

20.12.2018

## **Auslegungshilfe des Städte- und Gemeindebundes NRW und des Gemeindewaldbesitzerverbandes NRW für die kommunale Auftragsvergabe im Bereich der Holzvermarktung und Waldbetreuung**

### **Ausgangslage**

Um die Landesforstverwaltung kartell- und beihilferechtskonform aufzustellen, hat die nordrhein-westfälische Landesregierung beschlossen, die kooperative Holzvermarktung und die indirekte Betreuung des Waldbesitzes durch den Landesbetrieb Wald und Holz NRW zu beenden.

Angesichts der besonderen Herausforderungen für die Forstwirtschaft aufgrund der monatelangen Dürre- und Hitzewelle im Sommer 2018 mit anschließender Borkenkäferkalamität wird die ursprüngliche Frist für die Beendigung der indirekten Betreuung, der 31.12.2018, nicht aufrecht erhalten. Zwar wird an der Einführung der direkten Förderung zum Beginn des Jahres 2019 festgehalten, parallel dazu wird aber die indirekte Förderung bis zum 31.12.2019 möglich bleiben. Ob die Entgeltordnung auch noch im Jahr 2020 fortgeführt werden wird, entscheidet sich in der zweiten Jahreshälfte 2019. Sie wird aber eine Anreizkomponente zum Wechsel zur direkten Förderung erhalten. Zum 01.01.2021 soll die indirekte Förderung dann endgültig beendet und das Dienstleistungsangebot des Landesbetriebes Wald und Holz NRW vollständig und diskriminierungsfrei auf Vollkosten umgestellt sein.

Die Beendigung der kooperativen Holzvermarktung durch den Landesbetrieb Wald und Holz NRW wird ebenfalls zum 31.12.2019 angestrebt. In 2019 soll der gebündelte Holzverkauf allerdings regional sowie inhaltlich differenziert gestaltet werden, so dass der Landesbetrieb Wald und Holz NRW in begründeten Fällen auch noch im ganzen Jahr 2019 die Holzvermarktung für Forstbetriebsgemeinschaften und Kommunen übernehmen kann.

Von der Beendigung der Unterstützung des Landesbetriebs Wald und Holz NRW sind rd. 380 kleinere Kommunen und Körperschaften betroffen, die Mitglied in den bisher vom Landesbetrieb Wald und Holz NRW betreuten Forstbetriebsgemeinschaften (FBG'en) sind und die nun neue Lösungen für eine kartellrechtskonforme Holzvermarktung und forstwirtschaftliche Betreuung ihres Waldbesitzes suchen müssen. Gerade für den kleineren Kommunalwald bietet die Mitgliedschaft in einer FBG erst den Zugang zu professionellen Forststrukturen, ohne die eine nachhaltige Pflege und Bewirtschaftung dieser Waldbestände nicht möglich wäre.

In Folge der Neustrukturierung stellt die Beauftragung einer FBG oder einer forstwirtschaftlichen Vereinigung (FWV) mit der Betreuung des Waldbesitzes und dem Holzverkauf durch eine

Kommune im Regelfall einen entgeltlichen Dienstleistungsauftrag dar. Auch die Vermittlung von Holzverkäufen über die von den FWV'en gegründeten oder zu noch zu gründenden Holzvermarktungsorganisationen ist als entgeltliche Dienstleistung im Sinne des Vergaberechts einzustufen. Bei der Beschaffung von Dienstleistungen haben Kommunen als öffentliche Auftraggeber die für sie geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen zu beachten. § 26 Abs. 1 der am 01.01.2019 in Kraft tretenden Kommunalhaushaltsverordnung (KomHVO) legt fest, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Insbesondere gilt der Wettbewerbsgrundsatz. Von den Kommunen vorrangig anzuwenden sind jedoch die Vergabebestimmungen, die das für Kommunales zuständige Ministerium auf der Grundlage von § 26 Abs. 2 KomHVO bekannt gibt bzw. nach der Vorgängerbestimmung des bis zum 31.12.2018 geltenden § 25 Abs. 2 GemHVO bekannt gegeben hat. Aktuell sind dies die am 15.09.2018 in Kraft getretenen „Kommunalen Vergabegrundsätze“ (Runderlass des MHKBG NRW vom 28.08.2018, MBl. NRW 2018 S. 497).

Bei einer normalen Dienstleistung würde dies grundsätzlich eine Ausschreibung bedeuten. Ein Direktauftrag (und damit der Verzicht auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens) ist nach den kommunalen Vergabegrundsätzen – bei Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – nur bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 5.000 € (ohne Umsatzsteuer) zulässig. Unter Berücksichtigung der weiteren landesrechtlichen Vereinfachungen des Vergaberechts ist bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 € immer noch wenigstens eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb und damit die Einholung von mindestens drei Vergleichsangeboten erforderlich.

Die anderweitige Vergabe der Betreuung des Waldbesitzes und des Holzverkaufs an einen Dritten kann jedoch für den forstwirtschaftlichen Zusammenschluss erhebliche negative Auswirkungen haben und das auf dem Grundsatz der Solidarität beruhende Konzept der eigenständigen Holzvermarktung im Verbund der privaten und kommunalen Waldbesitzer gefährden. Die nachfolgende Auslegung der Kommunalen Vergabegrundsätze soll daher aufzeigen, weshalb die Beauftragung der FBG'en, der FWV'en und deren Vermarktungsorganisationen auch bei einem Auftragswert über 5.000 € ausnahmsweise ohne Einholung von Vergleichsangeboten zulässig sein kann.

### **Zu Ziffer 5.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze**

Ziffer 5.1 der Kommunalen Vergabegrundsätze sieht vor, dass Kommunen zur Vermeidung rechtlicher Risiken bei Aufträgen über Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in der jeweils geltenden Fassung anwenden sollen. Nach Ziffer 5.2 kann lediglich bei einem erwarteten Auftragswert von 5.000 € (ohne Umsatzsteuer) eine Direktvergabe durchgeführt werden.

Dies führt dazu, dass Kommunen grundsätzlich zur Einhaltung der UVgO und ihren jeweiligen Verfahrensvorschriften verpflichtet sind. Von einer „Soll“-Vorschrift kann jedoch in atypischen Fällen nach insoweit eröffnetem Ermessen von der für den Normalfall vorgesehenen Rechtsfolge abgewichen werden. Atypisch oder Ausnahmefälle sind insbesondere solche Sachverhalte, die zwar vom Rahmen der Norm, nicht aber von ihrem Zweck erfasst werden. Dies sollte unter anderem für Fallgestaltungen gelten, in denen sich die Bedeutung der vergaberechtlichen Zwecke als vergleichsweise gering darstellt, aber bei Einhaltung des Vergaberechts dafür andere, gesetzlich definierte Zielsetzungen ungleich stärker beeinträchtigt werden, weshalb die Vergabe im Wettbewerb zu negativen Auswirkungen führt, die vom Gesetzgeber so nicht beabsichtigt sind.

Ein atypischer Fall ist bei der Beauftragung einer FBG oder einer FWV mit der Betreuung des Waldbesitzes und der Beauftragung einer durch eine FWV gegründeten Vermarktungsorganisa-

tion mit dem Holzverkauf anzunehmen. Zunächst ist festzustellen, dass die Beauftragung der genannten Einrichtungen durch die Kommunen nicht in erster Linie aus dem Beschaffungsinteresse der Auftraggeber heraus erfolgt, sondern vorrangig der Förderung struktur- und umweltpolitischer Ziele dient, die sich aus dem Bundeswaldgesetz (BWaldG) und dem Landesforstgesetz NRW (LFoG NRW) ergeben. Die landesseitige Unterstützung eigenständiger, nicht-staatlicher Holzvermarktung erfolgt in NRW aufgrund der Leitlinie zur Gewährung von Zuwendungen zur Förderung wettbewerbsfähiger Holzvermarktungsstrukturen (HOMA-Leitlinie, Erlass des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Natur-, und Verbraucherschutz vom 22.11.2018 - Az: III-2 040.00.00-12). In Nordrhein-Westfalen verfügen ca. 148.000 Eigentümer über Waldflächen mit weniger als 30 ha Fläche. Der durchschnittliche Waldbesitz in dieser Größenklasse beträgt nur 1,4 ha. Lediglich ca. 2.500 Eigentümer (Forstbetriebe) weisen größere Betriebsflächen auf. Daher ist seit vielen Jahrzehnten in § 13 LFoG NRW der gesetzliche Auftrag normiert, diese Strukturschwäche zu überwinden. Hierdurch wird eine erfolgreiche Waldbewirtschaftung in einer Region sichergestellt und es können – korrespondierend dazu – Betreuungsleistungen für alle Waldbesitzarten einheitlich organisiert werden. Durch ihre Beteiligung (oftmals als „Ankerbetrieb“ der FBG oder FWV) sind die Kommunen wichtige Stützen dieser auf dem Grundsatz der Solidarität beruhenden Einrichtungen.

Die Vergabe der genannten Dienstleistungen durch die Kommune als Mitglied einer FBG oder FWV an einen Dritten könnte für die FBG'en und FWV'en bzw. deren geförderte Vermarktungsorganisationen massive negative Auswirkungen haben und die Zielsetzungen der heute vorhandenen forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse gefährden, obwohl deren Förderung nach dem BWaldG und dem LFoG NRW gerade zur Überwindung der genannten Strukturschwächen erfolgt. Gleichzeitig dürfte der Zweck des Unterschwellenvergaberechts, der – im Vergleich zum stärker wettbewerblich orientierten Oberschwellenrecht – primär in der Sicherstellung einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung besteht, nicht zuletzt mit Blick auf den geringen Auftragswert, nur von untergeordneter Bedeutung sein. Zudem erfolgt durch die FBG'en und die FWV'en für alle Mitglieder eine öffentliche Vergabe, so dass weiterhin ein Wettbewerb besteht – und zwar unter Wahrung von regionalen Strukturen und unter Bildung von Verkaufsmengen, die für eine wirtschaftliche Holzvermarktung auch auf Bieter- bzw. Käuferseite notwendig sind.

Daher stellen die Betreuung des Waldbesitzes und die Vermarktung von Holz aus Kommunalwäldern atypische Dienstleistungsaufträge dar, für die nach Maßgabe der Kommunalen Vergabegrundsätze die verpflichtende Einhaltung der UVgO ausnahmsweise nicht gerechtfertigt ist.

### **Zu § 26 Abs. 1 KomHVO und dem Wettbewerbsprinzip**

Insofern bleibt es bei dem Grundsatz des § 26 Abs. 1 KomHVO, wonach der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Diese Vorgabe nach der KomHVO beinhaltet für die Kommunen daher auch unabhängig von der Anwendbarkeit spezifischer Vergabeordnungen die grundsätzliche Beachtung des Wettbewerbsprinzips.

Die Herstellung eines Wettbewerbs setzt normalerweise (wenigstens) die Einholung von Vergleichsangeboten voraus. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn wegen der Natur des Geschäfts oder aufgrund von besonderen Umständen seitens der Kommune auch nur ein einziger Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert werden darf. Dabei sollte die Wertung des § 8 Abs. 4 Nr. 10 UVgO, wonach eine Verhandlungsvergabe mit nur einem Bieter zulässig ist, wenn „die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann“, außerhalb eines vorgeschriebenen, förmlichen Vergabeverfahrens erst Recht berücksichtigt werden dürfen.

Die Kommune hat zu beurteilen, ob die Betreuung des Waldbesitzes und die Vermarktung von Holz noch von jemand anders als der örtlichen FBG, FWV oder Vermarktungsorganisation im Einklang mit den oben genannten, forstrechtlichen Zielsetzungen erbracht werden können und damit überhaupt Vergleichsangebote in Betracht kommen. Wenn ein solcher Wettbewerb erkennbar nicht besteht, kann es für die hier benannten Auftragsgegenstände deshalb zulässig sein, nur diejenige FBG, FWV oder Vermarktungsorganisation, in der die Kommune Mitglied ist, zur Angebotsabgabe aufzufordern.

Das Vorliegen der o.g. Gründe im konkreten Einzelfall ist entsprechend in der Vergabedokumentation festzuhalten. Dabei kann auch die Struktur der zu beauftragenden FBG oder FWV (Mitgliederstruktur und Größe der Waldflächen) dargestellt werden, um die Folgen im Falle eines Wegfalls des kommunalen Rundholzverkaufs und den hieraus resultierenden Beeinträchtigungen der Ziele des BWaldG und des LFoG NRW aufzuzeigen.