

Jedes Komma zählt: Unklare Leistungsformulierung geht zu Lasten der Vergabestelle

Baustelleneinrichtung beschreiben

Ein öffentlicher Auftraggeber hatte Leistungen zur Herstellung eines erweiterten Rohbaus wie die Herstellung der Baugrube einschließlich Verbauarbeiten, die Wasserhaltung, die Erstellung des Rohbaus und Dachabdichtungsarbeiten europaweit im Offenen Verfahren nach VOB/A ausgeschrieben. Im Leistungsverzeichnis (LV) war zur vorgesehenen Baustelleneinrichtung u.a. folgendes bestimmt: „Baustelleneinrichtung, Einrichten und Räumen der Baustelle für alle Leistungen des AN. Einrichten der Baustelle mit sämtlichen Kränen, Geräten, Material- und Mannschaftsbuden und Gerüsten, für alle Leistungen des AN einschließlich Grundeinsatzzeit (4 Wochen). Eingeschlossen sind sämtliche Bauhilfsmittel, die zu einer einwandfreien Vertragserfüllung erforderlich sind [...] 1.000 St.“. Einer der Bieter wurde von der Vergabestelle ausgeschlossen, weil seine Begründung zur Kalkulation und Einsatzzeit für die Baustelleneinrichtung nicht dem Inhalt des LV entsprechen würde.

Die Vergabekammer Niedersachsen hat hierzu in einem bestandskräftigen Beschluss vom 2.4.2012 (Az.: VgK-08/2012) geurteilt, dass die Beschreibung der Baustelleneinrichtung nicht hinreichend eindeutig nach § 7 Absatz 1 Nummer 1 VOB/A den sachlichen Inhalt und den zeitlichen Umfang der Baustelleneinrichtung umschrieben hat. Sie ist



Wenn Baustellen eingerichtet werden, muss das vorher genau beschrieben werden. FOTO: BILDERBOX

gegen Fehlinterpretationen nicht hinreichend sicher geschützt. Die niedersächsische Vergabekammer stellte fest, dass der öffentliche Auftraggeber insoweit zeitliche und inhaltliche Vorgaben kombinieren wollte. Hierbei habe er versucht, die von ihm für die Baustelleneinrichtung geforderte Mindestanzahl für die von ihm dort genannten Gerätschaften zu beziehen, in der er die zeitliche Anforderung durch ein Komma

von der sachlichen Anforderung trennte. Die Vergabestelle verwendete den Begriff der „Grundeinsatzzeit“, der vor allem bei Gerüstbauten üblich ist, und auch in der DIN 18451 Ziffer 3.11 für Gerüste verwendet wird. Der öffentliche Auftraggeber hat für die Benennung der gewollten Mindestanzahl keinen allgemeinen Begriff wie die „Vorhalteezeit“ bestimmt, der in DIN 18299 Ziffer 4.1.2 definiert wird. Für ei-

nen verständigen und fachkundigen Bieter war damit auch eine Interpretation schlüssig herleitbar, dass sich die vier Wochen lediglich auf die Einsatzzeit der Gerüste beziehen. Denn lediglich beim Gerüstbau besteht eine Üblichkeit, den Auf- und den Abbau der Gerüste mit einer so genannten Grundeinsatzzeit von vier Wochen zu kombinieren und als Paket anzubieten.

Nach der Rechtsprechung ist ein LV aus der Sicht eines fachkundigen Bieters auszulegen. Eine auch durch Auslegung nicht zu beseitigende Unklarheit des LV geht danach stets zu Lasten der Vergabestelle, nicht des Bieters. Deshalb durfte ein verständiger und fachkundiger Bieter die im LV genannte Grundeinsatzzeit von vier Wochen trotz der grammatikalischen Abtrennung durch eine Komma ohne eine besondere Nachfragepflicht nur auf den Auf- und Abbau der Gerüste beziehen. Demzufolge waren in dieser Position keine weiteren zeitlichen Leistungen aufzunehmen. Wenn es daher im Vergabeverfahren um die Feststellung eines Angebotsausschlussgrundes geht, kann eine vertretbare Auslegung des Inhalts einer Leistungsposition durch einen Bieter zu keinem Angebotsausschluss führen, so die Vergabekammer Niedersachsen.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

OLG München zum Bierlieferungsvertrag bei Spessartfestwoche

Keine Ausschreibungspflicht

Das Oberlandesgericht München hat mit Beschluss vom 19.1.2012 (Az.: Verg 17/11) entschieden, dass der von einer Kommune mit einer Brauerei abgeschlossene Vertrag zur exklusiven Belieferung eines Festwirts bei einer von ihr veranstalteten Festwoche keinen vergaberechtspflichtigen Auftrag darstellt. Hintergrund dieses Nachprüfungsverfahrens war die jährlich in Lohr am Main stattfindende Spessartfestwoche. Auf der Spessartfestwoche wird bereits seit dem Jahr 1946 in der Stadt Lohr am Main gebräutes Bier ausgeschenkt. Für die Spessartfestwochen der Jahre 2012 bis längstens 2026 hat die Stadt Lohr am Main mit einer im Stadtgebiet ansässigen Brauerei einen Exklusivvertrag zur Belieferung der Spessartfestwochen abgeschlossen. Als Voraussetzung wurde vertraglich festgehalten, dass das komplette Festbier in der Stadt Lohr am Main eingebracht wird. Eine vergaberechtliche Ausschreibung war vor Vertragsabschluss nicht erfolgt. Dagegen hat sich ein Antragsteller mit einem Nachprüfungsverfahren gewandt.

