



Bei der Vergabe von Kampfmittelräumleistungen muss darauf geachtet werden, dass alle Mitarbeiter qualifiziert sind.

FOTO DPA

Brandenburgisches OLG zur Unterscheidung von Mitarbeitern und Arbeitnehmern

Auch freie Mitarbeiter müssen geeignet sein

Bei der losweisen Vergabe von Kampfmittelräumleistungen hat die ausschreibende Stelle zum Nachweis der personellen und technischen Leistungsfähigkeit unter anderem die Vorlage von Kopien der Befähigungsscheine nach den einschlägigen Fachgesetzen für eine bestimmte Anzahl von „Mitarbeitern“ verlangt. Die beiden für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmen hatten die erforderlichen Befähigungen und Qualifikationen in der jeweils erforderlichen Anzahl ihrer Mitarbeiter vorgelegt.

Ein nicht berücksichtigter Konkurrent hat dagegen moniert, dass es sich bei den genannten Personen nicht um „Arbeitnehmer“ der beiden Bestbieter handeln würde. Nach seiner Markt- und Branchenkenntnis könne es sich nur um freie Mitarbeiter handeln. Da der Einsatz von Subunternehmern nach den Ausschreibungsbedingungen aber nicht zugelassen sei, genüge dies nicht den Ausschreibungsanforderungen.

Das Brandenburgische Oberlandesgericht (20.11.2012 – Az.: Verg W 10/12) hat die Auffassung

des um Rechtsschutz nachsuchenden Konkurrenten nicht bestätigt. Denn die von der ausschreibenden Stelle geforderten Eignungsnachweise beziehen sich ihrem Wortlaut nach auf Mitarbeiter und nicht ausschließlich auf Arbeitnehmer des Bieters. Die geforderten Angaben von Mitarbeitern ist aus der Sicht eines verständigen, fachkundigen und mit der Ausschreibung vertrauten Bieters dahin zu verstehen, dass der öffentliche Auftraggeber in personeller Hinsicht sichergestellt haben will, dass der Bieter bei der Auftrags-

ausführung das von ihm unter Vorlage von Qualifikationsnachweisen namentlich zu bezeichnende Personal einzusetzen in der Lage ist, ohne dabei auf einen Subunternehmer zurückzugreifen. Maßgebend ist dabei erkennbar, dass die betreffende Person als Mitarbeiter dauerhaft oder zeitweise in den Betrieb des Bieters eingegliedert ist und dessen Weisungsrecht unterliegt, was nicht voraussetzt, dass es sich in jedem Fall um einen eigenen Arbeitnehmer des Bieters handeln muss, so der brandenburgische

Vergabesenat. Die genannten Voraussetzungen können vielmehr auch erfüllt sein bei Leiharbeitsnehmern oder bei freien Mitarbeitern, die in der dargelegten Weise ihre Dienste weisungsgebunden im Rahmen der vom Bieter bestimmten Arbeitsorganisation erbringen. In dieser Weise beschäftigtes Personal ist nicht als Subunternehmer im Sinne der Ausschreibung anzusehen.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Verstoß gegen Vergaberecht

Ab Kenntnis des Vergaberechtsverstoßes bleiben einem Unternehmen nur 30 Kalendertage, um eine unzulässige „de facto“-Vergabe mit einem Nachprüfungsverfahren anzugreifen und die Unwirksamkeit des Vertrags feststellen zu lassen. Die Frist beginnt aber grundsätzlich nicht schon bei Kenntnis allein der tatsächlichen Umstände, erforderlich ist grundsätzlich auch eine laienhafte Wertung als Vergaberechtsverstoß.

Das OLG München hat nun einen Nachprüfungsantrag gegen die Vergabe von Planungsleistungen als verspätet zurückgewiesen, da das betroffene Architekturbüro zu diesem Zeitpunkt, im April 2012, schon aus Vorgesprächen im Jahr 2010, jedenfalls aber seit Veröffentlichung der Ergebnisse des vorangegangenen Wettbewerbs im Jahr 2011, von dem Vergabeverfahren und auch von der eigenen Nichtberücksichtigung wusste. Da es daraufhin untätig geblieben war, durfte der Auftraggeber darauf vertrauen, dass kein Nachprüfungsantrag gegen die nachfolgende Vergabe der Planungsleistungen eingeleitet wurde. Unerheblich war, dass die Anwendung des Vergaberechts auf diese Planungsleistungen, die ein privater Baukonzessionär beauftragte, erst im April 2012 auf den Nachprüfungsantrag eines anderen Wettbewerbers hin letztinstanzlich festgestellt wurde. Das OLG München entschied, dass § 101b Abs. 2 GWB seiner Zielsetzung nach nicht solche Fälle erfasse, in denen aufgrund einer Änderung oder Neuorientierung der Rechtsprechung die Ausschreibungspflicht auf Sachverhalte übertragen wird, die bislang von allen Beteiligten als nicht ausschreibungspflichtig angesehen wurden. § 101b GWB diene nicht dazu, dass am Ausgangsverfahren nicht beteiligte Dritte nach länger dauernden gerichtlichen Verfahren, an deren Ende erstmals eine Ausschreibungspflicht festgestellt wird, alte Verträge „wieder aufrufen“ könnten.

Das OLG München schützt so das Interesse an wirksamen und vollziehbaren Verträgen. Zu beachten ist jedoch, dass die Entscheidung die Besonderheiten des Falls herausstellt, sodass abzuwarten bleibt, inwieweit sich im Hinblick auf Rechtsprechungsänderungen generell eine großzügigere Praxis etablieren wird. > BSZ

3 auf einen Klick

DIE ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

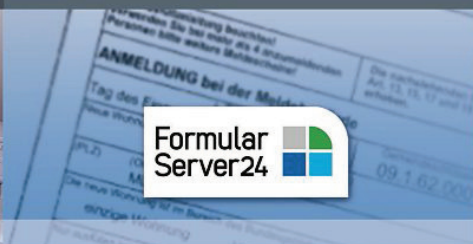
eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN



eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER



Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE



Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Arnulfstraße 122, 80636 München
Tel: (+49) 89/290142-30
E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de
Web: www.staatsanzeiger-eservices.de



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG