabeentscheidungen sollte daher – auch aus Fürsorgegesichtspunkten – Abstand genommen werden. Die Entscheidung eines Kollegialorgans vermittelt – auch bei Entscheidungen im nichtöffentlichen Teil – darüber hinaus nach außen mehr Transparenz und bietet weniger Angriffspunkte für sich benachteiligt fühlende Bieter.

Zur Entlastung des Hauptausschusses könnten aber z. B. solche Vergabeangelegenheiten auf den Hauptverwaltungsbeamten übertragen werden, die zwar nicht regelmäßig wiederkehren aber von untergeordneter Bedeutung sind (z. B. durch Festlegung einer Wertgrenze).

c. Gemeindevertretung

Die Vertretung kann bei Zuständigkeit des Hauptausschusses auch ohne Vorlage nach § 28 Abs. 3 Satz 1 BbgKVerf selbst entscheiden. Schließlich kann sie in der Hauptsatzung nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BbgKVerf durch Hauptsatzung regeln, für welche Vergaben die Vertretung zuständig ist. Etwa: „Die Entscheidung über (Einleitung, Ausgestaltung und Abschluss von) Vergabeverfahren, die keine Geschäfte der laufenden Verwaltung sind, obliegt ab folgenden Auftragswerten der Gemeindevertretung: ...“ Es könnte z.B. eine Aufteilung nach Vergaben von Bauleistungen – ggf. differenziert nach Hochbau, Tiefbau und sonstigen Gewerken – und sonstigen Leistungen erfolgen. Die Vertretung kann die Entscheidung über Geschäfte der laufenden Verwaltung nicht an sich ziehen.

Bei einer entsprechenden Hauptsatzungsregelung ist zu bedenken, dass bereits die Vergabebekanntmachung und die Vergabeunterlagen die Durchführung und das Ergebnis des Beschaffungsverfahrens weitgehend bestimmen und die rechtlichen Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume der Vertretung ggf. bis auf Null reduzieren. Neben der Entscheidung, ob überhaupt ein Vergabeverfahren eingeleitet wird, liegen die kommunalpolitischen Spielräume daher eher bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens, z.B. durch die Leistungsbeschreibung und die Wertungskriterien. Daher sollte in der Hauptsatzung eindeutig geregelt werden, worauf sich der Entscheidungsvorbehalt der Vertretung bezieht.

Ist die Vertretung zuständig, muss die Entscheidung über das konkrete Vergabeverfahren durch die Vertretung erfolgen. Der Ansatz des zu vergebenden Auftrags im Haushalt reicht nicht aus. Die Entscheidung kann durch Ausschüsse vorbereitet, aber nicht getroffen werden.

1.3.4. Eilentscheidungen

Unter den Voraussetzungen des § 58 BbgKVerf kann die Vergabeentscheidung auch vom Hauptverwaltungsbeamten im Einvernehmen mit dem Vorsitzenden der Vertretung getroffen werden.

An das Vorliegen der Voraussetzungen sind strenge Maßstäbe anzulegen. Dringlich ist eine Angelegenheit nicht, wenn die Entscheidung der zuständigen Organe verzögert wird. Erkennt beispielsweise der Hauptverwaltungsbeamte erst kurz vor Ablauf der Zuschlagsfrist, dass die Entscheidung des Hauptausschusses erforderlich ist, kann er eine Eilentscheidung nicht mit dem Fristablauf rechtfertigen. Ist eine Vergabebekanntmachung erfolgt, liegt eine Dringlichkeit in der Regel nicht vor.

Ein „erheblicher Nachteil“ kann darin liegen, dass bei Einhaltung der Regelzuständigkeiten und -verfahren eine besonders günstige Gelegenheit versäumt würde.

Da eine Eilentscheidung im Regelfall zu einer freihändigen Vergabe führen dürfte, ist in jeden Fall zu prüfen, ob auch das Vergaberecht eine solche Vergabe zulässt (z.B. § 3 Absatz 5 Buchstabe I: Ausweislich der Erläuterungen zur VOL/A ist hierunter auch die „vorteilhafte Gelegenheit“ zu subsumieren, wobei dieser Begriff eng auszulegen ist. Die Wahrnehmung einer vorteilhaften Gelegenheit muss zu einer wirtschaftlicheren Beschaffung führen, als diese bei Anwendung der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung der Fall wäre.).

2. Befangenheit

Bei Vergabeentscheidungen ist besonders auf die Regeln über das Mitwirkungsverbot zu achten.

Die Entscheidung über den Zuschlag und die damit automatisch verbundene Entscheidung über die Ablehnung der anderen Angebote ist ein unmittelbarer Vor- bzw. Nachteil im Sinne des § 22 BbgKVerf. Da Bieter häufig juristische Personen sind, sind § 22 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BbgKVerf von besonderer Relevanz. Nr. 2 wurde wegen der Besonderheit von Vergabeverfahren ergänzt. Im Regierungsentwurf heißt es dazu: „Ergänzt wurde Absatz 2 Nr. 2. Organmitglieder sollen in der Regel an Entscheidungen zugunsten oder zulasten der vertretenen Vereinigungen nicht mitwirken dürfen, weil hier eine Interessenkollision anzunehmen ist. Der Gemeindevertreter darf also nicht an einer Beschlussfassung über eine Förderung des örtlichen Sportvereins teilnehmen, wenn er zugleich dessen Vorsitzender oder sonstiges Mitglied des Vorstandes ist, weil ihm in dieser Funktion – anders als dem einfachen Vereinsmitglied – eine besondere Verantwortung gegenüber dem Verein zukommt, die im Widerstreit zu den Interessen der Gemeinde stehen kann. Etwas anderes gilt nach der Ausnahme in Absatz 2 Nr. 2 am Ende, wenn er dem Organ als Vertreter der Gemeinde oder auf Vorschlag der Gemeinde angehört.“

Das von der Gemeinde bestellte Aufsichtsratsmitglied einer Eigengesellschaft kann daher als Gemeindevertreter beispielsweise über die Änderung des Geschäftszweckes der Gesellschaft mitentscheiden. Diese Ausnahme ist aber in den Fällen nicht sachgerecht, in denen die Entscheidung nicht allein die Eigengesellschaft betrifft, sondern zugleich Dritte mit entgegenstehenden Interessen. Hier besteht zumindest die Gefahr eines Interessenwiderstreits zulasten der Dritten. Diese Fälle können u.a. bei Vergabeentscheidungen auftreten. Ein entsprechender Vorfall in Hessen hat zur Einleitung eines Mahnverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland durch die EU-Kommission (Mahnschreiben vom 18.10.2005, Verfahren Nr. 2004/2230) geführt. Zwar sollen die Mitwirkungsverbote in erster Linie gewährleisten, dass die Gemeindevertreter nicht entgegen den Interessen der Gemeinde entscheiden, während die Interessen der von der Entscheidung betroffenen Dritten grundsätzlich in den Befangenheitsvorschriften des Beamten- und Verwaltungsverfahrenrechts (vgl. § 23 LBG, § 1 Absatz 1, § 3 VwVfGBbg i. V. m. § 20 VwVfG) Berücksichtigung finden. Aber diese Regelungen sind lückenhaft, weil das Beamtenrecht nicht für ehrenamtlich Tätige und das Verwaltungsverfahrensgesetz nur für Verwaltungsverfahren, also insbesondere nicht für zivilrechtliche Entscheidungen gilt. Durch die Änderung wird diese Lücke geschlossen.

Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte enthält § 16 VgV eine Sonderregelung. § 22 BbgKVerf ist daneben anwendbar.

3. Öffentlichkeit/Geheimhaltung

Sitzungen, in denen über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags beraten wird, müssen grundsätzlich öffentlich sein, es sei denn, dass dabei auch solche Angebotsinhalte zum Gegenstand der Beratung gemacht werden sollen, die nach den Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen geheim zu halten sind. Bei Verfahren mit besonderer Bedeutung für die Öffentlichkeit sollte gegebenenfalls in den Verdingungsunterlagen vorgesehen werden, dass die Bieter oder Bewerber darin einwilligen, dass ihre Angebote bzw. Bewerbungen auch insoweit in öffentlicher Sitzung verhandelt werden, als dabei Inhalte offenbart werden könnten, die möglicherweise ein Geschäftsgeheimnis sind. Nichtöffentlich darf gemäß § 36 Abs. 2 BbgKVerf ebenfalls verhandelt werden, wenn überwiegende Belange des öffentlichen Wohls oder berechnete Interessen Einzelner es erfordern. Dies ist beispielsweise 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. Hinsichtlich der namentlichen Nennung einzelner Bieter hat das OLG Karlsruhe vom 16.06.2010 (Az.: 15 Verg 4/10) wie folgt entschieden: „Wenn der Antragsgegner in einer Beschlussvorlage für den Kreistag, der allein über den Zuschlag zu entscheiden hat, die Anzahl der abgegebenen Gebote, den Namen des Bieters mit dem wirtschaftlichsten Gebot und die Höhe dieses Gebots ohne weitere Einzelheiten aus den Angeboten und ihren Anlagen mitteilt, ist ... der Vertraulichkeitsgrundsatz gemäß § 22 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A nicht verletzt.“

Zu kommunalen „Vergabeverordnungen“, Allgemeine Grundsätze siehe Anhang 12.