

E 010400 23. Mai 2019

LANDESHAUPTSTADT



66/15

Herrn Oberbürgermeister  
Sven Gerich

über  
Magistrat

und

Frau Stadtverordnetenvorsteherin  
Christa Gabriel

Herrn Stadtverordneten  
Bernhard Lorenz  
Vorsitzender des Beteiligungsausschusses

Der Magistrat

Dezernat für  
Stadtentwicklung und Bau

Stadtrat Hans-Martin Kessler

16. Mai 2019

Vergabeverfahren der städtischen Beteiligungen der Landeshauptstadt Wiesbaden  
- Antrag der Fraktion FW/BLW vom 22.01.2019  
Beschluss-Nr. 0009 vom 29. Januar 2019 (Antrags-Nr. 19-F-11-0001)

Am 29. Januar 2019 hat der Beteiligungsausschuss folgendes beschlossen:

1. Der Magistrat wird gebeten zu berichten, welche der wesentlichen städtischen Beteiligungen dem für die öffentliche Hand geltenden Vergaberecht unterliegen.
2. Nach Vorlage des Magistratsberichts sollen Vertreter/innen der städtischen Vergabestelle, der Vergabestelle der ESWE Versorgungs AG sowie ggf. weiterer Vergabestellen der Beteiligungsgesellschaften zu einer der nächsten Sitzungen des Beteiligungsausschusses eingeladen werden, um über die Thematik zu beraten.

Hierzu ergeht folgender Bericht:

Sehr geehrte Damen und Herren,

einleitend sei darauf hingewiesen, dass die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch eine Vielzahl sowohl bundes- als auch landesrechtlicher Vorschriften geregelt ist und auch unterschiedlichen Zielsetzungen entspringt. National finden sich die Wurzeln der Regelungen im Haushaltsrecht, das in erster Linie dem Gedanken der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung folgt und demnach die Kommune ausschließlich für ihre originären Verwaltungsteile bindet, also nur die städtischen Ämter. So sind diese auf der Grundlage eines Erlasses der Landesregierung zur Anwendung des ersten Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) sowie der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) verpflichtet.

Für die Eigenbetriebe gilt jedoch statt dem Haushaltsrecht das Eigenbetriebsgesetz. Zwar könnte die Landesregierung auf dessen Grundlage ebenfalls entsprechende Vorgaben machen, doch hat diese hierauf bisher verzichtet, weswegen eine Pflicht zur Anwendung von VOB und VOL - jedenfalls b.a.w. - nicht besteht.

Demgegenüber hat sich die Bundesrepublik im Rahmen der Europäischen Verträge (hier der EU-Vertrag von Nizza) verpflichtet, sämtliche Vergaben der öffentlichen Hand in transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren vorzunehmen. Tragender Gedanke ist hier das einklagbare Recht aller Unternehmen innerhalb der Europäischen Union, frei und gleichberechtigt in allen Mitgliedsstaaten um öffentliche Aufträge konkurrieren zu können. Dabei ist dieses Prinzip der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit auf alle Aufträge anzuwenden, die binnenmarktrelevant sind, und zwar unabhängig von deren monetärem Wert.

Für Aufträge ab den sogenannten Schwellenwerten hat die EU-Kommission Richtlinien erlassen, die das Vergabeverfahren detailliert regeln und jeweils in nationales Recht umzusetzen sind, in Deutschland geschehen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV), die Sektorenverordnung (SektVO), die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) sowie den 2. Abschnitt der VOB/A. Diese Rechtsvorschriften gelten jedoch nicht nur für die klassische öffentlich-rechtliche Verwaltung, sondern für alle „öffentlichen Auftraggeber“, die sogenannten „Sektorenauftraggeber“ sowie für private Auftraggeber, soweit diese „auf bestimmten Gebieten der Daseinsvorsorge tätig“ sind und für bestimmte Projekte öffentliche Mittel erhalten, mit denen diese zu mindestens 50 Prozent subventioniert werden.

Öffentliche Auftraggeber sind neben den Gebietskörperschaften inkl. deren Sondervermögen (Eigenbetriebe u.ä.) auch alle öffentlich dominierten juristischen Personen des öffentlichen sowie des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Als öffentlich dominiert gelten Auftraggeber dann, wenn sie

- überwiegend durch die öffentliche Hand finanziert werden,
- ihre Leitung der Aufsicht von öffentlichen Stellen unterliegt oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch öffentliche Stellen bestimmt worden sind.

Anzumerken ist hier, dass

- es unerheblich ist, ob die öffentliche Dominanz durch eine einzige öffentliche Stelle ausgeübt wird (Alleinbesitz) oder durch eine Vielzahl öffentlicher Stellen (gemeinschaftlicher Besitz);
- ein Unternehmen, das zwecks Wahrnehmung von „im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art“ gegründet wurde, auch dann noch öffentlicher Auftraggeber ist, wenn es sich inzwischen auch oder sogar überwiegend gewerblich betätigt, weil der Gründungszweck nach dem Wortlaut des Gesetzes so lange maßgeblich bleibt, bis dieser ggfs. offiziell geändert wird;
- die Nichtgewerblichkeit dann anzunehmen ist, wenn die Gesellschaft ganz oder zumindest teilweise außerhalb der Marktmechanismen agiert, sich also nicht am Markt behaupten muss (z.B. aufgrund eines ausschließlichen Rechts, Patronat o.ä.).

Als sogenannte Sektorentätigkeiten sind insbesondere die der Trinkwasserversorgung, der Elektrizitätsversorgung, der Versorgung mit Gas und Wärme, Verkehrsdienstleistungen u.v.m. definiert. Dabei haben öffentlich dominierte Auftraggeber (s.o.) die Vergaberegeln stets einzuhalten, private dagegen nur dann, wenn die Sektorentätigkeit aufgrund eines besonderen oder ausschließlichen Rechts ausgeübt wird.

Zu all diesen Rechtsvorschriften ist im Jahre 2014 das Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz hinzugekommen, das neben der klassischen Verwaltung auch die Eigenbetriebe erfasst und für Aufträge ab einem Wert von 10.000 € netto anzuwenden ist. Dieses verpflichtet auch die Eigenbetriebe, ihre Aufträge in transparenten und wettbewerblich fairen Verfahren zu vergeben. Daraus ergibt sich, dass diese - auch wenn keine Pflicht zur Anwendung von VOB, bzw. VOL besteht - dennoch verpflichtet sind, die jeweiligen einer Vergabe zugrunde liegenden Verfahrensregeln dezidiert selbst zu erstellen und den Unternehmen bekannt zu geben (Transparenz). Es besteht insoweit ein weiterer Gestaltungsspielraum, der jedoch im jeweiligen Vergabeverfahren stets gefüllt werden muss.

Daraus ergibt sich, dass alle

- städtischen Eigenbetriebe die Vorschriften des Hess. Vergabe- und Tariftreuegesetzes einzuhalten haben, ab Erreichen des jeweiligen Schwellenwertes auch (vorrangig) das GWB und die VgV sowie ggfs. die KonzVgV.
- städtischen Gesellschaften, die unter Beachtung der o.g. Voraussetzungen entweder „Öffentlicher Auftraggeber“ oder „Sektorenauftraggeber“ sind, die Vorschriften von GWB, VgV/SektVgV und ggfs. auch der KonzVgV einzuhalten haben, wenn der Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Für kleinere Aufträge, die aber dennoch als binnenmarktrelevant gelten, ist das Vergabeverfahren zumindest transparent und diskriminierungsfrei zu gestalten und zu betreiben. Ob ein kleinerer Auftrag binnenmarktrelevant ist oder nicht, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

Kein öffentlicher Auftraggeber sind daher ausschließlich diejenigen Beteiligungen, bei denen private Dritte sowohl wesentlich das finanzielle Risiko tragen als auch maßgeblich die Geschäftsführung bestimmen und bei denen keines der zur Aufsicht berufenen Organe der Aufsicht durch die LHW unterliegt. Zu nennen wären hier insbesondere die Helios Dr. Horst Schmidt Kliniken GmbH nebst Tochtergesellschaften sowie die WIVERTIS Gesellschaft für Informations- und Kommunikationsdienstleistungen GmbH.

Die GWW weist darauf hin, dass sie schon deshalb kein öffentlicher Auftraggeber sei, weil sie nicht ausschließlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnehme und diese darüber hinaus auch gewerblich seien.

Abschließend darf ich darauf hinweisen, dass Nachfragen zu weitergehenden Ausführungen zu den einzelnen Gesellschaften und Eigenbetrieben an das bei Dezernat III angesiedelte und dafür zuständige Beteiligungsmanagement zu richten sind.

Mit freundlichen Grüßen

