

## › INHOUSE-VERGABE UND INTERKOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT

Notwendige Ausnahmen von der Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts

- › **Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet, dass die Gemeinden die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung regeln können.**
- › **Die Gemeinden müssen daher bei Beschaffungen selbst entscheiden dürfen, ob sie eine Leistung selbst erbringen oder auf dem Markt beschaffen.**
- › **Inhouse-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit tragen dem Rechnung und müssen ungeschmälert beibehalten werden.**

Die öffentliche Hand unterliegt bei der Beschaffung von Leistungen besonderen vergaberechtlichen Pflichten. Eine ausnahmslose Verpflichtung, alle Leistungen im Wettbewerb auszuschreiben, wäre jedoch nicht mit der verfassungsrechtlich verankerten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie vereinbar. Deswegen können öffentliche Auftraggeber frei entscheiden, ob eine Leistung am Markt beschafft oder selbst erbracht werden soll. Das gilt auch für die Beschaffung bei einem Tochterunternehmen (Inhouse-Vergabe) oder der gemeinsamen Beschaffung mit anderen öffentlichen Stellen (interkommunale Zusammenarbeit). Die Grenzen für eine vergabefreie Selbsterbringung sind dabei sehr eng gezogen. Eine Abschaffung dieser Ausnahmen käme jedoch in vielen Fällen einer faktischen Privatisierungspflicht gleich.

### Vergaberecht – besondere Pflicht öffentlicher Unternehmen

Anders als private Unternehmen kann die öffentliche Hand nicht frei darüber entscheiden, mit wem sie in wirtschaftliche Beziehungen tritt. Das Vergaberecht schreibt vor, dass Beschaffungen – abhängig von Art und Wertgrenzen – im Rahmen eines strengen Verfahrens stattfinden müssen, bei dem das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten muss. Die Beschaffungsentscheidungen der öffentlichen Hand sind dabei gerichtlich überprüfbar.

Privatunternehmen unterliegen in der Regel keinen solchen gesetzli-

chen Vorgaben, sondern entscheiden aufgrund selbst gewählter Kriterien, wer ihr Vertragspartner sein soll. Diese strengen vergaberechtlichen Bindungen sind grundsätzlich auch Ausdruck des besonderen Status und der besonderen demokratischen Legitimation der öffentlichen Unternehmen.



Teile der Privatwirtschaft argumentieren allerdings, dass die Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Ausschreibung von Beschaffungen nicht weit genug geht. Oftmals gibt es für Kommunen die Möglichkeit, die Leistungen nicht am Markt zu beschaffen, sondern eigenständig, durch ein Tochterunternehmen (Inhouse-Vergabe) oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern (interkommunale Zusammenarbeit) zu erbringen. Dies wird teilweise als unzulässige Privilegierung der öffentlichen Hand gesehen und es wird gefordert, dass grundsätzlich alle Beschaffungen ausgeschrieben werden müssen.

Die Auffassung, die Inhouse-Vergabe sei ein Privileg, geht schon deswegen fehl, weil sie nur eine Ausnahme der Pflicht zur Anwendung von Vergaberecht ist, das private Unternehmen schon grundsätzlich nicht trifft.

### **Beschränkungen der Vergabepflicht sind notwendig**

Mit der Inhouse-Vergabe und der interkommunalen Kooperation wird den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit eingeräumt, Leistungen selbst, in Kooperation mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder durch Tochterunternehmen zu beschaffen oder zu erbringen. In Bezug auf die Kommunen ist diese Möglichkeit sogar im Grundgesetz verankert: Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz beinhaltet, dass Kommunen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich organisieren können. Die Inhouse-Vergabe und die interkommunale Kooperation spiegeln damit nur den Grundsatz wider, dass die öffentliche Hand diejenigen Leistungen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, entweder selbst erbringen kann oder sich auf dem Markt beschaffen kann („make or buy“).

Die Ausnahmen von der grundsätzlichen Pflicht zur Vergabe sind bei der Inhouse-Vergabe sehr eng gefasst. Rechtsprechung und europäischer Gesetzgeber haben im letzten Jahrzehnt sehr enge Voraussetzungen dafür festgelegt, wann tatsächlich davon ausgegangen wer-

den kann, dass die öffentliche Hand eine Leistung selbst erbringt und entsprechend vom Vergaberecht befreit ist. Eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht setzt dabei grundsätzlich voraus, dass eine öffentliche Stelle den Auftragnehmer wie eine eigene Dienststelle kontrolliert (sog. Kontrollkriterium) und der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Stelle verrichtet (sog. Wesentlichkeitskriterium). Ähnliche scharfe Kriterien gelten auch für die vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit.



### **Inhouse-Vergabe beeinträchtigt nicht den Wettbewerb**

Die Inhouse-Vergabe beeinträchtigt in keinem Fall den Wettbewerb. Die öffentliche Hand hat, soweit sie von der Inhouse-Vergabe Gebrauch macht, lediglich entschieden, bestimmte Aufgabe unmittelbar selbst zu erbringen. Dies ist eine Entscheidung, die auch jedem privaten Unternehmen ohne Einschränkung offen steht.

Es wird teilweise argumentiert, Kommunen sollten verpflichtet werden, ausnahmslos alle Leistungen auf dem Markt zu beschaffen, um effizientes Wirtschaften zu garantieren.

Eine solche Verpflichtung, die die öffentliche Hand darauf reduziert, aus verschiedenen Anbietern den besten zu wählen, ohne selbst tätig zu werden, stünde nicht im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung. Auch wenn ausgeführt wird, die Kommune könne ja die Aufgabe übernehmen, wenn sie jeweils das wirtschaftlichste Angebot abgibt, käme eine solche Verpflichtung in vielen Fällen einer faktischen Privatisierung gleich.

Denn anders als privatrechtliche Unternehmen kann die Kommune nur in engen Grenzen wirtschaftlich tätig werden. Wenn z.B. die Erbringung der Abfallentsorgung einmal an Dritte vergeben wird, hat die Kommune regelmäßig nicht Möglichkeit und Ressourcen, sich in einigen Jahren noch einmal zu bewerben. Wegen der Pflicht der Kommune, die Hausmüllentsorgung zu gewährleisten, müsste sie aber sofort wieder einspringen, wenn die Tätigkeit für andere Unternehmen nicht mehr interessant wäre.