Im Mittelpunkt der Entscheidung des bayerischen Vergabeschiedes stand die Frage, ob der Abschluss des Exklusivvertrags zur Belieferung der Lohrer Spessartfestwochen überhaupt auf eine Beschaffung ausgerichtet ist. Denn gemäß § 99 Absatz 1 GWB ist unter einem öffentlichen Auftrag nur die entgeltliche Beschaffung einer Leistung durch die Ver-

gabestelle zu verstehen. Demnach scheidet im Fall der Spessartfestwoche jedenfalls ein unmittelbarer Beschaffungsvorgang aus, weil das Festbier auf der Grundlage eines mit dem Festwirt abzuschließenden Vertrags an diesen, aber nicht an die Stadt Lohr am Main geliefert wird. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts München kann eine ausschreibungspflichtige Beschaffung aber auch dann vorliegen, wenn die Gegenleistung dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht unmittelbar zufließt, diese ihn jedoch bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben unterstützt. Wesentlich für eine solche mittelbare Beschaffung sei es allerdings, dass die Gegenleistung dem öffentlichen Auftraggeber bei der Wahrnehmung ihm obliegender Aufgaben, insbesondere der Daseinsvorsorge, nennenswert unterstützt. Insoweit reiche es nicht aus, dass die Gegenleistung der öffentlichen Hand bei einer Tätigkeit, die in irgendeiner Weise im öffentlichen Interesse liegt, dienlich ist. Dass die Stadt Lohr am Main ihre Tradition, nur im Stadtgebiet gebräutes Bier auf den Spessartfestwochen auszuschenken, erhalten und dabei auch die örtliche Wirtschaft fördern will, reicht nicht für eine ausschreibungspflichtige, mittelbare Beschaffung aus, weil dies nur im weiteren Sinne im öffentlichen Interesse liegt, aber keine originär öffentliche (Daseinsvorsorge-)Aufgabe unterstützt, so die Münchner Richter.

> HOLGER SCHRÖDER

Vergabekammer Niedersachsen zur Religion als Freizeitbeschäftigung

Katholische Kirche ist keine öffentliche Einrichtung

Mit bestandskräftigem Beschluss vom 28.7.2011 (Az.: VgK-27/2011) hat die Vergabekammer Niedersachsen entschieden, dass die katholische Kirche generell nicht dem öffentlichen Auftraggeberbegriff gemäß § 98 Nummer 2 GWB unterfällt. Im Einzelfall kann aber die Kirche aus funktionalen Erwägungen als öffentliche Vergabestelle nach § 98 Nummer 5 GWB gelten.

Die katholische Kirche führt zwar in erheblichem Umfang Aufgaben nicht gewerblicher Art im Allgemeininteresse durch, ist jedoch nicht zu dem besonderen

Zweck gegründet worden, diese Aufgaben zu übernehmen. Vielmehr resultiert die Übernahme von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ausschließlich aus dem christlichen Grundverständnis und den darin gegründeten Handlungsgeboten, insbesondere der Nächstenliebe, so die Lüneburger Vergabekammer. Deshalb kann aus dieser von Kirche und Staat parallel ausgerichteten aber nicht deckungsgleichen Aufgabenerfüllung nicht gefolgert werden, dass die Kirche eine öffentliche Einrichtung gemäß § 98 Nummer 2 GWB sei. Darüber hinaus

untersteht die katholische Kirche keiner staatlichen Aufsicht. Ebenso werden in ihre Leitungsorgane keine staatlich bestellten Personen berufen. Letztlich führt auch die Befugnis zur Erhebung der Kirchensteuer zu keiner öffentlichen Auftraggeberbereitschaft.

Soweit allerdings bestimmte, einzelne Projekte der katholischen Kirche in der Bundesrepublik Deutschland zu mehr als 50 Prozent öffentlich finanziert werden, kommt der funktionale öffentliche Auftraggeberbegriff gemäß § 98 Nummer 5 GWB zum Tragen. Als öffentlich-rechtliche

Körperschaft sui generis ist die katholische Kirche eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Seit der GWB-Novelle im Jahre 2009 sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wie etwa die Kirchen, ausdrücklich in den Katalog der funktionalen Auftraggeber nach § 98 Nummer 5 GWB aufgenommen. Neben der überwiegenden öffentlichen Projektfinanzierung muss es sich bei dem maßgeblichen Vorhaben um Tiefbaumaßnahmen, die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen,

Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäude handeln.

Nach Auffassung der niedersächsischen Vergabekammer ist beispielsweise der Begriff der Freizeiteinrichtung als wertungsfreier Sammelbegriff für alle Orte zu verstehen, die von der überwiegenden Mehrzahl der Benutzer während deren Freizeit aufgesucht werden. Gebäude oder Projekte mit einer der Religionsausübung dienenden Funktion seien nicht nur Ausdruck eines individuellen Glaubens, sondern zu mindest bei relevantem historischem Bezug auch Beleg der seit

mehr als tausend Jahren gelebten Kultur und damit ein klassisches im öffentlichen Interesse von öffentlichen Auftraggebern zu bedienendes Feld. Deshalb unterfielen im Zweifel auch Orte der Religionsausübung dem Begriff der Freizeiteinrichtung, wenn sie zugleich die Funktion einer historischen oder kulturell bedeutsamen Stätte aufweisen. In dem von der Lüneburger Vergabekammer entschiedenen Sachverhalt handelte es sich zum Beispiel um eine Domkirche, die auf der Welterbeliste der UNESCO verzeichnet ist.

> HOLGER SCHRÖDER

3 auf einen Klick

DIE NEUEN ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular
Server24

Kommunal
druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Prager Straße 1, 82008 Unterhaching
Tel: (+49) 89/69 39 07-0
E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de
Web: www.staatsanzeiger-eservices.de



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG